



Direito constitucional

e Teoria da Constituição

3.^a Edição

J. J. Gomes Canotilho

*Professor da Faculdade de Direito de Coimbra e
da Universidade Autônoma de Lisboa*



l - O ensino e a teoria I.

Orientação profissional e discurso acadêmico

Este trabalho pretende ser um livro novo de direito constitucional. "Novos constitucionalismos" e novos "desenhos" para as instituições políticas obrigam ao repensamento dos problemas de direito constitucional. Isso não impede que ele continue a ser estruturado com a finalidade de fornecer uma abordagem universitária dos principais tópicos de direito constitucional. Pretende-se, pois, problematizar uma disciplina jurídica cada vez mais considerada como uma disciplina estruturalmente formativa para todos aqueles que desejam aprender os fundamentos básicos da organização da "cidade".

Tratando-se, como se trata, de uma ciência enquadrada na ciência geral do direito, terá sentido perguntar desde já: qual o paradigma formativo subjacente a esta mensagem científica? A resposta é esta: o autor permanece fiel ao paradigma formativo da Faculdade de Direito de Coimbra, desde há muito preocupada em formar juristas críticos e consciências pensantes e não meros oficiais de diligências jurídicas. Esclareça-se este ponto.

A ciência jurídica ensinada nas "Escolas de Direito" oscila entre duas orientações fundamentais: a "orientação profissional" e a "orientação académica". A primeira procura fornecer um saber colocado directamente ao serviço do jurista prático e das suas necessidades. A segunda, sem perder a dimensão praxeológica (irrenunciável ao direito), visa proporcionar um discurso com um nível teorético-científico (no plano dos conceitos, da construção, da argumentação) que compense a "cegueira" do mero utilitarismo e evite a unidimensionalização pragmaticsista do saber jurídico.

A preferência por uma "orientação académica" de modo algum afasta a preocupação de se procurar fornecer aos alunos os conhecimentos indispensáveis ao posterior alicerçamento das legas anis da profissão. O ensino universitário não deve, porém, antecipar ou substituir quer os estágios profissionais quer a riqueza da vida.

2. "Leitura dogmática" e "leitura teórica"

O paradigma formativo, convencionalmente apelidado de "orientação académica", justificará o frequente recurso à *teoria* e à *dogmática*. Adiantemos o sentido destes conceitos. A *dogmática constitucional* procura auxiliar o jurista constitucional, fornecendo-lhe esquemas de trabalho, regras técnicas, modos de argumentação e de raciocínio indispensáveis à "solução" ou "decisão", justa e fundamentada, dos "casos" ou "problemas" jurídico-constitucionais. *Atearia* visa proporcionar uma reflexão sobre o modo e a forma como o direito constitucional e a ciência do direito constitucional compreendem o seu objecto de estudo e cumprem as respectivas tarefas nos planos pedagógico e científico.

A iluminação de muitos problemas jurídico-constitucionais carece de um *background explicativo* e justificativo que só pode ser fornecido por uma reflexão teórica sobre o próprio direito constitucional. Vários exemplos poderiam ser aqui trazidos à colação. Não é possível, por exemplo, discutir o conceito de constituição sem se falar em "teorias da constituição". Seria metodologicamente empobrecedora uma análise dos direitos fundamentais sem uma exposição das "teorias dos direitos fundamentais". No mesmo sentido, abordar o princípio democrático sem o suporte teórico das "teorias da democracia" implicaria o esquecimento da força sinergética das "ideias sobre a democracia". A necessidade da "dogmática" e da "teoria" não implica qualquer distanciamento perante as necessidades da prática e da vida. Mas compreenda-se a mensagem aqui insinuada. Sem as teorias de Newton não se teria chegado à Lua — assim o diz e demonstra Sagan; sem o húmus teórico, o direito constitucional dificilmente passará de vegetação rasteira, ao sabor dos "ventos", dos "muros" e da eficácia. Mas o inverso também tem os seus perigos: a hipertrofia teórica (e filosófica) pode insinuar a transformação de modelos teórico-constitucionais e filosóficos em verdadeiras normas jurídicas, esvaziando ou minando a efectividade e validade do direito constitucional. Por outras palavras: a fuga para o céu dos conceitos e teorias pode acarretar a diminuição da capacidade de reflexão do direito relativamente aos problemas concretos das mulheres, dos homens e de todos os seres vivos da nossa comunidade. Um "direito ex cathedrá", um direito reduzido a teorias abstractas, esquece que os problemas dos homens e da *polis* se situam no terreno da experiência humana e não nas alturas abstractas de um "saber sábio" do direito. Em síntese: procura-se um direito "bem pesado" não dissolvido nem nas pressões utilitaristas de um "direito descartável" nem nas nebulosas abstractas das teorias que esquecem o lugar das coisas e o mundo dos homens.

3. "Leitura estruturante" e "discurso historicista" e "comparatístico"

O direito constitucional é um *intertexto aberto*. Deve muito a experiências constitucionais, nacionais e estrangeiras; no seu "espirito" transporta ideias de filósofos, pensadores e políticos; os seus "mitos" pressupõem as profundidades dos arquétipos enraizados dos povos; a sua "gravitação" é, agora, não um singular movimento de rotação em torno de si mesmo, mas sim um gesto de translação perante outras galáxias do saber humano. No entanto, o direito constitucional não se dissolve na "história", na "comparatística", nos "arquétipos; é um direito vigente e vivo e como tal deve ser ensinado.

A compreensão acabada de referir explica o recurso a *padrões estruturais* expositivos, ordenadores dos principais módulos problemáticos. A captação dos padrões básicos procura superar um modelo expositivo histórico-político e político-constitucional, demasiado onerado com factores genéricos e nem sempre imune à dissolução em fragmentários "factos políticos". Esta "estratégia expositiva" não dispensa alguns esclarecimentos complementares. O primeiro destina-se a lembrar a indispensabilidade da *memória* na compreensão dos problemas político-constitucionais. Como alguém afirmou (R. Bäumlin), a "história das constituições é a história apaixonada dos homens". Esta "paixão" e esta "história" marcam muitos capítulos da evolução do direito constitucional. Saber "história" é um pressuposto ineliminável do "saber constitucional". Assim, e para darmos apenas alguns exemplos, não é possível compreender o constitucionalismo sem conhecer a história das revoluções americana e francesa; sem o enquadramento histórico da cena política inglesa — dos "João Sem Terra", dos "Tudors", dos "Stuarts", dos "Cromwells" — será ininteligível o fenómeno do parlamentarismo; o apagamento da memória do nosso século liberal — desde a Revolução de 1820 ao regicídio do príncipe Luís Filipe em 1908, passando pelas lutas liberais — terá como consequência a opacidade de qualquer discurso em torno das constituições portuguesas. Em termos mais concretos e tendo como ponto de referência o constitucionalismo português: quem não conhecer, nas suas linhas essenciais, os fenómenos históricos do "vintismo", do "cartismo" e do "setembrismo", dificilmente compreenderá as mutações e constâncias das experiências constitucionais portuguesas. Na ausência de uma cadeira de *História do Constitucionalismo*, cuja falta é cada vez mais sentida no plano formativo, procurar-se-á fornecer algumas pistas históricas referentes à "memória" dos temas e dos problemas. Isto não dispensará certamente o estudo da história portuguesa em geral e o da história das constituições portuguesas em particular.

A segunda consideração liga-se ao interesse do *direito constitucional comparado*, da *teoria comparativa de governos*, dos "direitos constitucionais euro-

peias". O presente discurso incide sobre o direito constitucional português. É este o objecto da disciplina de Direito Constitucional. A ausência de estudos em torno da teoria comparativa de sistemas políticos obrigará muitas vezes a informações de direito estrangeiro, sem que com isto se pretenda substituir a vantagem metodológica da existência de reflexões autónomas cujo objecto fosse uma teoria comparada de formas de estado e formas de governo, ou, de um modo mais globalizante, de sistemas políticos.

4. Orientação geral

Este livro tem *ideias* mas não transporta uma *ideologia* fechada. Da mesma forma, pressupõe *convicções* (éticas, políticas, culturais) mas, *de modo algum*, sugere ou insinua qualquer *fundamentalismo*. A existir um *traço* orientador, ele é basicamente este: esforço de compreensão e de alicerçamento de uma *teoria e de uma doutrina de direito constitucional constitucionalmente adequadas*, isto é, aptas a compreender e explicar os problemas fundamentais do direito constitucional português sob o olhar vigilante das exigências do *direito justo* e amparadas num sistema de *domínio* político-democrático materialmente legitimado. Só assim o direito constitucional fornecerá o impulso para uma atitude crítica relativamente aos conteúdos do direito "posto" e "imposto", erguendo-se como limite contra quaisquer transcendências ("fundamentos últimos", "essências", "naturezas") clara ou encapuçadamente conducentes a *fundamentalismos* ideológicos, filosóficos ou religiosos.

5. Os destinatários do discurso

O leitor menos desprevenido terá já intuído as ambições deste livro de estudo. Não sendo uma "introdução" ou umas "lições", procura fornecer materiais de estudo aos alunos das faculdades de direito. Estando muito longe de ser um tratado, não deixa, segundo supomos, de fornecer sugestões e insinuações incentivadoras de um melhor e mais profundo conhecimento dos problemas. O ideal seria um livro como a *Economia* de Samuelson e Nordhaus concebido, nas próprias palavras dos autores, como um livro que pode ser utilizado "tanto por um calouro como pelo aluno do curso mais avançado". À língua de talento e saber para elaborar um livro assim, fique, pelo menos, um leque de sugestões. Uma destas sugestões prende-se com os momentos de aprendizagem. A primeira parte dedicada à explicação do constitucionalismo e à exposição do direito constitucional

nal positivo constitui uma premissa básica para a compreensão dos problemas constitucionais. Seria, porém, científica e pedagogicamente redutor ensinar apenas o direito positivo sem fornecer algumas propostas quanto aos modos de interpretar e aplicar as normas de uma lei fundamental. Quem quiser ser um verdadeiro jurista não pode desconhecer *a metódica constitucional*. O último patamar do saber é fornecido pela teoria da constituição a que dedicaremos a Parte V. Muitos juristas julgam estas questões como mera filosofia. A nosso ver, se o direito constitucional não recuperar o impulso dialógico e crítico que hoje é fornecido pelas *teorias políticas da justiça* e pelas *teorias críticas da sociedade* ficará definitivamente prisioneiro da sua aridez formal e do seu conformismo político.

II - Como se Ensina e o que se Ensina

1. Lance de olhos em redor do ensino do direito constitucional

Se relançarmos os olhos pelos manuais e tratados de direito constitucional verificaremos logo algumas matrizes ou cunhagens típicas dos quadrantes jurídico-culturais dos respectivos autores.

Fazendo jus ao pioneirismo do direito constitucional inglês, consultemos, em primeiro lugar, um dos manuais mais conhecidos do jusconstitucionalismo anglo-saxónico¹. Os traços do direito constitucional inglês estão aí condensados: (1) estudar direito constitucional é *saber a história* do Reino Unido; (2) a *constituição* é, ela própria, *história*². Tentaremos captar esta *matriz historicista* no Capítulo 1.º dedicado às dimensões histórico-culturais do constitucionalismo moderno.

Desloquemo-nos para a terra dos "founding fathers" — os Estados Unidos. Consultemos a obra mais estruturada do direito constitucional americano da actualidade³. A centralidade é agora conferida à Constituição escrita de 1787 e posteriores emendas. A fórmula enfática do preâmbulo desta Constituição—*We*

Referimo-nos ao manual de D. C. M. YARDLEY, *Introduktion to British* 6.3 cd., Landim, Baaeworths. 1984.

² Cfr., precisamente, A. Canos PERFIL MENAUT, *El Ejempk' Constituional de Inglaterra*, Madrid, Servicio de publicaciones Facultad Demito, 1992, p. 14; C. TuRm9, *MIS Gonemmen anel the Connition*, Weidenfeld and Nicolson, Condoo, 1990, p. 14; idem, "Tendencias rmienres en el Derecho Constitucional Britanico", in *Revista de Esndios Polititor*, 80 (1993), pp. 185 e ss.

³ Referira - notável livro de 1-mm1OIH.TRIEE,AmencanCam^ºam nonal Law, 2^ª ed., Mineola, New York, The Foundarion Press, Inc., 1988.

the People" — permite ao autor explanar o sentido de uma lei fundamental erguida a *direito superior* limitativo dos poderes e garantidor dos direitos individuais. As célebres palavras de um autor clássico⁸ só aquí sistematicamente invocadas: "à infalibilidade de um pontífice, a Reforma substitui a Bíblia; ao poder de um soberano, a Revolução americana acabou por substituí-lo por um pedaço de carta". Mas o direito constitucional americano apresenta outras especificidades. Dá grande valor à *interpretação e aplicação das normas da constituição feita pelos juízes (case method and problem solving)* a ponto de se poder falar num *direito constitucional jurisprudencial*. A repetida fórmula do juiz Hughes sintetiza esta matriz: "*We are under a Constitution but the Constitution is what the judges say it is*"⁵. Isto explica que muitos manuais e livros de estudo dedicuem desenvolvidos capítulos ao papel dos tribunais, especialmente do *Supreme Court*, e à função de fiscalização da constitucionalidade das leis por eles exercida (*judicial review*).

O que ensinam e como ensinam os jusconstitucionalistas franceses?

Talvez não andemos longe da verdade se dissermos que para um constitucionalista francês o direito constitucional é ainda *experiência constitucional e política constitucional*. A primeira ideia explica as grandes introduções dedicadas a *Histoire Constitutionnelle de la France*⁶. A segunda explica os grandes desenvolvimentos dedicados às *instituições políticas*, ao *regime político e às dinâmicas constitucionais*⁷. No entanto, o direito constitucional francês não pôde fugir ao processo de *justicialização da constituição*, ou seja, à tendência, há muito verificada no direito norte-americano, de converter os problemas político-constitucionais em problemas de *aplicação judicial* da constituição. É neste contexto que se insere a recente síntese de um autor⁸ quanto aos "três estádios sucessivos" do direito constitucional francês: o primeiro estádio é o do "*temes der obsédés textuek*" limitado ao estudo da constituição na parte em que disciplinava o "estatuto dos governantes"; o segundo estádio é marcado pelo "*point de vue des politistes*", ou seja, do direito constitucional concebido como direito dos fenómenos políticos e do jogo estratégico da política ("escola duvergeriana"); o terceiro estádio, — o de

Torra-se de E. S. Coriou, *The Higher Law* baaáground of American Constitutional Law, Ithaca, New York, Cornell University Press, 1955 (cem várias edições).

5 Consulte-se CHARLES E. DUCHES. *Speech*, Elmin, New York May, 3, 1909.

6 Cfr., por exemplo, dois conhecidos manuais: o de Cromé Buaueao, continuado por Famas HmMON e MICHEL 'un em *Droit Constitutionnel*. 23.5 ed., Paris, Librairie Générale de Droit et Jurisprudente, 1993, e o de M. DUVERGER, *trnitreiom Podtigut et Droit Constitutionnel*, Puf, 18^a ed., 1990, e Vol. 2.^o, *Le Sytime Politique Français*. 20 & ed., 1990.

7 Cfr. o recente manual de OuvIER DUAHTEL, *Droit Constitutionnel et Politique*, Seull, Paris, 1993, onde é notória a profundidade do "jogo político" e das "regras do jogo" na compreensão francesa do direito constitucional.

8 Referimo-nos a DOMINIQUE TURFM, *Droit Constitutionnel et Politique*; t^o ed., Paris. PUP, 1992.

un droit constitutionnel nouveau"—, corresponderia à evolução recente do direito constitucional no sentido de um direito "essentiellement jurisprudentiel" ("escola judicialista" ou "justicialista" de Favoreu).

Na Alemanha, o ensino do direito constitucional oscila entre duas posições. Uma delas, continua a tradição germânica do *Direito do Estado (Staatsrecht)*, convertendo a categoria política *Estado* em estrutura jurídica básica do direito público alemão. O mais recente tratado faz mesmo questão de recuperar a centralidade do estado no discurso jurídico-constitucional. Outra posição é a de eleger a *constituição* da República Federal da Alemanha (*Grundgesetz*) como ponto de partida para a exposição dos princípios e fundamentos do direito constitucional positivo¹⁰. Dada a importância da jurisprudência do Tribunal Constitucional da Alemanha (*Bundesverfassungsgericht*), o direito constitucional alemão é, hoje em dia, um direito com fortes acentuações judicialistas, à semelhança do que acontece no direito americano.

Na Itália, o ensino do direito constitucional permite aos cultores do direito público uma exposição sobre os problemas gerais do estado e do direito.

Dai que muitas das obras dos jusconstitucionalistas italianos começem com introduções conceituais tendentes a iluminar o sentido de conceitos e categorias chave como *ordenamento jurídico, estado, sujeitos de direito e figuras organizativas*¹¹. A esta introdução segue-se, em geral, a exposição do direito constitucional italiano com base na *Costituzione della Repubblica Italiana* de 1947. Não deve deixar de realçar-se o equilíbrio da juspublicística italiana quanto ao desenho do objecto do direito constitucional. Além da clarificação das categorias jurídico-políticas, a constitucionalística italiana dedica largos desenvolvimentos às *fontes* de direito constitucional e cultiva hoje, à semelhança do que vimos verificar-se noutras ordenamentos, um imaginativo *direito constitucional jurisprudencia*¹².

Situação muito peculiar é a do direito constitucional espanhol. Por um lado, é visível, em alguns autores, uma reacção contra a destronização do *direito público do Estado* pelo *direito constitucional judicial*. Por isso, o direito constitucional terá de afirmar-se como *teoria do Estado* que antecede ou dá

⁹ Temos aqui ta ISENSEE/KIRCHHOF, *Handbuch der Staatsrechte*, 7 volumes, C. E

Müller, Jurirscher Verlag, Heidelberg, 19874992

¹⁰ Como obra paradigmática citaremos: Korvano HESSE, *Grenzüge der Verfassungsrhnen im Bundesrepublik Deutschland*, 207 ed., C. E Manei, jurinischer Verlag, Heidelberg, 1995.

¹¹ Cfr., por todos, o manual de Com-mono Mo e m., *Griruzioni di Diritto Pubblico* 2 volumes, agora actualizado por FRANCO MODUGNO, ANTONIO BAmASSARA e CARLOS MFZZANOTTr 00⁵ ed., Padov., Cedam, 1991.

¹² Uma obra que ainda hoje julgamos paradigmática é a de Vfzm CRISAFULLI, *Lezioni de Din'uo Costituzionale*, 3 vols., Cedam, Padova, 1970, 1976, 1978. Veja-se também a exposição global de GNLIANO AMALOJAUSTO RARBERA (coordJ, *Manuale di Diritto Pubblico*, 4.º ed., Bologna, II Multam 1994.

fundamento ao direito constitucional positivo¹³. Perante a existência de uma constituição (Constituição de 1978) considerada como verdadeira *norma jurídica*¹⁴, conformadora do estado e interpretada e aplicada, em última instância, por *juízes* (os juízes do Tribunal Constitucional Espanhol), o direito constitucional espanhol estrutura-se em torno do chamado *estado constitucional*¹⁵ ou do *sistema constitucional* espanhol¹⁶. Entre o "direito político" e o "direito jurisprudencial" a doutrina procura um arrimo categoria) (estado, sistema, princípios) para expor os principais temas do direito constitucional (estado, organização política, direitos fundamentais, controlo da constitucionalidade)¹⁷. Outras correntes espanholas insistem, ainda hoje, em manter-se tendencialmente fiéis à memória da *teoria pura* abordando os principais temas do direito constitucional a partir das normas e fontes de direito constitucional¹⁸.

No Brasil, o direito constitucional está hoje numa fase de grande pujança, oferecendo os manuais de direito constitucional uma visão plurifacetada dos problemas jurídicos e políticos brasileiros. Desde obras com grande acentuação teórica em torno dos problemas da constituição¹⁹ até às obras gerais de carácter mais institucionalista²⁰, os manuais mais conhecidos oferecem uma exposição global dos problemas do estado e sua organização, da constituição e dos direitos fundamentais²¹. Como o direito constitucional é um cadiño de testa-

Veja-se, por exemplo, J. A. Gorra = Casavam Teoria de Estado y Derecho Constitucional, Editorial Vicem Vives, Barcelona, 3.ª ed., 1987. Cfr., ainda, Jose Acosta SANCHEZ, Teoria del Estado y Punto de La Constitución, Universidade de Córdoba, 1989, p. 4: "a palavra constituição só adquire significado relacionada com a do Estado".

¹⁴ Cfr. E. GUTAS DE ENTERRIA, La Constitución como norma y el Tribunal Constitucional, Editorial Civitas, Madrid, 1981.

¹⁵ Veja-se, por exemplo, o Cum de Derecho Constitucional de JAVIER PEZ BORO, Marcial Pores, Madrid, 1994, e o curso de RÉMÉDIO SÁNCHEZ FERNANDEZ, Introducción al Estado Constitucional, Barcelona, 1993.

¹⁶ Cfr. FRANCISCO FERNANDEZ SECADO, El Sistema Constitucional Espanol, Dykinson, Madrid, 1992; Aproximación a la Ciencia del Derecho Constitucional, Ed. Jurídicas, Lima, Peru, 1995.

¹⁷ Cfr. as propostas metodológicas de P. Lucas VETOU, «Covicepros y Caracteres del Poder

ca o Poder no Estado e Direito, 2/1988, pp. 9 e ss.; G. GOME, ORPANEL, Nociones del Derecho Constitucional, in Estado e Direito, 31/1989, pp. 59 e ss.; ECOAMO FERNANDEZ GARVAJAL, Notas sobre el Derecho Constitucional como Nuevo Derecho Común, in Amacio de Derecho Constitucional y Parlamentario (Mureis, 1989, pp. 37 e ss.)

¹⁸ Cfr. a obra de báculo DE OITO, Derecho Constitucional y Sistema de Mente, Editorial Ariel, Barcelona, 1988.

¹⁹ Cfr., por exemplo, PAULO BONOMI, Curso de Direito Constitucional, 6.ª ed., Malheiros Editores, S. Paulo, 1996.

²⁰ CB. MANOEL GONÇALVES FERREIRA, Fano, Curso de Direito Constitucional, 20.ª ed., Saraiva, S. Paulo, 1995.

²¹ Além das obras anteriormente mencionadas, ver. Caso RIBEIRO BARROS, Curso de Direito Constitucional, 11.ª ed., São Paulo, Saraiva, 1989; JOSE AFONSO DA SILVA, Curso de Direito Constitucional

bilidade e experimentação das respostas dos homens aos problemas da cidade, a doutrina brasileira está também atenta às deslocações verificadas em sede da *teoria da constituição*, oferecendo-nos trabalhos de grande rigor e sofisticação teórica²²a que faremos referência mais desenvolvida na quinta parte desta obra.

Faremos, neste momento, apenas um brevíssimo aceno ao que se ensina em Portugal. Se quisermos limitar-nos a alguns traços caracterizadores da doutrina constitucional portuguesa eles poderão resumir-se da seguinte forma:

- (1) atenção às experiências *constitucionais portuguesas*, o que justifica o relevo mais ou menos desenvolvido dado à história das constituições portuguesas²³;
- (2) descrição *institucional* dos padrões organizatórios do poder político e dos órgãos de soberania; (3) centralidade, a partir de 1976, do *catálogo dos direitos fundamentais* constitucionalmente consagrados²⁴; (4) relevo dogmático concedido ao problema das *fontes de direito* (constituição, lei, regulamento), ultimamente enriquecido com a questão das fontes de direito comunitário; (5) recepção do *desenvolvimento jurisprudencial* do direito constitucional através da análise dos casos mais representativos da justiça constitucional portuguesa. Todos estes temas irão também ser abordados no presente trabalho. Por isso, dispensamos aqui mais desenvolvimentos.

2. As "modas" e as práticas: o "novo" e o "novíssimo" direito constitucional

O direito constitucional, como qualquer prática social humana, tem as suas modas. 1-lá que estar atento a elas, porque andar aqui na "moda" pode representar um *modo* privilegiado de testar a constituição e as normas do direito constitucional na sua interacção com outros subsistemas sociais, como o sistema económico, o sistema social e o sistema cultural. Mas uma moda pode ser também uma forma de "experiência constitucional" — já várias vezes referida —,

Positivo, Malheiros Editores, 11.1 ed., S. Paulo, 1996; L Puro FERREIRA, *Manual de Direito Constitucional*, Forense, Rio de Janeiro, 1989; Ivo DAVRAS, *Direita Constitucional e Instituiçōes Políticas*, Ed. Jalah, 5.º Paulo, 1986.

²² Cfr., por exemplo, MARCELO NEVES, *A Constituição Simbólica*, Ed. Academica, S. Paulo, 1994; Ganhar FERREIRA MENDES, *Jurisdição Constitucional*, Editora Saraiva, S. Paulo, 1995; Luis ROBERTO Mauro, *O direito constitucional e a efectividade Moitas normas*, 2.º ed., Renovas, 1993.

²³ Cfr., por todos, MARCELLO CAETANO, *Manual de Direito Contemporâneo e de Ciência Política*, Coimbra Editora, Coimbra, 1972; JORGE MIRANDA. *Manual de Direito Constitucional*, Tomo 1, 54.º ed., Coimbra Editora, Coimbra, 1996 pp. 240 e ss.

²⁴ Cfr., por exemplo, J. CARLOS VOEIRA DE ANDRADE, *Os Direitos Fundamentais na Constituição Portuguesa de 1976* Livraria Almedina, Coimbra, 1983; JORGE MIRANDA, *Manual de Direito Constitucional*, Tomo N, 2.º ed., Coimbra Editora, 1993; J. J. Coagis CANOTILHO, *Direito Constitucional*, 64.º ed., Livraria Almedina, Coimbra, 1993, pp. 493 e ss.

um *modos de* realização dos princípios e regras da lei fundamental de um país. Concretizemos melhor estas ideias referindo algumas modas. Uma delas, como já atrás se referiu, é a da viragem *jurisprudencial* do direito constitucional: o direito constitucional é aquilo que os juizes dizem que é. O fenómeno não é novo e há muito que os americanos sintetizam esta ideia na *célebre* fórmula, atrás citada, do juiz Hughes — "a Constituição é o que os juizes dizem" — ou, se preferirmos o texto inglês, "*we are under a Constitution but the Constitution is what the judges say it is*". Não sendo nova esta tendência, ela é uma experiência de *living constitution* relativamente recente na Europa e está relacionada com a institucionalização de tribunais constitucionais em grande número de países. As decisões dos tribunais constitucionais passaram a considerar-se como um novo modo de praticar o direito constitucional — daí o nome de *moderno direito constitucional*. O conhecimento das sentenças principais sobre cada problema converte-se em instrumento ineliminável da formação do jurista constitucional. Conheçam-se os *leading cases* resolvidos pelos tribunais constitucionais se quisermos conhecer a constituição viva. Fica assim explicado o recurso às sentenças dos tribunais e, mais concretamente, aos acórdãos do Tribunal Constitucional português.

De novo direito constitucional, ou melhor, de "novo constitucionalismo" (*New Constitutionalism*) se fala também hoje no sentido de o direito constitucional proporcionar a releitum de programas políticos (da esquerda, do centro e da direita)²⁵ Não admirará, por isso, que aproveitemos a oportunidade para abordar novos *desenhos* de reconstrução das instituições políticas. As novas formas de modernidade política e económica obrigam os cultores do direito constitucional a prestar mais atenção a certos problemas como os da crise de representação, da envolvencia dos direitos constitucionais nacionais pelo emergente *direito constitucional global* ou *internacional* e pelo já vigente *direito constitucional comunitário*, e da erupção de *novos direitos e novos deveres* intimamente relacionados com a liberdade e dignidade da pessoa humana e com os outros seres da comunidade biótica ("direitos fundamentais dos seres vivos"). Acrecentem-se ainda os problemas da "reinvenção do território" conducentes à releitura das obras sobre "federalismo" e "antifederalismo" e à sugestão de novos fenótipos organizatórios de comunidades supranacionais (União Europeia, Mercosul, NAFTA).

Relevem-se, também, as profundas deslocações retóricas, discursivas e metodológicas operadas no direito público pelas várias *teorias da justiça e do agir comunicativo* que pretendem completar, quando não substituir, a clássica

25 C & STEPHEN L. ELKOWSKI, EDWARD SOLTAN (org.) *A New Constitutionalism*, Dengving Pote Mal hatiwnonr fia a Gaod Sociery, The Co [versá] oh Chicago Press. Chicago e Mondou, 1993.

teoria da constituição. Neste contexto, "estar in" no direito constitucional é acompanhar as novas leituras dos problemas político-constitucionais nos quadros do pluralismo político, económico e social. Se incluirmos no direito constitucional outros modos de pensar poderemos fazer face ao "desencanto" provocado pelo formalismo jurídico conducente, em certa medida, à procura de outros modos de compreender as "regras jurídicas". Estamos a referir sobretudo as propostas de entendimento do direito como *prática social*²⁶ e os compromissos com formas *alternativas do direito* oficial como a do "direito achado na rua".²⁷

Por último, as instituições e os indivíduos presentes numa ordem constitucional estão hoje mergulhados numa *sociedade técnica, informativa e de risco* que obriga o jurista constitucional a preocupar-se com o espaço entre a técnica e o direito, de forma a evitar que esse espaço se transforme numa terra de ninguém jurídica. Não se admirem, por isso, as angústias constitucionais perante os fenómenos da biotecnologia ("inseminações", "clonagens"), das auto-estradas da informação (*Information Superhighways*) e da segurança de cidadãos perante o caso de tecnologias criptográficas.

111- Os estudantes chegam carregados de "memórias constitucionais" 1.

Uma presença difusa

Uma introdução ao direito constitucional poderia começar precisamente por uma recusa: a da definição do próprio objecto. '7ndefinissable mais présent' assim se referiu um conhecido constitucionalista francês ao caracterizar o objecto da nossa disciplina²⁸. Nada melhor, porém, do que avivar a memória dos jovens acabados de chegar à universidade e dizer-lhes quase "lapallissanamente": vós já conheceis alguns dos principais problemas do direito constitucional. Basta olhar à volta para ver que ele está *presente*. Guardamos imagens — boas ou más — de *actores políticos* como o Presidente da República, o Primeiro-Ministro, o Presidente da Assembleia da República, os presidentes dos governos regionais. Para uma boa parte dos universitários também não representará

²⁶ Cfr., sobretudo, BOAVENTUIU DE SOUSA SANTOS, *Towa?d a Nau Camman SautLam, Selence and Polirics in rhe Pa adigmanc Transirion*, Routledge, Ne v York-Lnndnn, 1991

²⁷ Estamos a referir-nos a um importante movimento teórico-prático centrado no Brasil. Cfr. por cx., Jost GERALDO DE SOUSA JÚNIOR (org.), *Introdução craca do direito*, série "O Direito Achado na Rua", IHd.ersdade de Brasília, 1993.

²⁸ É o título do artigo de Cniniu Vaia publicado na revista *Pouvaïn*, 11/1990, p. 71.

propriamente uma novidade dizer-se que muitos dos *problemas políticos e sociais* têm contornos constitucionais. Lembremos, a título de exemplo, a questão de pena de morte, a problemática das propinas, a questão do aborto, o problema do ensino da religião nas escolas, a controvérsia sobre a "bondade" ou "maldade" do segredo bancário, a agitação em torno dos problemas da segurança social, as discussões pró e contra a regionalização. De uma forma mais ou menos difusa, os jovens estudantes possuem a intuição de que muitos *actos políticos*— eleições, referendos, demissão do governo, dissolução do parlamento, discussão do programa de governo, realização de inquéritos — estão sujeitos a certas *regras de jogo* contidas na constituição. Finalmente, há hoje uma ideia comum de que o indivíduo, o cidadão, o trabalhador, o administrado, gozam de *direitos fundamentais* consagrados numa lei fundamental, numa constituição. A conclusão a tirar destas imagens, representações e ideias sobre os actores, os actos, os problemas e as regras político-constitucionais só pode ser a da *presença* de um *direito* de inequívoca *centra/idade política* — o *direito constitucional* — e de uma "lei" particularmente importante quanto à organização do poder político, quanto à definição das regras do jogo político e da política e quanto à garantia dos direitos e liberdades fundamentais. Trata-se, é bem de ver, de captar o direito constitucional em termos impressionistas e de usar, muitas vezes, os óculos da juventude para criticar a automovimentação dos actores políticos.

2. O entendimento do "dito textual" e sistematização

Como qualquer ciência (seja "ciência da natureza" seja "ciência social"), a ciência do direito constitucional utiliza conceitos que, não raras vezes, obrigarão a suspensões na leitura e à procura desesperada do seu significado nos dicionários. Este ponto é sistematicamente salientado pelos alunos: dificuldade de compreensão de conceitos e obstáculos frequentes ao entendimento do "dito" textual.

O problema, como é óbvio, prende-se com a questão mais geral de saber quais são as "memórias" culturais que os alunos devem "armazenar" para frequentar cursos universitários. Não raro acontece que se dá por ensinado aquilo que nunca se ensinou e se consideram aprendidas coisas nunca explicadas. Por último — há que reconhecer — existem sérias dificuldades de articulação (e comunicação!) entre os encarregados de várias disciplinas, criando-se sistemas de "reenvio," formais: considera-se o ensino de certas matérias da competência de outros colegas que, por sua vez, dão como pressuposto elas serem ensinadas noutras cadeiras.

Independentemente destes obstáculos e desentendimentos, há alguns pontos de partida culturais que os alunos devem conhecer. Fornecer uma "gramática ou um "dicionário" do discurso não se coaduna com o tipo de ensino universitário, além de não ser razoável que um texto-base de direito constitucional se transforme em "dicionário de termos e palavras jurídicas". De qualquer modo, a descodificação de alguns conceitos estruturantes pode constituir um alerta feito aos alunos contra a interpretação *ingénua* de enunciados conceituais. Neste sentido, procurar-se-á, ao longo do trabalho, revelar o "segredo" (hoje dir-se-ia "fornecer o código" ou fazer a "descodificação") das *estruturas teóricas* subjacentes à economia narrativa deste texto e erguidas a vocabulário intersubjectivamente válido para tentar estruturar uma "ciência". Fornecermos como exemplo os conceitos de "norma jurídica", "órgão", "direito subjectivo", "relação jurídica", "lei", "competência", "função", cujo sentido tem de ser apurado de forma a sugerir aos alunos que o direito é uma "ciência de rigor".

A nossa experiência docente tem revelado a conveniência de uma diferente arrumação sistemática do discurso constitucional e de novas propostas de leitura dos problemas do direito público. Em certa medida, as novas propostas de leitura equivalem quase a um *antimanual* ou *direito constitucional alternativo* quando comparadas com as sugestões do anterior Direito Constitucional²⁹. Com efeito, o *corte estruturalista* que perpassava nas mensagens do "Direito Constitucional" cede agora, algumas vezes, o lugar a um prudente recentramento das *dimensões histórico-culturais* do constitucionalismo moderno. Este o motivo da deslocação do enquadramento histórico para a primeira parte. Julgámos também conveniente transferir alguns problemas da *Teoria da Constituição* para uma parte autónoma que constituirá a última parte do livro. Isso permitir-nos-á — assim o cremos — evitar a sobrecarga do texto com introduções teóricas aos capítulos, nem sempre apreensíveis nos começos da aprendizagem da ciência juspublicística. Por outro lado, a existência de uma parte dedicada à reconstrução do direito constitucional e da teoria da constituição possibilitar-nos-á uma visão conclusiva, sistemática e problematizante dos novos mundos teóricos que envolvem a nossa narratividade. A sistematização dos problemas constitucionais obedece agora a este triângulo de questões: (Q.1) o que é uma constituição e porque é que a constituição assumiu centralidade política e jurídica nos modernos estados constitucionais; (Q.2) qual o direito *posto* numa lei fundamental?; (Q.3) qual a melhor constituição e quais os problemas políticos agitados pelo direito constitucional?

²⁹ C&., »sê JOAQUIM GONI ESCANO > IHO, *Direito Oculto*, 63 ed., A(medina, Coimbra, 1993 (com várias reimpressões).

A resposta à questão (Q.1) possibilitará o estudo da emergência histórica das constituições em geral e do constitucionalismo português em especial. A questão dois (Q.2) obriga-nos à análise do direito constitucional vigente. A questão três (Q.3) fornece o impulso para o repensamento da *teoria de constituição*.

IV - Visão global da literatura sobre Direito Constitucional A)

DIREITO CONSTITUCIONAL PORTUGUÊS

COMENTÁRIOS

- Canotilho, J. J. G./Moreira, V. – *Constituirão da República Portuguesa, Anotada*, 3.^a ed., Coimbra, 1993.
- Magalhães, J. – *Dicionário da Revisão Constitucional*, 2.^a ed., Lisboa, 1998. Morais, I./Ferreira de Almeida, J. M./Leite Pinto, R. – *Constituição da República Portuguesa, anotada e comentada*, Lisboa, 1983.
- Nadais, A./Vitorino, A./Canas, V. – *Constituição da República Portuguesa. Texto e Comentários d Lei n.º 1/82*, Lisboa, 1982.
- Pinheiro, A. S./Fernandes, M. J. – *Comentários à IV Revisão Constitucional*, Lisboa, 1999.

LIVROS DE ESTUDO, MANUAIS, TRATADOS

- Canotilho, J. J. G. – *Direito Constitucional*, 6.^º ed., Coimbra, 1993.
- Canotilho J. J./Moreira, V. – *Fundamentos da Constituição*, 2.^a ed., Coimbra, 1993.
- Miranda, J. – *Manual de Direito Constitucional, 4 vols.: Vol. I, 6.^a ed.*, Coimbra, 1996; Vol. II, 3.^a ed., Coimbra, 1991; Vol. III, 4.^a ed., Coimbra, 1998; Vol. IV, 2.. ed., Coimbra, 1993; Vol. V, 1.. ed., Coimbra, 1997.
- Sousa, M. R. – *Direito Constitucional Introdução d Teoria da Constituição*, Braga, 1979.

^º A literatura que aqui se refere é uma literatura seleccionada de acordo com os seguintes critérios: (1) *globalidade* de tratamento dos problemas constitucionais, motivo pelo qual apenas são indicados tratadas, manuais e livros de cunho teórico. (2) *amplitude* e diversidade das obras, não que aponta para a referência a literatura que essencialmente diz respeito ao direito constitucional vigente nos respectivos países ou, pelo menos, foca problemas considerados actuais; (3) *proximidade problemática e influência doutrinária* das obras, o que obrigou a uma limitação das referências bibliográficas aos autores e práticas de pulses que, directa ou indirectamente, têm tido influência no direito constitucional português.