

CONSTITUIÇÃO

Imagine-se que a Constituição da República Portuguesa estabelecia os limites gerais de velocidade na estrada, o regime da resolução das instituições de crédito e sociedades financeiras, o elenco dos produtos sujeitos a taxas reduzidas de IVA, os prazos para a usucapião de coisas móveis, os pressupostos da responsabilidade civil por danos causados por animais, a moldura penal do crime de profanação de cadáver ou de lugar fúnebre, as regras de cálculo das pensões de velhice, disposições relativas à actividade de feirante e vendedor ambulante, a tabela de vencimentos dos trabalhadores do sector público e os montantes de subvenção estatal da investigação na área das células estaminais.

A inclusão destas matérias no texto constitucional seria bizarra e perversa. Bizarra, em primeiro lugar, porque contrária à natureza de lei *fundamental* própria das constituições, natureza essa que se não esgota no plano formal — a constituição como parâmetro de validade das restantes leis e demais actos da autoridade pública —, mas que tem também um alcance material — a constituição como lei que tem por objecto os aspectos fundamentais da vida em comunidade. Na verdade, é a dignidade da matéria que justifica a solenidade da forma; precisamente por isso, pareceria bizarro uma lei constitucional ocupar-se de assuntos mais ou menos prosaicos.

Para além de bizarro, seria perverso. As constituições, pelo menos na tradição continental, são leis rígidas, cuja modificação requer um procedimento agravado relativamente ao curso legislativo comum. Essa rigidez pressupõe a estabilidade da matéria constitucional, no duplo sentido de as soluções constitucionais resistirem ao decurso do tempo e de serem objecto de amplo consenso político. Quanto mais volátil e controversa for a matéria, maiores são as razões para que a sua regulação seja subtraída ao domínio constitucional e confiada ao processo legislativo ordinário, que, pela sua natureza flexível, tem a vocação de dar resposta aos sinais da realidade e ecoar as aspirações da opinião pública.

Ao estenderem-se para além do âmbito em que as soluções que consagram gozam de relativa perenidade, as constituições hipotecam a sua força normativa e legitimidade democrática. A primeira na medida em que se arrogam a missão quixotesca de governar uma realidade evasiva, disciplinável somente mediante formas

de regulação céleres e dúcteis. A segunda por acolherem nas trincheiras da sua primazia jurídica opções políticas controversas, cujo mérito deveria ser julgado pelos cidadãos através dos procedimentos ordinários de decisão democrática.

A constituição do Estado

A constituição é a ordem fundamental do Estado (Miranda 2002). É certo que juristas e leigos usam o termo “constituição” num sentido mais amplo, como quando se referem aos estatutos de uma organização como o seu “documento constitucional” ou dizem de um indivíduo saudável que possui uma excelente “constituição física”. Mas é bom de notar que nesses casos o termo é usado por analogia com o seu sentido normal ou paradigmático, que diz respeito à ordem fundamental ou matriz de relações não de um qualquer conjunto de partes — o corpo humano ou uma sociedade comercial —, mas do tipo especial de comunidade que é o Estado.

O Estado corresponde a uma certa forma — historicamente situada e amplamente consolidada — de *convivência política*, que se caracteriza pela reunião de três elementos: um povo, um território e uma autoridade (Hespanha 1994). Em primeiro lugar, os membros de uma comunidade política estadual constituem um povo; o elemento humano do Estado não é um composto de vários “corpos” ou “estamentos”, anteriores à formação da comunidade política, mas uma união de indivíduos, investidos na condição anónima e igual de “cidadão”. Em segundo lugar, o Estado é uma comunidade humana de âmbito territorial, cuja unidade política se estabelece sobretudo em virtude da proximidade física — da partilha de um espaço finito e circunscrito — e não da proximidade espiritual ou de interesses que subjaz a uma igreja, um partido ou uma empresa. Em terceiro lugar, o Estado é dotado de uma autoridade, de um poder instituído para governar ou ordenar as relações entre os cidadãos, e cujas decisões os vinculam; esse poder é exercido através de alguns dos seus membros, designados por essa razão “governantes”. A autoridade que lhes assiste, porém, não é uma prerrogativa das pessoas que a exercem, mas do cargo que ocupam ou da função que desempenham. O fundamento da autoridade política nos Estados, o modo como neles se organiza a actividade governativa e se articulam as relações entre governantes e governados, é precisamente aquilo que se designa pelo termo “constituição” (Soares 1986-87).

A constituição é obra do *poder constituinte*, primeiro e maior dos poderes políticos, aquele de que derivam todos os poderes constituídos que consubstanciam a autoridade do Estado (Brito 2000). O titular desse poder é o povo, o conjunto dos cidadãos que se organizam politicamente através da constituição. Daqui parece decorrer que a legitimidade política e a correspondente força jurídica da constituição se reconduzem, em última análise, não ao seu conteúdo, mas à vontade popular que está na sua génese. Haverá tantas constituições, no plano material, quanto as vontades dos povos que gozam da prerrogativa soberana de determinarem o seu destino político. Sem prejuízo de um alargado e inevitável domínio de sobreposição — nenhuma constituição pode, no fim de contas, deixar de organizar o poder político — os textos constitucionais têm um conteúdo, um vocabulário e uma extensão diversos porque reflectem as vontades contingentes de distintos soberanos populares quanto à forma e ao modo de vida colectivo.

O povo constituinte

Sucede que, ao contrário do pressuposto por esse modelo voluntarista, a categoria “povo” no discurso constituinte não é um agente — uma pessoa naturalmente capaz de pensar, querer e agir —, mas a personificação de determinados valores. Desde logo, é evidente que o “povo” é incapaz de exercer o poder soberano de que goza, pelo que terá sempre de contar com os bons ofícios de quem o represente no momento constituinte. Mesmo nos casos em que este assume a forma de um procedimento convencionalmente democrático, como seja a eleição por sufrágio universal de uma assembleia com plenos poderes constituintes, seria absurdo dizer que a constituição é obra directa do povo, uma entidade abrangente, inconfundível com a maioria, e intergeracional, inconfundível com a geração presente.

Todavia, é de rejeitar inteiramente esta representação naturalística do poder constituinte, segundo o modelo da «incapacidade de exercício» (Lindahl 2007). Os incapazes, como os menores ou os interditos, são pessoas físicas, por muito que lhes faltem as condições indispensáveis à autonomia individual. O “povo”, pelo contrário, é uma abstracção normativa, um parâmetro de justificação ou *ideia regulativa* da acção política concreta daqueles que reclamam actuar em seu nome. Não admira, por isso, que a vontade popular tenha sido, ao longo da história, articulada segundo concepções

muitas distintas, e invocada em benefício de programas constitucionais radicalmente divergentes no plano ideológico: uma concepção carismática, segundo a qual a vontade popular se revela nas epifanias do líder aclamado pelas massas; uma concepção romântica, que associa o povo à cultura nacional cujos curadores são a elite académica; uma concepção classista, para a qual o povo se identifica com a classe explorada que actua através da vanguarda revolucionária; uma concepção populista, em cujos termos o povo emerge nos protestos de rua, nos movimentos sociais, na resistência ao poder oficial e noutras erupções inorgânicas; uma concepção jacobina, à luz da qual o povo é simplesmente a maioria representada numa assembleia; e, finalmente, a concepção democrática-liberal, segundo a qual “nós, o povo” é o conjunto de indivíduos livres e iguais sujeitos a um sistema comum de leis. Tão variados são os usos do “povo” no discurso constituinte que é justo dizer-se do termo o que Proudhon referiu a propósito do género humano: quem o invoca está a aldrabar.

A constituição material

A cada discurso constituinte subjaz, necessariamente, uma determinada concepção, *axiologicamente comprometida*, de vontade popular (Coutinho 2009). Pese embora a sua génese dualista, que se repercutiu num texto originário eclético, a Constituição da República Portuguesa situa-se hoje na família alargada dos constitucionalismos democrático-liberais, com a sua concepção do povo como soma das vontades de indivíduos livres e iguais, concebidos à imagem e semelhança dos protagonistas de uma vasta panóplia de construções filosóficas mais ou menos aparentadas, como seja um contrato social, uma vontade geral, uma posição original, um consenso de sobreposição ou uma situação ideal de diálogo. A legitimidade de uma constituição inscrita nessa matriz afere-se mediante a comparação entre uma obra constitucional com autor e data, e a vontade hipotética de um povo imaginado; a matéria da constituição deixa de ser largamente arbitrária, o livre produto da decisão do seu criador onipotente, para se converter no critério de reconhecimento da sua imputação ao povo, o que é dizer, aos valores que este personifica (Kumm 2016). Em suma: não é a vontade que justifica a matéria, mas a matéria que *revela* a vontade; não é a forma que confere dignidade à substância, mas a substância que reclama a solenidade da forma.

É esse o alcance do célebre art. 16.º da *Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão* de 1789: “A sociedade em que não esteja assegurada a garantia dos direitos, nem estabelecida a separação dos poderes, não tem constituição.” O sentido desta disposição é o de que o povo do liberalismo democrático não pode deixar de querer o poder público separado e vinculado aos direitos fundamentais. O primeiro, porque só assim, dividindo a autoridade numa pluralidade de poderes e instituindo mecanismos de vigilância recíproca, pode prevenir a usurpação da soberania que exclusivamente lhe cabe. O segundo porque uma autoridade instituída por cidadãos anónimos e iguais carece de legitimidade para lhes dirigir a vida segundo o seu critério de felicidade ou de bem, como se de um déspota ilustrado se tratasse, cabendo-lhe apenas assegurar as condições para que cada cidadão possa perseguir o ideal de felicidade que o inspira ou praticar a concepção de bem a que adere. Nos termos do art. 2.º da *Declaração*: “A finalidade de toda associação política é a conservação dos direitos naturais e imprescritíveis do homem.” Estas palavras lapidares condensam todo um projecto de vida colectiva, o do *constitucionalismo moderno*, assente numa concepção *material* (também dita “racional-normativa”) de constituição (García de Enterría 1983; Amaral 2005).

Está claro que, sem prejuízo da sua vocação universal, a constituição material da democracia liberal não dispensa os pressupostos históricos ou mundanos da sua vigência, nem determina até ao mais ínfimo detalhe o conteúdo da lei fundamental. O arquétipo constitucionalista — direitos fundamentais e separação poderes — admite uma variedade de concretizações, cujas virtudes relativas dependem essencialmente das características de cada cultura pública e das circunstâncias históricas em que se exerce o poder constituinte. Matérias como a definição do sistema de governo, do sistema eleitoral, do sistema partidário, do regime de garantia da constituição, da hierarquia das fontes, da arquitectura dos órgãos de soberania e muitas outras, situam-se, em larga medida, nesse plano de abertura do universal ou ideal às condições particulares da sua concretização.

As gerações de direitos

Os direitos “naturais e imprescritíveis” presentes no espírito de 1789 eram sobretudo as liberdades fundamentais — *v.g.*, religiosa, de expressão, de imprensa, de

reunião, de associação, de iniciativa económica — e os direitos de pendor defensivo — v.g., à vida, à integridade física, à honra, de propriedade. A segunda parte do art. 2.º da *Declaração* referia-se-lhes em termos genéricos como os direitos à “liberdade, propriedade, segurança e resistência à opressão”. A redução dos “direitos do homem” a este elenco, mais tarde designado pela expressão “direitos de primeira geração”, correspondia à universalização dos interesses e aspirações do homem burguês oitocentista — patriarca, comerciante, abastado e instruído (Marx 1978).

A partir de finais do séc. XIX, o desenvolvimento do capitalismo industrial trouxe consigo a “questão social” e a afirmação de novos protagonistas nas sociedades ocidentais — o operariado, a fábrica, a cidade, a mulher, o monopólio e o partido — insusceptíveis de enquadramento na teoria social e na antropologia política do liberalismo clássico (Hobsbawm 1995). O *aggiornamento* do constitucionalismo moderno fez-se através do alargamento dos direitos fundamentais ao domínio dos direitos económicos, sociais e culturais — mais tarde designados “direitos de segunda geração” — e da transformação do Estado liberal num Estado social que chama a si a satisfação de necessidades abrangentes em matéria de saúde, educação, habitação, cultura e segurança social, promovendo, em maior ou menor medida, a redistribuição de rendimento e de riqueza.

Aos direitos de liberdade e aos direitos sociais — as primeiras duas gerações — sucedem-se, a partir do último quartel do séc. XX, os direitos de terceira e de quarta geração, os primeiros relativos a interesses difusos em matéria ambiental e à tutela de minorias étnicas, nacionais ou culturais, os segundos associados à necessidade de salvaguarda do indivíduo contra novos perigos decorrentes do desenvolvimento científico e tecnológico em domínios como a segurança, a informática e a genética. Acresce a preocupação crescente com a protecção das gerações futuras, vulneráveis a efeitos duradouros e tendencialmente irreversíveis de decisões presentes em âmbitos como o financeiro, o energético, o militar, o educativo e o demográfico. Este alargamento do discurso dos direitos reflecte-se, nos textos constitucionais e nos instrumentos internacionais de tutela dos direitos humanos, na consagração de novos direitos ao ambiente, à herança cultural, à reserva de intimidade da vida privada e à identidade genética, entre outros (Andrade 2012).

A sequência de gerações de direitos fundamentais, e em particular a consagração dos direitos sociais, é geralmente apresentada como um desvio em relação à matriz liberal originária do constitucionalismo, umas vezes com a finalidade de a desvalorizar — ultrapassada por constelações ideológicas alternativas, como a democracia cristã, a social-democracia ou o socialismo democrático — e noutras com o propósito de secundarizar os direitos de nova geração relativamente aos direitos de liberdade clássicos, distinguidos como direitos de “primeira grandeza” e, por essa razão, merecedores de tutela jurídica reforçada. Essa tese dualista, que encontrou algum respaldo na Constituição de 1976, através da divisão entre “direitos, liberdades e garantias”, por um lado, e “direitos económicos, sociais e culturais”, por outro, parte de uma leitura superficial da história intelectual do liberalismo. O liberalismo oitocentista que inspirou o constitucionalismo moderno correspondeu apenas a um protótipo, uma primeira tentativa, inevitavelmente condicionada pela sua situação histórica, de articular uma teoria política baseada no postulado da pessoa humana como indivíduo livre e igual. As gerações posteriores de direitos corresponderam a acertos e enriquecimentos desse património originário, ao desenvolvimento imanente da ideia liberal de justiça. Sem prejuízo da relativa diversidade entre direitos de liberdade e direitos sociais no plano estrutural (v.g., determinabilidade de conteúdo, aplicabilidade directa, pendor negativo ou positivo, alcance da reserva de possibilidade), há uma incindível *unidade axiológica* entre os direitos fundamentais de várias gerações, reconduzível à matriz liberal do constitucionalismo moderno (Silva 2015).

O princípio democrático

O liberalismo oitocentista europeu não era democrático, nem atribuía relevância primacial aos direitos de participação política (Machete 2007). Não o era, desde logo, como questão de princípio, na medida em que relegava para um plano secundário o problema clássico da forma de governo; sendo a “finalidade de toda a associação política a conservação dos direitos naturais e imprescritíveis do homem”, recusava-se ao poder político ordinário a liberdade de decisão dos destinos da comunidade, cabendo-lhe o papel derivado de exteriorizar e concretizar, através das leis, o ideário liberal (Kant 2013). A sacralidade da lei devia-se à crença arreigada na correspondência entre a legalidade — a sujeição do poder público às normas gerais e abstratas emanadas do

Parlamento — e as exigências da justiça numa comunidade de indivíduos livres e iguais. Nos termos do art. 6.º da Declaração de 1789, “a lei é a expressão da vontade geral”, e nessa exacta medida a melhor garantia dos direitos e liberdades fundamentais; daí que se não admitisse a sua sindicância junto dos tribunais.

O primeiro constitucionalismo, todavia, não era democrático nem mesmo nesse sentido *derivado* de garantia dos direitos. Entendia que a conjugação do governo representativo, do sufrágio livre e universal, do acesso livre a cargos públicos, da decisão segundo a regra da maioria e do princípio da responsabilidade política dos governantes — os elementos típicos da democracia representativa — constituía uma ameaça para a “liberdade dos modernos”, justamente o valor que a comunidade política se destinava a salvaguardar. À tirania das massas — ignaras e destituídas — e dos seus representantes — oportunistas e populistas — a teoria política liberal opunha as virtudes de um governo representativo do “povo activo”, o que é dizer, do pequeno conjunto de cidadãos masculinos, ricos e instruídos, e por esse facto subtraídos aos vínculos domésticos, laborais e espirituais que obstavam à devoção desinteressada e esclarecida do indivíduo aos assuntos públicos (Ramos 2004).

A incorporação do princípio democrático no constitucionalismo resultou da luta prolongada e atribulada dos trabalhadores e das mulheres pela emancipação política, iniciada sobretudo a partir dos finais do séc. XIX, período em que “questão social” provocou a erosão do nexos fiduciário e representativo entre as instituições políticas do Estado liberal clássico e amplos sectores da sociedade marcados pela vulnerabilidade económica e pela exclusão social. A ampliação do sufrágio — numa fase inicial apenas no universo dos eleitores masculinos, e mais tarde alargado às mulheres — acompanhou o processo de revisão da teoria social e da antropologia política do constitucionalismo oitocentista, através do qual o homem burguês do imaginário liberal clássico foi substituído, no centro do universo político, pela sociedade plural do liberalismo social, caracterizada pelas suas múltiplas estruturas intermédias (associações, fundações, igrejas, empresas, sindicatos, cooperativas, *etc.*) e pela institucionalização dos partidos políticos como mediadores da relação entre governados e governantes.

O dirigismo constitucional

O alargamento do catálogo de direitos fundamentais, e sobretudo a consagração constitucional de numerosos direitos sociais correlativos a deveres estaduais de prestação de bens, alterou de forma significativa a relação entre a Constituição e o Estado. Com efeito, alguns textos constitucionais, em particular aqueles que se inscrevem na chamada “terceira vaga de democratização” (que se inicia em Portugal com a Revolução de 25 de Abril de 1974), não se limitam a consagrar direitos sociais (à saúde, à educação, à habitação, à segurança social, *etc.*), mas vinculam o Estado à organização de uma extensa rede de serviços públicos e ao desenvolvimento de um amplo programa de políticas públicas, como seja a criação de um serviço nacional de saúde geral, universal e gratuito, uma rede nacional de escolas públicas gratuitas, um sistema de segurança social unificado de protecção em caso de velhice, invalidez, viuvez e desemprego, ou o controlo das rendas no mercado de arrendamento e a provisão de habitação social. A estas acrescem as tarefas associadas aos direitos fundamentais de terceira e de quarta geração, nomeadamente em domínios como a protecção ambiental, a preservação da multiculturalidade, a protecção de dados, a utilização da informática e a política de apoio à investigação científica. A constituição não se esgota, pois, nas funções tradicionais de organização e limitação do poder público, constituindo este na qualidade de instrumento de execução das opções programáticas nela definidas. Por outras palavras, a constituição assume um papel *dirigente* em relação ao Estado, e em particular ao legislador ordinário (Canotilho 2001).

A afirmação de um constitucionalismo dirigente no contexto de um compromisso ideológico social-democrata, orientado para a construção e estabilização do Estado social, contribuiu para esboroar as fronteiras entre as funções legislativa e administrativa (Schmitt 1940). Por um lado, ao estender-se ao plano programático, nomeadamente através da definição mais ou menos precisa de opções de política pública, a Constituição reduz a liberdade de conformação do legislador, despromovendo-o em certa medida à função derivada (ou “motorizada”) de executar um programa político cujos traços mais nobres são fixados no plano constitucional. Por outro lado, a magnitude das tarefas que a Constituição confia ao legislador torna inevitável a cooptação por este da Administração Pública, habilitada a aprovar

numerosos regulamentos que se não distinguem claramente das leis no plano material. A Constituição da República Portuguesa de 1976 vai ainda mais longe e, por influência da Constituição autoritária e antiparlamentar de 1933, atribui ao Governo competência legislativa autónoma e alargada, o que se justificou pela necessidade de aprovação célere do quadro legal indispensável à instituição dos serviços públicos do Estado social.

A erosão da estadualidade

Os imperativos constitucionais de protecção social, ambiental, da privacidade, da segurança colectiva e outros desideratos do constitucionalismo dirigente baseiam-se na presunção de que o Estado tem a capacidade de assegurar os pressupostos necessários à prestação desses bens e de controlar as ameaças que sobre eles impendem. Vale a pena ilustrar esta afirmação com alguns exemplos. As prestações sociais têm um peso muito elevado na despesa pública, o que coloca a política orçamental sob grande pressão do lado da receita, nomeadamente em matéria tributária e de endividamento. A segurança social, designadamente no que diz respeito às pensões de velhice, baseia-se na premissa de que o rácio entre trabalhadores e reformados se mantém em níveis toleráveis para aqueles. A tutela ambiental depende em larga medida da capacidade de reversão das alterações climáticas e de redução da pegada ecológica através do controlo da emissão de gases poluentes e da regulação do consumo de recursos não-renováveis. A coesão social e a segurança colectiva implicam a capacidade de gerir riscos como os fluxos migratórios em grande escala, as armas de destruição em massa ou os ataques terroristas.

Assistimos hoje à *desterritorialização* destes pressupostos económicos, demográficos, ecológicos, securitários e humanos, com a consequência inevitável da perda de capacidade de acção de uma organização de base territorial como é o Estado (Grimm 2009). As economias nacionais estão dependentes dos humores do comércio internacional e dos mercados financeiros. Os rendimentos e os capitais sobre os quais recaem impostos circulam com liberdade entre jurisdições, em busca de regimes fiscais favoráveis. A pirâmide demográfica das sociedades ocidentais de bem-estar inverteu-se, por força do efeito combinado do enorme aumento da esperança média de vida e da redução dramática das taxas de natalidade. As emissões globais de carbono e a

utilização desregulada de activos ambientais estratégicos põem em causa a sustentabilidade ambiental à escala mundial. Por fim, as migrações, o terrorismo e as armas de destruição em massa constituem ameaças globais. A tudo isto é indispensável acrescentar, no caso português, a integração na moeda única, que retira ao Estado a possibilidade de lançar mão da política monetária para acorrer a crises de endividamento, corrigir desequilíbrios na balança de pagamentos e influenciar a competitividade da economia nacional através da manipulação da taxa de câmbio.

A erosão da estadualidade na era da globalização é acompanhada pela necessidade crescente de estruturas de governação supranacionais, de que a União Europeia é o exemplo mais duradouro e amadurecido (Teubner 2012). Os fenómenos de integração regional e de cooperação internacional, tradicionalmente associados ao desejo de garantir a paz e a amizade entre os Estados, assumem-se cada vez mais como reacção dos poderes públicos estaduais à emergência de uma sociedade global, cujos protagonistas — *v.g.*, organizações não-governamentais, empresas transnacionais, redes terroristas, agências de notação financeira, titulares de activos desmaterializados — actuam para além da sua esfera de controlo. Mais do que abdicarem da soberania, os Estados procuram compensar a perda efectiva e irreversível de capacidade política através da participação em esferas de decisão transnacionais. Sucede que estas são relativamente deficientes em matéria de credenciais democráticas, de proximidade aos cidadãos e de transparência deliberativa, o que contribui para uma situação política esquizofrénica, em que poderes públicos internos, fortes no plano da legitimidade mas fracos no da capacidade, coexistem com, e por vezes confrontam, autoridades supranacionais fracas no plano da legitimidade mas fortes no da capacidade.

O pluralismo razoável

O dirigismo constitucional baseia-se ainda na presunção de que há uma ampla convergência de pontos de vista em torno do programa de políticas públicas adequado aos deveres de protecção social e de outra natureza que impendem sobre o Estado. Presume-se que no seio da opinião pública e entre os partidos que concorrem pelo poder, as divergências dizem sobretudo respeito a aspectos instrumentais e marginais, que não prejudicam os numerosos, extensos, alargados e estáveis consensos de regime em que se traduz o compromisso social-democrata. A presunção é ainda maior no

domínio dos direitos de liberdade, em que as constituições, sobretudo as aprovadas a partir do último quartel do séc. XX, estabelecem numerosas regras detalhadas sobre as mais variadas matérias, como as garantias de processo criminal, a regulação dos meios de comunicação social, a política de asilo e extradição, a utilização da informática, a protecção da família e a inviolabilidade do domicílio e da correspondência, para dar apenas alguns exemplos retirados da experiência portuguesa.

As sociedades democráticas e liberais contemporâneas, porém, caracterizam-se por um *pluralismo* alargado e obstinado de opiniões, não apenas no âmbito religioso, metafísico e ético, mas também em matéria de liberdades fundamentais, justiça social, política económica, organização administrativa e muitas outras questões incontornáveis da vida pública (Rawls 2005). As estantes das livrarias, os seminários académicos, as colunas de imprensa e as redes sociais estão saturados de argumentos rivais construídos com base em premissas liberais partilhadas. As divergências estendem-se desde o plano elevado das teorias filosóficas da justiça, do libertarismo ao igualitarismo, até aos níveis mais prosaicos da teoria económica, do neokeynesianismo ao monetarismo, e das políticas públicas nas áreas da saúde, da educação, da segurança social, da cultura e da protecção ambiental. Este pluralismo de opiniões, situado em todos os quadrantes da sociedade civil, incluindo o discurso académico, não pode ser atribuído à degeneração de um espaço público colonizado pela propaganda radical ou permeável ao tribalismo intelectual, como pretendem alguns intelectuais; corresponde, as mais das vezes, ao dissenso razoável entre cidadãos livres e responsáveis, no uso das suas faculdades críticas (Waldron 1999).

No âmbito constitucional, o pluralismo razoável de interpretações do ideário liberal reflecte-se no consenso em torno de princípios estruturantes — *v.g.*, igualdade de tratamento, proibição do excesso, tutela da confiança, determinabilidade das leis, separação de poderes — e dos direitos fundamentais — dos clássicos direitos de liberdade aos direitos sociais e de terceira e quarta geração —, acompanhado da controvérsia sobre as implicações concretas daqueles princípios e sobre o peso relativo e a concretização destes direitos. Por outras palavras, um pequeno conjunto de valores constitucionais partilhados serve de base a uma extensa série de programas políticos concorrentes, cada um dos quais informado de modo mais ou menos explícito por concepções morais, económicas, antropológicas, históricas e outras amplamente

disputadas. A título de exemplo, pense-se nas polémicas em torno dos limites à liberdade de expressão, da adopção por casais de pessoas do mesmo sexo, da incriminação da interrupção voluntária da gravidez, do papel do mercado na provisão de bens sociais como a saúde ou a educação, da distribuição justa dos sacrifícios ditados por uma crise de endividamento público, da sustentabilidade da segurança social ou da criação de quotas de género e raciais no acesso à educação superior, ao mercado de trabalho e a cargos públicos.

A constituição mínima

A erosão da estadualidade e o pluralismo razoável comprometem de modo irremediável os fundamentos do constitucionalismo dirigente. Por um lado, o Estado já não pode servir de instrumento exclusivo de realização de um programa de políticas públicas cujos pressupostos ultrapassam a sua esfera de controlo; a constituição estadual perde a sua vocação abrangente, convertendo-se na lei fundamental de uma parcela da constelação política pós-nacional, necessariamente aberta às pretensões de autoridade de poderes de nível regional e global. Por outro lado, perante a controvérsia interminável que incide sobre a concretização e ponderação de princípios constitucionais e direitos fundamentais, a incorporação no texto constitucional de regras detalhadas e opções programáticas nessas matérias já não encontra respaldo na ficção de uma vontade popular homogénea; a constituição estadual perde a sua vocação dirigente, sob pena de usurpar aos cidadãos o poder de arbitrarem as suas discordâncias através dos procedimentos comuns de deliberação democrática.

Nas comunidades políticas pós-estaduais e pluralistas que são as nossas, a constituição tenderá por isso a ser, para salvaguarda da sua força normativa e legitimidade democrática, uma carta de princípios aberta às determinações do processo legislativo ordinário e à articulação com centros de decisão supraestaduais (Zagrebelsky 1992). A principal missão do poder constituinte, resignado à precariedade da sua força e legitimidade, é a de instituir as condições orgânicas e procedimentais de autodeterminação colectiva (Habermas 1998). Só uma constituição aberta ao universo político multipolar e ciente da dignidade do legislador democrático pode honrar os seus compromissos perante os cidadãos e respeitar a diversidade dos seus vínculos

mundividenciais. Em suma, só uma *constituição mínima* pode traduzir, na língua da pós-modernidade, o projecto de vida comum do constitucionalismo.

A ideia de uma constituição mínima não se confunde com a defesa de um Estado mínimo, nem constitui um ardil retórico ao serviço de um programa político de inspiração neoliberal. A abertura democrática e internacional da constituição não implica logicamente qualquer prioridade dos direitos de liberdade sobre os direitos de outras gerações, e muito menos a prevalência das liberdades económicas sobre as políticas sociais, ou a sacralização do mercado e a consagração de uma política de liberalização, desregulação e privatização da economia. Trata-se apenas de reconhecer que cabe aos cidadãos escolher entre os vários programas de vida colectiva que concorrem pelo seu apoio, e que o terão de fazer através da participação democrática em vários níveis de governação que afectam as suas vidas. Se é certo que as autoridades supranacionais não detêm, o mais das vezes, as credenciais democráticas e a transparência deliberativa exigíveis, não é menos verdade que a correcção desse défice de legitimidade não pode, dada a desterritorialização irreversível dos fenómenos sociais na era da globalização, passar pela devolução de poder ao Estado; pelo contrário, resta percorrer o caminho estreito da imaginação política, da arquitectura institucional, da reforma dos procedimentos e do amadurecimento da cultura pública supranacionais. Não admira, por essa razão, que o tema da moda da teoria constitucional seja o do constitucionalismo para além das fronteiras estaduais, do europeu ao global (Maduro 2006; Medeiros 2015).

A justiça constitucional

A ideia de uma constituição mínima tem também implicações decisivas para a teoria da justiça constitucional. A abertura democrática e internacional de uma carta de princípios pode ser facilmente adulterada por uma jurisdição constitucional activista, impressionada com a margem de controlo judicial da actividade legislativa proporcionada por parâmetros constitucionais com força irradiante e conteúdo lasso, como sejam os princípios da igualdade e da protecção da confiança ou uma boa parte das normas que consagram direitos fundamentais (Novais 2012). Com efeito, a abertura dos princípios a concretizações diversas e a sua aplicação sob reserva de ponderação com princípios de sentido contrário, tanto pode tender a ampliar a liberdade de

conformação política do legislador ordinário quanto a facilitar um governo de juízes, refugiado na porosidade das fronteiras entre o jurídico e o político (Dworkin 1996; Alexy 2002).

O constitucionalismo não é neutro quanto à escolha entre essas opções. A sua matriz democrática implica a preferência pelo juízo de órgãos com legitimidade representativa forte e responsáveis politicamente perante os cidadãos. O normal em democracia é que a opinião de uma maioria de representantes eleitos prevaleça sobre a de uma maioria de juízes sem legitimidade democrática directa e eximidos do dever de prestar contas da sua actividade perante os eleitores. A prevalência da jurisdição constitucional sobre o processo político ordinário, quando estão em causa as operações controvertidas de concretização e ponderação de princípios, justifica-se apenas nos casos em que a independência e irresponsabilidade eleitoral daquela a colocam numa posição de vantagem relativa segundo o ideal de autogoverno colectivo a que o constitucionalismo democrático aspira. É esse o caso quando as decisões do legislador, sujeitas a um controlo de evidência, são julgadas arbitrárias, ou quando reflectem a desconsideração ou o desrespeito da maioria pela dignidade, os interesses ou as opções de vida pacíficas de minorias (Ely 1980). Os princípios constitucionais devem, pois, ser interpretados como normas de acção política dirigidas em primeira instância ao legislador, e apenas a título secundário como normas de controlo judicial, cuja aplicação está sujeita ao preenchimento das condições de legitimidade que se exigem a este à luz do princípio democrático (Ribeiro 2014).

Esta contenção judicial não deve, porém, ser confundida com a defesa de uma jurisprudência constitucional minimalista no plano da fundamentação, segundo o paradigma das decisões “incompletamente teorizadas” ou a máxima *one case at a time* (Sunstein 2001). Pelo contrário, o contexto multipolar e pluralista em que se inscreve a constituição na pós-modernidade exige dos juízes constitucionais um esforço intelectual acrescido, na procura difícilíssima de princípios claros de articulação entre jurisdições de diferentes níveis e entre estas e os procedimentos de decisão política que gozam de legitimidade democrática directa.

Às constituições do nosso tempo, caracterizado pelos factos da globalização e do pluralismo, cabe instituir os órgãos e procedimentos necessários para o exercício da autoridade democrática, e proclamar os princípios de uma comunidade de indivíduos livres e iguais. A era do constitucionalismo dirigente chegou definitivamente ao seu termo. Só um constitucionalismo recatado, principal, aberto e dúctil, salvaguardado por jurisdições constitucionais prudentes e criteriosas, pode preservar a normatividade e legitimidade da constituição na condição pós-moderna.

(Uma versão ligeiramente diferente deste texto foi publicada, com o título “O que é hoje matéria constitucional?”, em A. M. Hespanha *et. al.* (orgs.), *A Prova do Tempo. 40 Anos de Constituição*, Lisboa: Assembleia da República, 2016, pp. 53-78.)

Gonçalo de Almeida Ribeiro 

Faculdade de Direito, Universidade Católica Portuguesa

<gar@fd.lisboa.ucp.pt>

→ Estado; Lei; Soberania

Bibliografia

- Alexy, R. (2002), *A Theory of Constitutional Rights*, trad. Julian Rivers, Oxford University Press, Oxford.
- Amaral, M. L. (2005), *A Forma da República*, Coimbra Editora, Coimbra.
- Andrade, J. C. V. (1983), *Os Direitos Fundamentais na Constituição Portuguesa de 1976*, Almedina, Coimbra (2012).
- Brito, M. N. (2000), *A Constituição Constituinte*, Coimbra Editora, Coimbra.
- Canotilho, J. J. G. (1983), *Constituição Dirigente e Vinculação do Legislador*, Coimbra Editora, Coimbra (2001).
- Coutinho, L. P. (2009), *A Autoridade Moral da Constituição*, Coimbra Editora, Coimbra.
- Dworkin, R. (1996), *Freedom's Law: The Moral Reading of the American Constitution*, Harvard University Press, Cambridge, MA.

- Ely, J. H. (1980), *Democracy and Distrust: A Theory of Judicial Review*, Harvard University Press, Cambridge, MA.
- García de Enterría, E. (1981), *La Constitución como Norma y el Tribunal Constitucional*, Editorial Civitas, Madrid (1983).
- Grimm, D. (2009), *Souveränität: Herkunft und Zukunft eines Schlüsselbegriffs*, Berlin University Press, Berlin.
- Habermas, J. (1998), *Faktizität und Geltung: Beiträge zur Diskurstheorie des Rechts und des demokratischen Rechtsstaats*, Suhrkamp, Frankfurt am Main.
- Hespanha, A. M. (1994), *As Vésperas do Leviatã: Instituições e Poder Político em Portugal — Séc. XVII*, Almedina, Coimbra.
- Hobsbawm, E. (1995), *The Age of Empire: 1875-1914*, Widenfeld & Nicolson, London.
- Kant, I. (2013), *A Paz Perpétua e Outros Opúsculos*, trad. Artur Morão, Edições 70, Lisboa.
- Kumm, M. (2016), “Constituent Power, Cosmopolitan Constitutionalism, and Post-Positivist Law”, *International Journal of Constitutional Law* 14(3), pp. 697-711.
- Lindahl, H. (2007), “Constituent Power and Reflexive Identity: Towards an Ontology of Collective Selfhood”, in M. Loughlin e N. Walker (eds.), *The Paradox of Constitutionalism: Constituent Power and Constitutional Form*, Oxford University Press, Oxford, pp. 9-24.
- Machete, P. (2007), *Estado de Direito Democrático e Administração Paritária*, Almedina, Coimbra.
- Maduro, M. P. (2006), *A Constituição Plural*, Principia, Cascais.
- Marx, K. (1978), “On the Jewish Question”, in Robert C. Tucker (ed.), *The Marx-Engels Reader*, W. W. Norton, New York.
- Medeiros, R. (2015), *A Constituição Portuguesa num Contexto Global*, Universidade Católica Editora, Lisboa.
- Miranda, J. (2002), *Teoria do Estado e da Constituição*, Coimbra Editora, Coimbra.
- Novais, J. R. (2012), *Direitos Fundamentais e Justiça Constitucional em Estado de Direito Democrático*, Coimbra Editora, Coimbra.
- Ramos, R. (2004), “Para uma História Política da Cidadania em Portugal”, *Análise Social* 39, pp. 547-569.

- Rawls, J. (2005), *Political Liberalism*, Columbia University Press, New York.
- Ribeiro, G. A. (2014), “O Constitucionalismo dos Princípios”, in G. A. Ribeiro e L. P. Coutinho (eds.), *O Tribunal Constitucional e a Crise*, Almedina, Coimbra.
- Schmitt, C. (1940), “Die Wendung zum Totalen Staat”, in *Positionen und Begriffe im Kampf mit Weimar-Genf-Versailles 1929–39*, Duncker & Humblot, Berlin (1994).
- Silva, J. P. (2015), *Deveres do Estado de Protecção de Direitos Fundamentais*, Universidade Católica Editora, Lisboa.
- Soares, R. (1986-1987), “O Conceito Ocidental de Constituição”, *Revista de Legislação e Jurisprudência*, Ano 119 (3743-3744), pp. 36-, pp. 69-.
- Sunstein, C. (2001), *One Case at a Time: Judicial Minimalism on the Supreme Court*, Harvard University Press, Cambridge, MA.
- Teubner, G. (2012), *Constitutional Fragments: Societal Constitutionalism and Globalization*, trad. Gareth Norbury, Oxford University Press, Oxford.
- Waldron, J. (1999), *Law and Disagreement*, Oxford University Press, Oxford.
- Zagrebelsky, G. (1992), *Il Diritto Mite: Legge, Diritti, Giustizia*, Giulio Einaudi, Torino.