

Novos Horizontes e Novos Desafios do Constitucionalismo*

Peter Häberle

Universidade de Bayreuth

SUMÁRIO: Introdução; Primeira parte: "Constitucionalismo"; I – Observação prévia; II – Formas características/elementos do constitucionalismo; III – As condições culturais do nascimento e desenvolvimento do constitucionalismo; Segunda parte: "Novos horizontes do constitucionalismo"; I – Observação prévia; II – Exemplos de novos horizontes de constitucionalismo; Excurso I: O perfil próprio do "constitucionalismo português" (1976/1982/1989/1997); Excurso II: Palavras-chave para os "elementos constitucionais" no direito internacional; Terceira parte: "Novos desafios do constitucionalismo"; I – Observação prévia; II – "Novos desafios do constitucionalismo"; Excurso III: O serviço da comunidade do direito internacional, especialmente da ONU, ao Estado constitucional; III – Caminhos de reforma e processos de reforma do constitucionalismo; Excurso IV: "Os publicistas mais qualificados das várias nações" e seus "ensinamentos" ao serviço do Estado constitucional como projecto universal – A correspondência ao artigo 38º, nº 2, alínea d, do Estatuto do TIJ (1945) – A sua "constitucionalização"; Perspectiva geral e conclusão.

INTRODUÇÃO

Os grandes jubileus de Constituições relativamente jovens, como o de hoje, do 30º aniversário da Constituição portuguesa, deviam ser comemorados por *todos* os cidadãos. Todos eles são participantes da "sociedade aberta dos intérpretes da Constituição". De modo especial, tem a comunidade científica nacional portuguesa todas as razões para comemorar – em união com representantes de outras nações da Europa. Agradeço, pois, a grande honra de poder usar, hoje e aqui, da palavra. O vosso "Dia da Constituição" é, no fundo, também nosso: o "Portugal europeu" pode celebrar com orgulho o seu Dia da Constituição.

A Constituição portuguesa de 1976 foi logo modelar enquanto texto, avançando para novos níveis textuais – como, por exemplo, em matéria de "democracia cultural" (art. 2º), no catálogo das tarefas estaduais (art. 9º),

* Conferência Internacional sobre a Constituição Portuguesa.

em matéria de estrangeiros e apátridas (art. 15º, nº 1), na maior atenção dedicada à comunicação social (art. 39º, nº 2), no “pluralismo da ordem política” (art. 288º, alínea i); e nos últimos 30 anos transpô-los plenamente (ela e as suas ulteriores revisões), “ao longo do tempo”, para a realidade constitucional. Para além disso, forneceu contributos criativos para o tipo de “Estado constitucional” num âmbito universal – não só no espaço europeu (nomeadamente Espanha), e desde o *annus mirabilis* de 1989 leste-europeu, mas também no além-mar, passando por África até ao Brasil, relativamente ao qual, desde o seu descobrimento (1500), Portugal desempenha um papel intermediário único.

Os textos, as teorias e a *praxis* constituem a *trias* dos caminhos da criação da recepção do Estado constitucional, o qual vai se desenvolvendo em “círculos de crescimento”. À ciência cabe aí, não apenas desbravando o caminho para a “comparação constitucional enquanto comparação cultural”, um papel criativo e de intermediário (ainda que limitado).

A comunidade científica nacional do vosso país tem grandes nomes – da geração mais velha, nomeadamente G. Canotilho, J. de Sousa Brito, M. de Lucena, F. L. Pires, Vieira de Andrade, Vital Moreira, M. Rebelo de Sousa, J. Miranda e F. de Quadros, para nomear apenas alguns – e grandes juízes, como Cardoso da Costa; e a variedade da literatura, desde os tratados, passando pelos artigos de revista, até às anotações de jurisprudência, impressiona (e também o panorama universitário, não só em Coimbra, 1290, e em Lisboa). Também as revistas especializadas, como *O Direito e Jurisprudência Constitucional* devem ser mencionadas. O vosso Tribunal Constitucional, com as suas competências, “evidencia-se” no quadro europeu comparado, tanto quanto as suas grandes decisões na “família” das dos outros tribunais constitucionais europeus, como, por exemplo, de Roma, de Karlsruhe ou Madrid ou de Varsóvia ou Zagreb.

A “europeização” de todos os direitos constitucionais e de todos os tribunais constitucionais nacionais (1991), assim como a dos tribunais constitucionais especificamente europeus, como o Tribunal Europeu dos Direitos do Homem ou o Tribunal de Justiça da União Européia, é de tão intensa que todos nós na Europa podemos hoje festejar reconhecidamente o vosso jubileu! A mim, como alemão, ajudam-me a entendê-lo os “diários portugueses”, de C. Meyer-Clason (1997): a quase incruenta Revolução dos Cravos, em especial, é aí magistralmente descrita. Quanto ao tempo da ditadura, ao redor de 1938, esboça-o A. Trabucchi, de forma viva, no livro *Afirma Pereira* (1994). *Das Leiden von Camões (Os Padecimentos de Camões)*, de R. Schneider, li-o em Freiburg, no meu tempo de estudante.

O que se segue desenvolve-se em três passos: à primeira parte, sobre o “constitucionalismo”, segue-se a segunda, sobre os “novos horizontes” do constitucionalismo, e a terceira, sobre os seus “novos desafios” – com a incorporação de alguns excursos de aprofundamento.

PRIMEIRA PARTE: “CONSTITUCIONALISMO”

I – OBSERVAÇÃO PRÉVIA

“Constitucionalismo” significou, na Alemanha do século XIX, o movimento constitucional (palavras-chave: direitos fundamentais, representação de classes ou parlamento, leis, direito orçamental) dirigido contra o absolutismo monárquico, movimento esse, porém, que apenas logrou “limitar” o príncipe, no qual permanecia a “substância do poder estatal”, e o qual partilhava o exercício da sua soberania com o parlamento (E. Kaufmann) – sendo que, “nos conflitos constitucionais”, o monarca se impôs na maior parte das vezes. Hoje, o conceito desprende-se desta carga histórica, tendo o parlamento adquirido autonomia. “Constitucionalismo” é um conceito generalizado universalmente, que pode fazer-se corresponder à multiplicidade de sentidos do “Estado constitucional”. Conhece-o sobretudo o mundo de língua inglesa, mas também o mundo espanhol e lusíada, e bem assim o latino-americano, tal como os italianos operam com o conceito de “constitucionalismo”: ele acha-se convertido num projecto universal. Também há, todavia, “constitucionalismo aparente”, que se reduz apenas a belos textos. Concretizando:

II – FORMAS CARACTERIZADORAS/ELEMENTOS DO CONSTITUCIONALISMO

O objectivo genérico do “constitucionalismo” é a legitimação, a domesticação e o controlo do poder estadual, e em parte também do poder social (p. ex., o “efeito externo” dos direitos fundamentais), na base de um consenso fundamental. O poder soberano há de estar submetido a um quadro “ordenador” constituinte, mais ou menos denso – a Constituição escrita ou não escrita. Os conjuntos normativos vão desde os preâmbulos (comparáveis a prólogos), passando pelos direitos e pelos valores fundamentais, até à parte organizatória e às disposições finais. “Princípios”, “direitos”, “valores fundamentais”, “regras”, “fins” compõem uma amálgama diversificada.

De rejeitar é a tradição funesta, ainda hoje em voga na Alemanha, que concebe o Estado *antes* da Constituição. Este “conceito pré-constitucional de Estado” tem uma origem cripto-monárquica. Na democracia constitucional liberal-burguesa só há Estado na medida da Constituição (R. Smend). É de modo conseqüente, assim, que várias Constituições leste-alemãs, como a de Brandenburgo (1992), se abalançaram a usar a fórmula “Nós, os cidadãos [...] demo-nos [...] esta Constituição” (v., também, o preâmbulo da Constituição da Geórgia, de 1995) – que corresponde a um desenvolvimento feliz do *We, the people* americano. Só a União Europeia não pôde ainda ir suficientemente longe para se dar ao orgulho da palavra “Nós, os Europeus, damo-nos esta constituição [...]” – pois os 25 Estados *ainda* podem gerir-se como “senhores do Tratados”.

São de enumerar como *elementos concretos* do constitucionalismo, sem a pretensão de ser completo, pois o *tipo* Estado constitucional conhece numerosas variantes nacionais:

(1) *A dignidade do homem*, enquanto “premissa antropológico-cultural” do Estado constitucional, concebida por I. Kant e concretizada na prática pelo Tribunal Constitucional alemão-federal;

(2) *A democracia pluralista*, enquanto sua “conseqüência organizatória”: com as variantes da puramente representativa, da Lei Fundamental alemã, e da “semidirecta”, da Suíça, onde se incluem também direitos fundamentais especificamente democráticos, como a nova liberdade de manifestação, desde os fins dos anos 68 (p. ex., em 1977, no cantão suíço do Jura);

(3) Os direitos fundamentais, enquanto conjunto multifacetado, em contínuo processo de diferenciação, com uma multiplicidade de *status* – desde a doutrina dos *status* de G. Jellinek (*status negativus*) até ao *status activus processualis* proposto em 1971 – e também com uma pluralidade de “dimensões”: a do direito individual subjectivo, a objectivo-institucional, a corporativa e a orientada pelas tarefas estaduais;

(4) *A divisão dos poderes* (“balance”), no estrito sentido *estadual*, com a possibilidade de receber inovações, como a dos tribunais de contas e dos *ombudsman*, e no sentido social (p. ex., entre patrão e trabalhador ou com referência ao pluralismo dos *media*) – Mostesquieu permanece aqui no “texto clássico”;

(5) *A independência dos tribunais* e, graças a eles, uma “protecção jurídica efectiva”, no sentido definido pelo Tribunal Constitucional Federal (p. ex., nas decisões 49, 220 ou 110, 85), e nomeadamente a *justiça constitucional*, concebida por G. Jellinek e H. Kelsen, e instituída na prática nos Estados Unidos, em 1803;

(6) *A rule of law* – “Estado-de-direito” – este, todavia, não se afasta (também na Europa de leste) do bem sucedido conceito alemão de Estado-de-direito, isto é da referência ao Estado, enquanto a *rule of law* rege para o conjunto de todas as relações jurídicas, na horizontal e na vertical;

(7) O *direito organizatório das ordenações constitucionais*, com a ordenação das competências, a legislação, o processo administrativo aberto aos cidadãos (*freedom of information*) – a chamada transparência da Administração (agora com expressão entre nós, na Alemanha, na “lei sobre a liberdade de informação”) – e a jurisdição.

Importa ainda enumerar outros elementos – nomeadamente o *federalismo*, enquanto divisão vertical do poder, e o *regionalismo*, seu “irmão menor” (as comunidades territoriais autónomas, em Espanha), e também a *administração local autónoma*, enquanto “democracia de baixo para cima” (Constituição da Baviera, de 1946), e a ideia fundamental, comum a todos eles, da

subsidiariedade (artigo 7º, nº 6, da Constituição portuguesa). Várias aquisições e inovações haverá, entretanto, de ser mencionadas ulteriormente.

III – AS CONDIÇÕES CULTURAIS DO NASCIMENTO E DO DESENVOLVIMENTO DO CONSTITUCIONALISMO

Têm de ser explanadas com o auxílio de um adequado “quadro teórico”. Esboçá-lo-emos apenas aqui, pois que já desenvolvido sob as palavras-chave de “Teoria da Constituição como ciência cultural” (1982/1998) e “Constituição como processo público” (1969).

O constitucionalismo é uma *criação cultural* por excelência. Resultou de textos dos clássicos – sobretudo de Aristóteles, passando por J. Locke, Montesquieu I e Rousseau até H. Jonas e J. Rawls – mas também de grandes textos, nomeadamente os *Federalist Papers*, da criação dos Estados Unidos (1787), [os textos] de 1789 ou a Constituição da Suíça (1848), e igualmente de simples projectos de Constituição (na Alemanha, o da *Paulskirche*, de 1849); e o seu processo de amadurecimento vem até grandes Constituições surgidas a partir de 1989, como designadamente, as da África do Sul ou da Polónia, a nova Constituição federal da Suíça, de 1999, ou os textos da União Europeia. O constitucionalismo é, do meu ponto de vista, uma criação da Humanidade como um todo (ainda que o vosso poeta F. Pessoa tenha olhado criticamente a Humanidade como um “substituto da religião”). Muitos países e nações contribuíram para o seu crescimento (p. ex., a Grã-Bretanha, com o parlamentarismo, a Escandinávia, com o *Ombudsman*), alguns, porventura, mesmo de uma forma negativa, nomeadamente, Estados totalitários, como o da USSR, ou autoritários, como o de Salazar, que se iniciou em Portugal em 1932.

Enquanto “realização cultural”, o constitucionalismo, como toda a obra humana, está sempre ameaçado, não estando excluídos retrocessos e recaídas (um optimismo ingénuo do progresso é tão pouco adequado como o apreciado “pensamento da decadência”). Pense-se nos Balcãs ou em Guan-tánamo, como, manifestamente, um “espaço livre de direito e de justiça”.

São também de referir aqui a realidade e os textos da Sociedade das Nações e da ONU, assim como de comunidades constitucionais regionais, como a União Europeia e a Organização da Unidade Africana (cf. agora o seu *Constitutive Act* de 2000).

Esta abordagem inicial, de natureza *científico-cultural*, parte da ideia de que a Constituição é, ela própria, “cultura”, não se limitando a reger normativamente alguns domínios do tradicional “direito constitucional da cultura”, como os objectivos da educação ou os direitos fundamentais culturais ou como a liberdade religiosa ou a liberdade científica e artística – entre os quais Goethe estabelece uma ligação profunda, na frase “Quem tem ciência e arte, tem religião; quem não tem nenhuma das duas, tenha religião”.

Logo o confronto dos textos revela muitos elementos culturais de identificação do Estado constitucional. Encontramos cláusulas expressas de identificação cultural (p. ex., o artigo 6, nº 1, da Constituição polaca), encontramos os artigos-símbolo, em matérias como a língua, a bandeira, o hino, a capital, até os dias feriados (p. ex., o artigo 14 da Constituição da Albânia de 1988), encontramos a protecção de minorias culturais, especialmente no Leste da Europa (p. ex., o artigo 17 da Constituição da Macedónia, de 1991), encontramos cláusulas sobre a herança cultural (p. ex., o artigo 17 da Constituição da Guiné-Bissau, de 1993). Esta *compreensão científico-cultural da Constituição* vive de multiplicidade e de unidade, de diferença e de identidade, o que é especialmente propício nos Estados federais, e futuramente na Europa.

O “conceito de uma cultura pluralista e aberta”, entendida tanto como a “alta cultura”, do verdadeiro, do bom e do belo, como a cultura popular e quotidiana, como a cultura alternativa e a sub-cultura, postula a ideia de que a Constituição é um “processo público”. Desse modo restaura-se a antiga conexão de sentido entre *res publica, salus publica*, “publicidade” e “liberdade pública”. O voto individual na jurisdição constitucional é um veículo desta perspectiva, pois, no decurso do processo público, pode transformar-se mais tarde num voto maioritário [assim aconteceu com o voto da senhora Rupp-von-Brunneck, na sentença 32, 129 (142), em BVerfE 40, 65 (83 s.); 69, 272 (303)].

Com isto não se rejeitam compreensões mais ou menos clássicas da Constituição. Elas continuam relevantes, como verdades *parciais*: assim, nomeadamente, a Constituição como “estímulo e limite” (R. Smend), como norma e tarefa (U. Scheuner), como “limitação do poder” e organização dum “processo vital em liberdade” (H. Ehmke). A “força normativa da Constituição” de K. Hesse tem o valor de directiva: é uma expressão teórica do que quase todas as Constituições formulam textualmente como “precedência da Constituição”. Rejeitado, sim, é o decisionismo de um C. Schmitt (“o normativo nascido do nada”) – já desmentido pelo processo pluralista do qual saíram com sucesso, nas “batalhas” de 1976 e 1978, as Constituições dos dois países ibéricos, Portugal e Espanha. Ou dito de maneira mais crua: com o “decisionismo” nem se pode explicar a Suíça, nem construir a Europa! Pensar em termos de amigo/inimigo fractura a “Constituição do pluralismo” e também qualquer comunidade de cientistas.

SEGUNDA PARTE: “NOVOS HORIZONTES DO CONSTITUCIONALISMO”

I – OBSERVAÇÃO PRÉVIA

Concretizarei o tema que me foi dado com uma reflexão pessoal. A palavra “horizonte” entendo-a positivamente: tratar-se-á de processos bem

sucedidos de crescimento do Estado constitucional ou comprovadas realizações do constitucionalismo. A palavra “desafio” aponta ao contrário, a meu ver, para uma ambivalência: o Estado constitucional tem ainda, em determinados campos, de “afirmar-se” no futuro – está perante um desafio. Se vai ser capaz de levar a cabo as suas tarefas, é incerto. A possibilidade de falhar não está excluída (porventura em domínios como o da protecção do ambiente, da integração de imigrantes, da eliminação de todas as formas de discriminação), como sucedeu na Alemanha, no domínio da reforma ortográfica – uma tragédia. O mesmo se aplica ao processo de Bolonha, que, sob o signo de um pensamento economicista de eficiência, ameaça a pluralidade da ciência jurídica europeia (a europeização “a partir de cima” não pode ter sucesso); um último exemplo: com razão protestam em França os historiadores contra leis sobre o significado de acontecimentos históricos (p. ex., em matéria de colonialismo): o parlamentarismo do Estado tem outras missões.

A apreensão metódica dos “horizontes”, bem como dos “desafios”, só pode lograr-se, a meu ver, através do método do direito comparado: a comparação constitucional como comparação cultural (considerando também o in-comparável)! O paradigma dos níveis de texto, proposto em 1989, significa que em novos textos constitucionais, do Estado constitucional vizinho ou do próprio, vem a “coagular” ou entrar o que aí ou noutros lados é vivido na prática, é realidade constitucional. A partir do conjunto que é a tríade dos textos, dos julgados (enquanto *praxis*) e das teorias, e também dos referidos textos clássicos, desenvolvem-se os “níveis”, que se evidenciam comparativamente, mas também põem a descoberto diferenças. Só esta tríade “faz” o Estado constitucional. Na mão do juiz, o direito comparado torna-se o “quinto” método de interpretação (por mim concebido em 1989 e agora expressamente praticado pelo Tribunal Constitucional do Liechtenstein). A conjugação dos quatro métodos clássicos de interpretação canonizados desde Savigny (1840), com o “quinto” fica (consoante o caso) em aberto (palavra-chave: pluralismo dos métodos de interpretação). Muitas vezes os juízes constitucionais partem, antes ou depois, para um controlo segundo a justiça intensamente inspirado na experiência, que guia a escolha dos métodos no caso concreto. Mas os cinco métodos permanecem como imprescindíveis instrumentos de trabalho, ao mesmo modo que também não são estranhos a outros domínios culturais, por exemplo, no exercício profissional da crítica artística.

A este propósito, deve lembra-se que o alto grau de legitimação das Constituições deriva certamente de um ponto de vista histórico-cultural, das três *religiões do livro* – a Tora, a Bíblia e o Corão. A fé no livro, no texto escrito, encontra uma correspondência na “fé na Constituição”, p. ex., nos Estados Unidos, ou no “patriotismo constitucional” (Sternberger).

Em conformidade com o que fica dito, também o postulado da interpretação referida ao contexto ganha relevância. “Contexto” significa “interpretar acrescentando o pensado” (2001). Somos interpelados pelo dito de R.

Smend: “quando duas leis fundamentais dizem o mesmo, não se trata da mesma coisa”.

Observamos e promovemos hoje processos de criação e de recepção, de dimensão universal, em matéria de “constitucionalismo” (exemplo: o artigo 39º da Constituição portuguesa e as sentenças sobre a televisão do Tribunal Constitucional alemão-federal, desde E 12, 205 até E 91, 125). Quando se trata de elaborar uma nova Constituição – na Suíça, em 1999, de uma *Nachführung* –, da modificação da Constituição ou da interpretação constitucional, fazem-se as comparações, escreve-se, “parafrazeia-se”, “desenvolve-se o já escrito”, à escala universal. Também a Internet ajuda ao nascimento de um “espaço público universal”. Lembremo-nos todavia da palavra de Hegel, segundo a qual a opinião pública é ao mesmo tempo verdadeiro e falso.

II – EXEMPLOS DE NOVOS HORIZONTES DO CONSTITUCIONALISMO

Vejam os – em forma de simples tópicos indicativos, como se torna necessário, em razão do limitado tempo previsto, de cerca de 50 minutos – alguns exemplos:

- “abertura à Europa” e “amizade ao direito internacional”, a primeira, normativamente formulada nos “artigos europeus” (p. ex., artigo 7º, nºs 5 e 6 da Constituição portuguesa), esta, a “amizade ao direito internacional”, ora em artigos, ora desenvolvida pela jurisprudência [assim, graças à do Tribunal Constitucional alemão-federal, p. ex., em E 111, 307 (324) e 31,58 (77)];
- cláusulas sobre a “interpretação” dos direitos fundamentais nacionais em “conformidade com os direitos do homem” (p. ex., artigo 16º, nº 1, da Constituição portuguesa; artigo 21º, nº 2, da Constituição de Angola, de 1992);
- enquadramento constitucional de minorias, exemplarmente bem sucedido, do ponto de vista textual, na nova Constituição da Hungria (§ 68, nº 1): as “minorias como elementos constitutivos do Estado” (v., também, o artigo 64 da Constituição da Eslovénia, de 1991);
- afirmação da justiça constitucional (1803/1920/1945 e anos seguintes, 1989 e anos seguintes);
- nascimento da “Constituição europeia”, com o desenvolvimento do “direito constitucional comum europeu”, que talvez possa encontrar um contraponto, noutros continentes, num “direito constitucional comum americano” ou “asiático”. O cânon das fontes de direito é, a meu ver, aberto (não há nenhum *numerus clausus* das fontes de direito no Estado constitucional!);

- processos de constitucionalização no direito internacional, que são perfeitamente reconhecíveis (sobre este ponto, mais adiante, o Excurso II: o direito internacional como “direito da humanidade”);
- nascimento de uma “Constituição civil global” (G. Teubner): de uma Constituição mundial sem Estado – a *lex mercatoria* significa criação do direito pelos actores privados.

Esta lista, para alguns, pode extravasar já para a terceira parte, dos “desafios”.

De facto, nem todos os elementos estão na “posse segura” e são vector estruturante firme do Estado constitucional; todavia, em muitos domínios temáticos, ele já chegou relativamente longe e com verdadeiro êxito.

EXCURSO I: O PERFIL PRÓPRIO DO “CONSTITUCIONALISMO PORTUGUÊS” (1976/1982/1989/1992/1997)

O tipo Estado constitucional, um “tipo ideal”, no sentido de M. Weber, tem e vive mesmo das suas variantes nacionais. Quando, “no decurso do tempo”, estas se generalizam, então crescem ao tipo, desenvolvem-no e podem, a partir daí, enriquecer outros Estados constitucionais (um modelo disso é o da “comissão da verdade”, inventado na África do Sul, e praticado, por último, em Marrocos ou também o da “mesa redonda”, na Polónia).

Esboçaremos em seguida, ao menos recorrendo a palavras-chave, o que na Constituição portuguesa atrai a admiração do “observador comprometido” do *Ausland* europeu (um conceito questionável, pelo menos a partir de Schengen: Portugal, que integrou a EU em 1986, e que Cavaco Silva qualifica com razão como uma “democracia de sucesso”, é *Inland*), o que atrai a admiração, em suma, numa análise comparativa de níveis textuais: ela logrou realizar em 1976 (como em 1982/89/92/97) a combinação quase ideal de inovação e tradição. Isso se mostrará através de alguns exemplos, que, depois de 1976 como depois das revisões, fizeram “escola” noutros lugares e promoveram o desenvolvimento dos níveis de texto.

Recordem-se, neste contexto, a primeira Constituição, de 1822, que conferia às Cortes largos poderes, e, bem assim, a Carta Constitucional, de 1826, que reconhecia os direitos fundamentais, assim como a Constituição de 1911, que representou o coroamento do liberalismo democrático; e recorde-se do mesmo modo a República, proclamada em 5 de outubro de 1910 (hoje, feriado nacional: artigo 11º, nº 1). (O 10 de junho – dia da morte de Camões – é um dia de comemoração nacional).

1) Logo o Preâmbulo (nunca tocado) satisfaz todos os requisitos deste género literário artísticos e constitucional, comparável, em termos de ciências da cultura, aos Prólogos, Aberturas ou Prelúdios. Ele obedece à dimensão temporal, “narra a história”, projecta-se no futuro (“vontade do povo

português”) e estabelece um concentrado normativo constitucional em linguagem próxima dos cidadãos (p. ex., direitos fundamentais, democracia, “prevalência do Estado-de-direito”). Algo de semelhante virá a encontrar-se mais tarde em algumas constituições dos novos *Länder* alemães, com referência à superação do regime do Partido Unitário Socialista (p. ex., Preâmbulo da Constituição da Saxónia, de 1992, Preâmbulo da Constituição da Turíngia, de 1993).

Nos “Princípios fundamentais”, o artigo 1º ousa algo de novo [“República baseada na dignidade da pessoa humana e (!) na vontade popular”; v. também o artigo 13º nº 1: “igual dignidade social”(!)]. O artigo 2º institui, tanto quanto é visível, o valor do “pluralismo de expressão e da organização política democrática”: isto fez escola em Espanha e além-mar (cf. o artigo 1º da Constituição da Guiné Equatorial, de 1991, assim como o Preâmbulo da Constituição de Moçambique, de 1990), mas também na Europa de leste. Merece atenção, além disso, a criação da fórmula “democracia cultural” – que costuma fazer sorrir, na Alemanha, muitos constitucionalistas. O vosso grande poeta F. Pessoa (*O livro do Desassossego*) acode ao espírito, quando se lê o destaque atribuído aos países de língua portuguesa (artigo 7º, nº 4; v. também o artigo 9º, alínea *f*, e o artigo 15º, nº 3), pois a ele devemos a expressão “a minha Pátria é a língua portuguesa”. A fundação da Comunidade Lusófona (1996) é uma pura consequência. O artigo 7º (Relações internacionais) influenciou decisivamente, porventura, o artigo 4º da Constituição do Brasil, de 1988. Finalmente, o artigo 9º, concentrando as tarefas do Estado, é uma inovação criativa (v. também o artigo 10º da Constituição de S. Tomé e Príncipe, de 1990). A defesa do “património cultural do novo português” e a protecção dos “recursos naturais” não eram ainda, em 1976, um tema constitucional geralmente reconhecido na Europa.

2) No capítulo dos Direitos Fundamentais, muitos artigos conferem à vossa Constituição um rosto específico. Isso se mostra logo na bem conseguida sistematização (“direitos, liberdades e garantias” e “direitos e deveres económicos sociais e culturais”) – mas sobretudo saltam aos olhos os elementos do direito constitucional da cultura, que sempre devem pôr-se em evidência (p. ex., artigo 9º, alíneas *e* e *f*, artigo 42º, nº 2, artigo 70º, nº 1, artigos 73º a 79º).

Enquanto o artigo 18º, nºs 2 e 3, recebe manifestamente o texto constitucional e a jurisprudência alemãs (“outros bens jurídico-constitucionais”, protecção do “conteúdo essencial”), o artigo 23º cria algo de novo, o “Provedor de Justiça”: trata-se de uma expressão do *status activus processualis* do cidadão, da sua protecção jurídica em sentido amplo, que encontrou justificadamente seguimento noutros Estados (v. artigos 142º a 147º da Constituição de Angola). O artigo 26º, nº 1, (“direito de cada uma à identidade pessoal”) e o artigo 35º (protecção de dados) correspondem, ao invés, aos *standarts* já atingidos na Europa, sendo que o Tribunal Constitucional alemão-federal laborou em muito na base dessa afinidade (cf. sentença 65,1). O

mesmo vale para o artigo 39º, sobre os *media*, e para a regulamentação dos tempos de antena dos partidos políticos (artigo 40º; cf. as sentenças 12,205 ou 33,106 do Tribunal Constitucional alemão-federal).

De maneira nova e muito extensa dispõe o artigo 43º, nº 2: “O Estado não pode programar a educação e a cultura segundo quaisquer directrizes filosóficas, estéticas, políticas, ideológicas ou religiosas”. Este é, na minha opinião, em Portugal como em qualquer outra parte, um comando irrealizável, pois já nos objectivos pedagógicos da escola (cf. o artigo 73º, nº 1, da Constituição portuguesa e o artigo 56 da Constituição do Hessen, assim como o artigo 101 da Constituição da Saxónia), já nos “objectivos prioritários da política de juventude” (artigo 70º, nº 2), como também em sede de limites dos direitos fundamentais e do cumprimento de tarefas culturais (p. ex., promoção da arte e do cinema), entram em jogo, na realidade, determinados critérios. Não há uma neutralidade “pura”. O Estado Constitucional é um Estado cultural, a sua identidade cultural não subsiste sem valores. O “santuário nacional” português, o Mosteiro dos Jerónimos, recebeu, 50 anos depois da morte de F. Pessoa, os seus restos mortais. O que é a “identidade portuguesa”, no sentido do artigo 6º, nº 3, da Constituição para a Europa? Certamente a língua, a Constituição de 1976 e algumas das suas revisões, a “saudade”, a idade de ouro a partir de 1415, Henrique, o Navegador, e o olhar para o Atlântico, Vasco da Gama, o regresso das colónias de muitos cidadãos depois de 1975, não por último, Lisboa como “capital europeia da cultura” (1994) e “cidade cosmopolita”.

Os nºs 1 e 2 do artigo 48º são modelares: participação dos cidadãos (artigo 2º: democracia representativa) e transparência das entidades estaduais e “demais entidades públicas”. Aquela, tomaram-na como modelo os *Länder* alemães do leste, depois de 1989; esta, a transparência, reconhece-se nos esforços que hoje se fazem na Alemanha para o reconhecimento de direitos de acesso à Administração pública (não apenas no tocante aos dados ambientais). O artigo 17º, enquanto “artigo do desenvolvimento dos direitos fundamentais”, está ainda por descobrir (“direitos análogos”) – posteriormente, o § 10 da Constituição da Estónia vem a tornar-se aqui um modelo.

O direito constitucional social, do artigo 63º, e o direito de todos à protecção da saúde (artigo 64º), com um catálogo quase superabundante no nº 2, eram ousados em 1976 e permanecem como um modelo. O mesmo vale para expressões inovatórias no domínio do direito constitucional do ambiente, como “capacidade de renovação dos recursos naturais” e “estabilidade ecológica”, (artigo 66º, nº 2, alínea *d*) – conceitos de que só nos tardios anos oitenta muitas novas constituições se ocuparam (sobretudo na Suíça). um novo nível textual é atingido também no artigo 67º, nº 1 (“efectivação de todas as condições que permitam a realização pessoal dos membros da família”) e, logo a seguir, no artigo 71º, nº 2 (“pedagogia da formação da consciência da sociedade”); também a fórmula “política da terceira idade” en-

contra a expressão normativa pela primeira vez, à escala universal, segundo creio, no artigo 72º, nº 2, português. Os postulados do artigo 74º (rejeição da “conservação” de desigualdades na formação escolar) deviam constituir exemplo para a Alemanha – a matéria foi, na verdade, objecto de (demasiada) violenta crítica por parte de um encarregado especial de missão da ONU (V. Muñoz), em fevereiro de 2006, em representação da Comissão dos Direitos do Homem, justamente com referência ao “federalismo educativo” alemão (palavras-chave: colocação em perigo do direito do homem à educação, em razão da origem social, no tocante aos filhos de imigrantes, em consequência de debilidades sociais).

3) Da parte organizatória, evocaremos apenas algumas “feições” marcantes do constitucionalismo português: por exemplo, os artigos 10º, nº 2, e 51º, bem como o artigo 288º, alínea *i* (“direito à oposição democrática”), parcialmente novos, sobre os partidos; a seguir, os artigos 103º e 104º, com os seus princípios materiais fundamentais do direito fiscal; também o artigo 202º, que se refere abertamente à tarefa que cabe aos tribunais de dirimir conflitos de interesses públicos e privados (na minha terminologia, “justiça do bem comum”); depois, a regulamentação, que pode valer como modelo, do estatuto especial dos soldados (artigo 270º); do mesmo modo, o modelo de cooptação aplicável aos juizes constitucionais (artigo 222º, nº 1: três no total); e, finalmente, o artigo 288º, que impressiona, com a sua enumeração dos limites (interpretados flexivelmente) da revisão constitucional (cf. também o artigo 159º da Constituição de Angola, de 1992) que não foram impositivos das ulteriores revisões da Constituição dos anos 1982/89/92/97). Este catálogo circunscreve quase literalmente nada menos do que a “identidade” da Constituição portuguesa de 1976 – tema que na Alemanha é conhecido desde Weimar, que foi trazido à ordem do dia pela primeira vez graças à Noruega, com a sua Constituição de 1814 (§ 12: “espírito desta Constituição”), e de que na Suíça se não carece, porque esta se sabe segura da sua identidade.

4) Permita-se-me uma só observação crítica: como vai o regionalismo em Portugal (18 distritos, 2 regiões autónomas), o qual, na verdade, vinga noutros lados, cada vez mais intensivamente, como um elemento estrutural que se integra no tipo do Estado constitucional – da Grã Bretanha à Itália – e se torna também um elemento vital e um princípio de arquitectura da “Europa das regiões”? *Regionalistic papers* podiam fazer aqui a sua obra (p. ex., na elaboração de uma teoria de regionalismo “diferenciado” ou “assimétrico”). Para uma doutrina comparada do regionalismo, válida dos Açores à Sicília e da Irlanda do Norte à Andaluzia, encontram-se vários níveis textuais no Título VII (sobretudo no artigo 227º, nºs 1 e 2).

Em síntese: a vossa Constituição maturou no “contexto” do tipo do Estado constitucional de 1976 (e dos seus ulteriores desenvolvimentos, no quadro das revisões), criando simultaneamente muitos elementos textuais.

EXCURSO II: PALAVRAS-CHAVE PARA OS “ELEMENTOS CONSTITUCIONAIS” NO DIREITO INTERNACIONAL

O “constitucionalismo”, evoluído para o Estado constitucional na forma de desenvolvimento que hoje em dia apresenta, não pode ser descrito sem um olhar para o direito internacional. Daí o Excurso II seguinte, o qual também em razão da frequentemente referida “constitucionalização” do direito internacional se afigura imprescindível.

1 “Direito internacional no Estado constitucional” e vice-versa “Estado (constitucional) no Direito Internacional”

Uma listagem conduz-nos a estas palavras-chave: interpretação em conformidade com os direitos do homem, amizade das Constituições nacionais, sob múltiplas formas, ao direito internacional (p. ex., artigo 8º, nº 1, da Constituição portuguesa), possibilidade da transferência de poderes soberanos, normas sobre a transformação ou recepção do direito internacional “no” ou “em” direito nacional, “princípios gerais de direito” (cf. § 3º da Constituição da Estónia, de 1992), p. ex., o princípio do *estoppel* (*venire contra factum proprium*) ou da boa fé (*pacta sunt servanda*). O epíteto “geral” remete para uma generalidade ou publicidade material à escala do nosso “planeta azul”, a Terra.

2 Elementos do Direito Internacional “constitucional”

A comunidade do direito internacional em processo constituinte logra-se identificar e descrever nas seguintes palavras-chave: direitos humanos universais (Pactos da ONU); a proibição da força como “norma fundamental” do direito internacional (inteiramente no sentido de H. Kelsen); o Tribunal Internacional de Justiça e o Tribunal Internacional Penal (Estatuto de Roma) e também o Tribunal da ONU para criminosos de guerra, na Haia, enquanto tribunais constitucionais “imperfeitos”; a Organização Mundial do Comércio, enquanto expressão do direito constitucional económico, numa perspectiva global; a igualdade soberana dos Estados, como direito constitucional organizatório; o *jus cogens*, como elemento constitucional típico da hierarquização no âmbito do direito constitucional (ao *jus cogens pertencem*, p. ex., a proibição da força e da tortura ou a proibição da pirataria); a proibição do comércio de seres humanos, a criminalização do genocídio e dos crimes contra a humanidade; a idéia da *rule of law* jurídico-internacional; elementos rudimentares de “estadualidade social”, p. ex., o direito a receber alimento, o direito à saúde, o princípio do “desenvolvimento sustentado”; os *global commons*, enquanto valores comunitários (“herança cultural mundial” etc.). Há pouco (2005), o Tribunal de Justiça das Comunidades,

no Luxemburgo, respondeu e em termos afirmativos à questão de saber se o Conselho de Segurança das Nações Unidas está vinculado aos *standards* dos direitos do homem, enquanto *jus cogens* (FAZ de 15 de janeiro de 2006, p. 39).

Neste domínio muito está ainda “a fazer-se”, sendo mais os desafios do que direito comunitário consolidado. O direito internacional foi desde há muito qualificado como tipicamente um direito “em evolução” (D. Schindler); a constitucionalização é também um elemento do “princípio da esperança” (E. Bloch) em conjugação com o “princípio da responsabilidade” (H. Jonas). Como nem todos os Estados (nem sequer uma maioria) são “Estados constitucionais”, muito está em aberto e é precário, questionado, mesmo objeto de hostilização. Todavia, assim como o Estado constitucional necessita, agora como antes, de um “*quantum* de utopia” (a reunificação da Alemanha foi isso até 1989), também o direito internacional vive de um *quantum de utopia constitucional*. O “constitucionalismo” no quadro estadual e os processos de integração regional, nomeadamente na Europa, no sentido estrito da União Europeia e no sentido mais amplo do Conselho da Europa, com os seus 46 membros, dão azo à esperança (refiram-se também projectos com o do Mercosul ou do Pacto Andino).

TERCEIRA PARTE: “NOVOS DESAFIOS DO CONSTITUCIONALISMO”

I – OBSERVAÇÃO PRÉVIA

Como certamente também em Lisboa se espera de um constitucionalista alemão, adiantemos previamente uma reflexão metódica. A ciência, como procura perpétua da “verdade” (W. von Humboldt), e a ciência jurídica, como procura da justiça, exigem, de modo idêntico, uma permanente auto-verificação do próprio trabalho e o pôr em aberto da “Pré-compreensão e escolha do método” (J. Esser). Só assim é possível um discurso, uma troca de argumentos que transponha as fronteiras – a qual raras vezes poderá ser tão gratificante como a nossa de hoje, aqui em Lisboa, no vosso “dia da Constituição”.

Aos meus ensaios subjaz sempre um “otimismo científico” (em oposição ao pessimismo científico de um H. Schelsky, nos anos 70). Também no plano pedagógico ele é imprescindível, e quase se pode dizer que o trabalho em torno do e no Estado constitucional necessita de uma certa medida de “eros pedagógico”. Há de crescer a isso a compreensão do “*quantum* de utopia” que necessariamente sempre acompanha a evolução e o crescimento de um Estado constitucional. Também J. Locke, pai do Estado constitucional, foi outrora uma “utopia”, também a Europa era, no tempo dos pais fundadores, uma “utopia”, também a invenção do federalismo nos Estados

Unidos da América começou por ser uma “utopia”. Também a “Paz perpétua” de Kant (1795) era e em parte é ainda uma “utopia” (em Portugal, foram uma “utopia” o “Sebastianismo” e a Revolução dos Cravos).

A “utopia concreta” é o “princípio da esperança”, que proporciona ao homem o “caminho recto” e faz dele um “homem de cultura”. “Regresso à cultura” é a divisa (A. Ghelen). A natureza é, tal como o “estado de natureza”, uma ficção (todavia imprescindível). É certo que se insiste na tese de que os homens teriam, “por força da natureza”, determinados direitos, mas estes, na realidade, antes só gradualmente, ao longo dos séculos, lhes foram sendo reconhecidos. Só há direitos culturais, não “direitos naturais”!

II – “NOVOS DESAFIOS” DO CONSTITUCIONALISMO

Eles são hoje em profusão, cruzam frequentemente o plano do Estado constitucional nacional com o do direito internacional e têm de ser tomados a sério, não só pela política, como também pela teoria do direito do estado, enquanto disciplina científica. Frequentemente trata-se de um desafio para várias gerações, de modo que bem podemos falar de um “contrato cultural de gerações”, nos domínios da ciência do Estado constitucional. Cada um de nós está “aos ombros de gigantes”. Mas – embora “anões” – podemos até, em cima dos ombros, ver, de quando em vez, um pouco mais além do que os “gigantes”. Esta metáfora liga, assim, o optimismo com a modéstia, que é certamente o que nos irá bem aqui.

Impões-se referir o *fundamentalismo*, que há de combater-se no “espírito” do princípio constitucional da tolerância. O ideal continua a ser aqui a parábola dos anéis, de Lessing/Boccaccio (sobre a igual valia das três religiões mundiais). Todavia, as consequências concretas são difíceis (o caso do lenço na cabeça; o caso dos crucifixos nas escolas – situação esta que acabou de ser declarada admissível na Itália pelo Conselho de Estado, e continua controversa, agora como antes, na Alemanha). Temos honestamente de nos lembrar que a cristandade chegou à América, a partir de 1492, a “ferro e fogo”, quase exterminando a população aborígene local. A cristandade foi outrora “fundamentalista”! – *horribile dictu*.

Com isto somos conduzidos ao terrorismo e à proporção equilibrada, que o Estado constitucional exige, entre a salvaguarda da liberdade e a garantia da segurança.

A *economicização* de quase todos os domínios da vida, propagando-se largamente, (“mercado mundial”) é igualmente um desafio. Há de servir de ajuda, aqui, a noção de que os mercados têm um significado apenas instrumental. O homem é a medida de todas as coisas, não o mercado, que não possui um fim em si próprio; o capitalismo tem de ser “domado” (*Gräfin Dönhoff*), por muito criativo que possa ser o mercado, como “procedimento de descoberta” (F. A. von Hayek).

A prevenção dos riscos conduz ao perigo de uma teoria da insuficiência do sistema, leva ao renascimento de um pensamento radicado na ideia do estado de excepção, como foi típico e fatídico no período final de Weimar.

A conservação do “Estado social”, positivado em tantas constituições mais recentes, num tempo economicamente difícil, é mais um desafio, que está para ficar (limites da privatização?).

Também a “sociedade civil”, a “sociedade dos cidadãos” (Preâmbulo da Constituição checa, de 1992), reclama que não nasçam “sociedades paralelas” (“sociedades heterogêneas”), com em muitos bairros turcos de Berlim.

O princípio do desenvolvimento sustentado, estabelecido em muitos níveis textuais novos de constituições nacionais, tem também de voltar o olhar para os países em desenvolvimento e de poder e querer abrangê-los.

Em geral e fundamentalmente põe-se a questão de saber como podem ser conduzidos os fenómenos da globalização. No plano do direito internacional, não devia existir qualquer prevenção sem limites. Como impedir o esboroamento da proibição do uso da força? Como dominar a problemática do *failed state*?

Finalmente, deve, com toda a consciência, referir-se a pendente reforma da ONU, especialmente do Conselho de Segurança, como um desafio ao Estado constitucional. O projecto de reforma foi apresentado, por último, no relatório do Secretário Geral das Nações Unidas (21 de março de 2005) sob o título: “Em maior liberdade: a caminho do desenvolvimento, da segurança e dos direitos do homem para todos”. O ponto mais importante é a reforma do Conselho de Segurança. Trata-se de cuidar aqui de uma maior representação de todas as regiões do mundo. A este respeito há diferentes propostas de reforma: seja a de um *High Level Panels on Threats, Challenges and Change*, seja, outra, dos Estado do G-7. O G-7 propõe sobretudo um lugar de membro permanente para a Índia, a Alemanha, o Japão e o Brasil. Em virtude da decidida oposição vinda do lado dos EUA, e também de Estados do mundo latino-americano e asiático, estas propostas de reforma não têm, porém, grandes possibilidades de concretização. Também se pensa noutras reformas: substituição da Comissão dos Direitos Humanos por um mais pequeno Conselho Permanente de Direitos Humanos, com órgão principal da ONU (47 membros); reforma da administração e do orçamento, sobretudo através de maior transparência e eficiência; actualização da Carta da ONU; eliminação das chamadas cláusulas-do-inimigo, nos artigos 53º e 107º; eliminação do Capítulo XIII (Conselho de Tutela); eliminação do artigo 47º (Comissão do Estado-Maior); coordenação da cooperação com organizações regionais; reforço dos poderes do Conselho Económico e Social, no domínio da cooperação económica; e o tornar efectivo o trabalho da Assembleia Geral.

A questão que mais vivamente se coloca é, em termos gerais, esta: quem desenvolve o direito internacional, quem são os seus “actores”? No

meu modo de ver, também as ONGs! O paradigma da sociedade aberta dos constituintes e dos intérpretes da Constituição pode tendencialmente servir também aqui.

Estão talvez desapontados por esta “lista de falhas”, este variegado catálogo, conter demasiadas coisas. Todavia, trata-se absolutamente, no meu modo de ver, de questões que se põem ao constitucionalismo ou ao direito internacional constituindo-se em “direito da humanidade”. Precisamos de uma “nova Escola de Salamanca”.

EXCURSO III: O SERVIÇO DA COMUNIDADE DO DIREITO INTERNACIONAL, ESPECIALMENTE DA ONU, AO ESTADO CONSTITUCIONAL

Apesar de todos os défices do direito internacional com “direito imperfeito”, apesar de toda a justificada crítica à “fraqueza” da ONU e à sua persistente incapacidade de reforma, esboça-se um encorajante desenvolvimento, que junta de modo intensivo o direito internacional e o Estado constitucional sob o signo do “constitucionalismo”: a contribuição para o nascimento de uma nova estadualidade constitucional nacional, à escala mundial. O círculo dos participantes é aqui variável e aberto: vai do Conselho de Segurança, passando pelo Secretário Geral e pela Assembleia Geral da ONU, pelo TIJ assim como pelo Tribunal da ONU, na Haia, e também pelo TPI, igualmente aí sediado, e mesmo pelos Jessup-Moot-Court Foren, em todo o mundo, até comunidades regionais, como a EU (p. ex., como observadora eleitora; cf. também a discutível presença militar no Congo, em 2006), ou até medianeiros específicos, inclusive personalidades de alto relevo, por vezes professores de direito, assim como até à opinião pública mundial, enquanto *medium*.

Seguindo D. Thürer (2005), podem distinguir-se determinados “tipos de processo constitucional”: processos constitucionais jurídico-internacionalmente “induzidos” (o caso da África do Sul, em 1994-96, em que também constitucionalistas alemães e juízes do Tribunal Constitucional Federal participaram consultivamente), processos constitucionais jurídico-internacionalmente “acompanhados” (os casos do Afeganistão, 2001-2004, e do Sri Lanka), processos constitucionais jurídico-internacionalmente “dirigidos” (os casos do Camboja, 1991-1993, e de Timor, 1999-2002) e constituições “instaladas” jurídico-internacionalmente (o caso do Kosovo, com a intervenção humanitária da NATO, em 1999, o protetorado da ONU, em 2001, e as negociações de Viena, de 2006). A amizade da Constituição portuguesa pelo direito internacional (artigos 7º e 16º) poderia servir aqui como preceito de referência.

Não é “o direito internacional” que opera abstractamente, são antes determinados participantes concretos que actuam aqui, sob o signo do di-

reito internacional, que lentamente se vai desenvolvendo o bastante, e do já desenvolvido, mas sempre ameaçado, “tipo do Estado constitucional”. (A nova questão, relativa às pessoas, é esta: quem, que actores protagonizam o desenvolvimento, com o direito internacional?) Com todos os défices, cabe aqui uma avaliação possivelmente positiva. O estudo dos casos [referidos], comparados entre si também no arco do tempo, mostra o préstimo que o “constitucionalismo” já pode hoje ter. Ele ganhou terreno à escala universal. A “globalização” desempenha aqui, por uma vez, o seu papel positivo, por mais elevados que possam ser, quanto ao resto, os seus custos e perigos (p. ex., a nivelção da multiplicidade cultural por força dos mercados mundiais). Ela “transporta” os direitos fundamentais, a *rule of law*, a democracia e a separação dos poderes, e também os “standards sociais”. A “visão do mundo do Estado constitucional”, por que se perguntava em 1997, torna-se constitucional!

III – CAMINHOS DE REFORMA E PROCESSOS DE REFORMA DO CONSTITUCIONALISMO

Graças a eles, o constitucionalismo, até agora, “afirmou-se”, e não apenas se “conservou”. A paleta vai do “grande” ao “pequeno”: da actualização constituinte (a “revisão total” na Suíça, tanto no plano federal como no cantonal), passando pela “revisão parcial” (modificação da Constituição dentro dos limites das chamadas cláusulas de perpetuidade, como as do artigo 79º, nº 3, da Lei Fundamental alemã e do artigo 288º da Constituição portuguesa – onde as revisões graduais desde 1982 foram bem sucedidas), até à simples legislação ordinária (p. ex., cláusulas de experimentação e à experiência) e ao voto individual dos juízes constitucionais (p. ex., segundo o artigo 164º, nº 1, 1º período, da Constituição espanhola). Esta escala é a expressão da grande conexão entre “tempo e Constituição” (1974). Na jurisdição constitucional é necessário um mais extenso acabamento do direito processual constitucional no sentido de um “direito do pluralismo e da participação” (palavras-chave: direitos de audição, em parte a acção popular, como na Baviera, na Hungria e na Colômbia, intervenções *amicus curiae*, como no Supremo Tribunal brasileiro). A “Constituição do pluralismo” é aqui o fio de prumo.

O constitucionalismo permanece como um projecto susceptível e necessitado, em permanência, de reforma, que simultaneamente tem as suas raízes no passado. Ele tem um futuro. A “questão crucial” é a de saber se há constitucionalismo sem Estado (p. ex., na União Europeia). O “constitucionalismo a diferentes níveis” é, a meu ver, como imagem e conceito, questionável, pois sugere uma concepção hierárquica. O racionalismo crítico de um Popper, com a ideia de “reforma da obra imperfeita”, fornece um prestimoso enquadramento filosófico. A *trias*, por mim proposta em 1978, do pensamento do possível, do real e do necessário, revela-se com préstimo na conformação do futuro do Estado constitucional. O pensamento do possível

é tributário, como categoria, de R. Musil – já que bem podemos, nós os juristas, socorreremo-nos do empréstimo dos poetas.

EXCURSO IV: “OS PUBLICISTAS MAIS QUALIFICADOS DAS VÁRIAS NAÇÕES” E OS SEUS “ENSINAMENTOS” AO SERVIÇO DO ESTADO CONSTITUCIONAL COMO PROJECTO UNIVERSAL – A CORRESPONDÊNCIA AO ARTIGO 38º, Nº 2, ALÍNEA D, DO ESTATUTO DO TIJ (1945) – A SUA “CONSTITUCIONALIZAÇÃO”

Os cruzamentos descritos entre a comunidade dos cidadãos constituídas em Estado constitucional e a “constitucionalização” do direito internacional universal como “direito da humanidade” à escala universal permitem talvez dar ao constitucionalismo, no plano teórico assente na realidade, um novo e poderoso impulso: os publicistas mais qualificados das várias nações devem ser aberta e declaradamente encorajados, e eles próprios sentir-se encorajados, a trabalhar em prol do “projecto de Estado constitucional” à escala universal. O que o artigo 38º, nº 2, alínea d, do Estatuto do TIJ ousa no plano do direito internacional (“meio auxiliar para a determinação de normas jurídicas”) pode ser generalizado ao “constitucionalismo”, no seu actual grau de desenvolvimento. Eis, de seguida, alguns tópicos de referência, em ordem à fundamentação, teórica e prática:

1) A teoria da Constituição e a teoria do direito internacional convergem justamente hoje de modo intensivo: ocupam-se frequentemente dos mesmos temas (p. ex., os direitos do homem) e defrontam-se com as mesmas tarefas (p. ex., na protecção do ambiente e dos bens culturais). Conhecem instituições afins (“tribunais constitucionais” e tribunais semelhantes de carácter “imperfeito”, como o TPI, nos termos do Estatuto de Roma) e legitimam-se, em último termo, a partir do cidadão ou do homem. Os modos de trabalho dos juristas em ambos os domínios assemelham-se (p. ex., na metodologia), pesem todas as diferenças que subsistem.

A palavra e a substância “constitucionalismo” ligam um arco mais vasto. O Estado constitucional nacional continua a ser a forma imprescindível e a realidade conformadora e garante do “constitucionalismo”, sendo que no plano do direito internacional só através dos Estados constitucionais (nacionais) se chega a formas de constitucionalização – política e juridicamente, na historia como na actualidade. Eis por que devia ousar-se agora, com coragem, tornar frutífera em termos gerais, e para além do seu teor literal, a “velha” norma criativa do artigo 38º do Estatuto do TIJ. Isso poderá lograr-se, se o “princípios gerais de direito” da alínea c e a ideia, tributária das ciências da cultura, que aí pode ver-se rudimentarmente expressa (“nações civilizadas”), forem utilizados produtivamente com inspiração. No âmbito do processo da formação jurídico-constitucional e do conhecimento do direito constitucional, pode hoje se destacar um pluralidade de constitucionalistas os mais qualificados das várias nações, que podem ser intérpre-

tes (e responsáveis) da realização do “projecto do Estado constitucional” à escala universal. A este respeito, bastará deixar expostas, neste lugar, as ideias fundamentais, enquanto tais: questões controversas específicas, como, por exemplo, a relativa ao epíteto “os mais qualificados”, ficarão aqui em aberto. Anote-se, em todo o caso, que a expressão “meio auxiliar para a determinação de normas jurídicas” é tributária de um entendimento ultrapassado, ainda muito positivista, do direito e da interpretação. Trata-se da *law in public action*, e não da descoberta de algo pré-existente já pronto. A imagem de “fonte de direito” é questionável. Também os tribunais constitucionais não fornecem qualquer interpretação “autêntica”, qualquer interpretação “definitiva” (diversamente, o artigo 124º, nº 1, da Constituição da Albânia, de 1998).

2) Esta consideração teórica pode ser alicerçada em exemplos, pelo lado da *praxis* (“força normativa da *Praxis*”), sobretudo se considerada na vasta perspectiva histórica.

Desde há gerações, desde mesmo há séculos, que muitos dos “mais qualificados” se ocuparam do Estado constitucional, sejam filósofos, juristas, ou mesmo poetas e músicos, com F. Schiller, nos temas da dignidade humana e da liberdade de pensamento, e L. van Beethoven, quando riscou da sua *Eroica* a dedicatória a Napoleão, por este se ter feito coroar Imperador dos franceses, em 1804. Sob a palavra-chave “Textos Clássicos na Vida Constitucional” (1981) foi elaborado há alguns anos um quadro de teorias, [que vale] para o que hoje se expõe pela primeira vez como algo de novo. Tão cedo como desde Aristóteles, Montesquieu, Rousseau, antes J. Locke, a seguir I. Kant, torna-se o Estado constitucional uma realização cultural. Os clássicos alemães da época de Weimar continuam a irradiar o seu nome até hoje, muito para além da Alemanha: H. Heller exerce seguramente a sua influência, como um dos “mais qualificados constitucionalistas”, até à América Latina (através da Espanha); H. Kelsen é também aí, até hoje, um autor muito citado. C. Schmitt exerceu uma influência em parte positiva (Teoria da Constituição, de 1928), em parte negativa (p. ex. no Portugal de Salazar). Do Brasil, com (retro)influência sobre o “constitucionalismo português”, pode certamente citar-se P. Bonavides. J. Rawls alcança uma projecção universal, que chega ao próprio interior do Tribunal Constitucional alemão-federal (sentença 101, 158 (218)). De entre os meus próprios professores, e na actualidade, deve ser evocado K. Hesse. A partir do México, H. Fix-Zamudio adquire grande influência na compreensão do Estado constitucional e dos seus princípios específicos. Esta lista, certamente ainda muito fragmentária (os presentes não os nomeio), haveria de ser completada com grandes internacionalistas, com influência no seio do Estado constitucional, p. ex. H. Grotius, com as suas sugestões, de 1625, para “Problemas da Verdade no Estado Constitucional” (1994). Encorajador pode ser aqui o facto de o direito civil ter desde há muito os seus clássicos com expressão universal: depois dos grandes juristas romanos da antiguidade (Papiniano, Ulpiano, Paulus), será

esse o caso nomeadamente de F. C. Savigny e também de R. von Jhering. No direito penal pode F. von Liszt entrar nessa categoria.

3) Em tudo isto, será de considerar a diferenciação das regiões (melhor, dos “espaços jurídicos e culturais”). Só muito poucos constitucionalistas saltam as fronteiras de um continente, na sua influência sobre comunidades científicas nacionais “alheias” (uma palavra-chave será a de “jurista europeu”). Mas, na verdade, também os reconhecidos como grandes unicamente à escala regional (continental) corroboram a tese atrás avançada (p. ex., o italiano C. Mortati). Importante é o reconhecimento de que a obra ou a vida de constitucionalistas (e não apenas porventura comparatistas) individualmente considerados pode hoje, na realidade, ser sujeito, factor e objecto do desenvolvimento de “mais” Estados constitucionais e das respectivas comunidades científicas (nacionais). Os várias vezes referidos processos universais de produção e recepção no domínio do Estado constitucional, o paradigma dos níveis de texto e a doutrina da *trias* dos textos, teorias e práticas deveriam aproveitar, de todo o modo, a tese hoje e aqui avançada pela primeira vez. O “constitucionalismo”, tão largamente citado, vive também de uma pluralidade dos mais qualificados constitucionalistas, para além de todas as controvérsias de escola e de eventuais invejas.

O que fica dito é simultaneamente um “horizonte” e um “desafio”, no sentido do tema desta conferência. Há uma comunidade dos constitucionalistas – que pode ser mais largamente explorada. Ela é, por exemplo, perceptível por um dia, aqui em Lisboa.

PERSPECTIVA GERAL E CONCLUSÃO

O panorama – que tem de bastar na sua fragmentaridade – tem de ser interrompido aqui. Os novos “horizontes” e os novos “desafios” do constitucionalismo deixam literalmente uma imagem mista. Muita coisa se realizou e se conseguiu no Estado constitucional, enquanto tipo, nas nações que se podem dar como exemplo, com diferentes velocidades e de diferentes maneiras. Assim, a descentralização, em França, faz talvez progressos concretos demasiado reduzidos e demasiado lentos; a Itália luta dolorosamente por um “federalismo italiano”; esperam muitos textos, na Europa de leste, por uma realidade constitucional “conforme”; há ainda muito a fazer, na América latina, no domínio da protecção dos índios e da sua cultura; fracassou, na Áustria, a “Convenção austríaca”, de 2005, ao contrário da Alemanha, onde a grande reforma do federalismo, num segundo arranque, parece agora ter sucesso; fracassou, pelo menos provisoriamente, a Constituição da União Europeia, continuando em vigor o monstro de Nice; a luta contra a corrupção continua a ser um tema constitucional no Brasil, assim como a luta contra a pobreza em quase toda a África. A paz na Europa está, graças à comunidade de paz da União Europeia, assegurada – devendo também ser exportada para os Balcãs, e constituindo o grande tema de como

tornar os Estados islâmicos, passo a passo, capazes de democracia (face à Sharia, como suprema fonte do direito e parte das Constituições, desde o Afeganistão até ao Iraque – o que é quase insolúvel), talvez o maior desafio do nosso mundo em processo constituinte. Seja como for, há que guardar o “princípio da esperança” numa “sociedade aberta dos intérpretes da Constituição” estendida a toda a parte, devendo abrir-se o círculo dos actores do direito internacional (no plano interno, a lei contra as ONGs, e consequentemente também contra as organizações de direitos do homem, na Rússia de Putin, em 2006, é um perigosos passo atrás). Também o modo como o constitucionalismo há de tratar a questão das caricaturas, de 2006, só conduziu, até agora, à perplexidade.

Entoe-se, por último, o “elogio da amizade” entre os homens de ciência. A amizade – um grande tema desde Aristóteles – existe também entre constitucionalistas. As comunidades científicas nacionais devem e podem hoje, como mal puderam antes, fazer causa comum: ao serviço do Estado constitucional. Na Europa há muitos belos exemplos de intercâmbio entre o Norte e o Sul, o Leste e o Ocidente, e mesmo, como hoje, dentro do Ocidente. Que um francês, um italiano e um alemão possam usar da palavra no dia comemorativo da Constituição portuguesa, diz muito. Só posso – nesta moldura da Fundação Gulbenkian, fundada em 1956 – agradecer e citar Goethe, olhando também para os “países portugueses” da África e da América do Sul: “Deus é o Oriente, Deus é o Ocidente, a terra do Norte e do Sul descansa na paz das suas mãos”.