

Cultura constitucional & revisões constitucionais

Prof. Dr. Paulo Ferreira da Cunha
Catedrático da Universidade do Porto
lusofilias@gmail.com

Resumo: O conceito, nem sempre recebido pela doutrina mais tradicional, de “cultura constitucional”, se tomado na sua acepção mais operativa, englobando o conhecimento e adesão do Povo à tríade principal da 1) Constituição como estabilidade e ordem (ou princípio de integração), 2) prevalência da constituição na hierarquia normativa (ou princípio da supremacia constitucional) e 3) Constituição como medida das normas (ou princípio da constitucionalidade das leis), revela-se um paradigma particularmente apto a ser utilizado como instância crítica em casos de revisão constitucional. A cultura constitucional deve, pois, dialogar com a constituição material e o poder constituinte.

Palavras Chave: Constituição, Cultura Constitucional, Revisão Constitucional, Poder Constituinte, Constituição Material.

Abstract: The concept of "constitutional culture", not always received by the more traditional doctrine, if used in its broadest operational meaning, appears to be a paradigm particularly suitable as critical instance in cases of constitutional revision. Constitutional culture of the people must be engaged on these essential principles: 1) Constitution as stability and order (or principle of integration), 2) prevalence of the constitution in the legal hierarchy (or principle of constitutional supremacy) and 3) the Constitution as a measure of all norms (or principle of constitutionality of laws). The constitutional culture should therefore engage with the material constitution and the constitutional power.

Keywords: Constitution, Constitutional Culture, Constitutional Revision, Constituent Power, Material Constitution.

“No es exagerado decir que urge fomentar la cultura constitucional, que es necesario educar la sociedad en la Constitución (...)”

Maria Ildefonsa-Marilde García Suárez - *Fomentar la Cultura Constitucional*, in *Aprender a ser Ciudadanos. Cultura Constitucional*, Astúrias, Consejería de Educación y Ciencia, 2007, p. 7.

I. Introdução

No início de Julho de 2010, em debate a televisão portuguesa sobre a situação da Justiça, cremos ter chocado muita gente – a começar, decerto, pelos nossos ilustres interlocutores, todos pessoas excelentes –, quando aludimos às vicissitudes que uma Constituição pode ter em caso de “estado de necessidade económico e financeiro”.

Talvez não tenhamos usado exactamente estas palavras, mas essa era a ideia. Então, o problema era a questão da constitucionalidade de uma real ou pseudo-retroactividade de imposto. A situação financeira, com todas as suas implicações, iria agravar-se desde então (ou pelo menos a sua captação pelo grande público, em que nos incluímos), ao ponto de esse primeiro problema, em termos objectivos (salvo, obviamente, a sempre fulcral questão dos princípios), parecer certamente risível aos olhos de muitos, hoje.

Na altura, sublinhámos também o quão estranhas nos pareciam certas vozes que nunca haviam dado mostras de morrer de amores pela Constituição (antes pelo contrário) virem então terçar armas por uma dama que nunca havia sido, realmente, a sua. O futuro a breve trecho demonstraria que tudo não passaria de idílio fugaz com a Constituição vigente.

Sopesando os princípios constitucionais, a questão é, cada vez mais, a de saber como conciliar o princípio da *proibição do retrocesso* com o da *reserva do possível* (ou quiçá de modelar o primeiro de forma a como que integrar já a segunda¹). E o possível, em maré de grave crise dos dinheiros, é cada vez menos. Em casa onde não há pão...

Uma situação crítica como esta é terreno úbere para que surjam propostas revisionistas e até de ruptura constitucional.

As mais subtis e eufemísticas, apresentar-se-ão como de “adequação do texto constitucional à realidade sócio-económica”. Ou seja, clamando por *força normativa da Constituição*, ou com menos refinados argumentos, apelarão para que se faça uma Constituição ou se reveja a actual de molde a que se desça do céu dos seus conceitos (tidos por utópicos ou desajustados do contexto que vivemos, ou até mesmo de uma pretensa e adversa “maneira de ser” nossa) para a *realidade* (dura, previsivelmente muito dura) de um desenvolvimento adiado, e de uma justiça (social) entre parêntesis, quando não mesmo sujeita a regressão. É, na verdade, uma outra força normativa que está nesse discurso presente: a discutível *força normativa dos factos*, na versão, afinal, da “lei do mais forte”.

É preciso questionar esta colagem ao que se pensa ser realidade, sem qualquer alternativa e sem qualquer esperança. A este propósito, parece oportuno convocar duas vozes tão diversas como as de Zygmunt Bauman e de Vladimir Jankélévitch.

O primeiro assinala uma grande diferença entre a ideologia neoliberal e as demais ideologias: pela falta de distanciamento, de questionamento, pela rendição ao que parece ser inevitável. Mas certamente essa rendição não é mera resignação, é adesão ao que *está aí*. Diz ele:

What, however, makes the neo-liberal world-view sharply different from other ideologies – indeed, a phenomenon of a separate class – is precisely the absence of questioning; its surrender to what is seen as the implacable and irreversible logic of social reality. The difference between neo-liberal discourse and the classic ideologies of modernity is, one might say, the difference between the mentality of plankton and that of swimmers or sailors².

E não se diga que a Esperança é vã. Isso nos ensina Jankélévitch, mesmo a propósito do terror nazi, que parecia avassaladora e irreversivelmente dominar a Europa. Até os nazis puderam ser derrotados, quanto mais as crises do capitalismo! Pode haver uma esperança mobilizadora, que pode ser um utopismo, uma ideia-força, uma ideologia, mesmo uma quimera... Diz ele:

Mieux encore, l'espérance n'est pas sans l'espoir qui est le motif d'espérer, la chimère 'plausible' et relativement fondée (...) Après coup, c'est la folle, l'absurde Résistance de 1940 qui s'est révélée en définitive réaliste et raisonnable, parce qu'elle voyait loin, haut et grand.³

¹ Uma interessante e ponderada revisão do princípio pode colher-se em SARLET, Ingo Wolfgang — *Segurança Social, Dignidade da Pessoa Humana e Proibição de Retrocesso: Revisitando o Problema da Protecção dos Direitos Fundamentais Sociais*, in *Direitos Fundamentais Sociais*, coord. de J. J. Gomes Canotilho, Marcus Orione Gonçalves Correia, Érica Paula Baracha Correia, São Paulo, Saraiva, 2010, p. 71 ss., máx. p. 106 ss.

² BAUMAN, Zygmunt — *In Search of Politics*, Cambridge, Polity, 1999, p. 127.

³ JANKÉLÉVITCH, Vladimir - *Traité des vertus*, v. I, *Le Sérieux de l'intention*, Paris, Bordas, 1968, p. 182.

Um dos vectores culturais hoje votados à Esperança colectiva é, precisamente, a Constituição, as constituições dos diferentes países. Elas são Direito e são Utopia (utopismo)⁴.

É claro que uma Constituição sem nenhum apoio na realidade constitucional é – ensinou o clássico Karl Loewenstein⁵ – meramente nominal, norma inefectiva, como diria Jean Carbonnier⁶. Mas é na tensão entre o possível e o desejável que as constituições programáticas como a nossa se jogam. Na verdade, todas as constituições têm que lidar com este problema. A nossa mais, por ser uma Constituição não só do Estado(-aparelho), mas ainda da Sociedade.

Pensar as revisões constitucionais num período de crise e de algum abatimento nacional, em que grandes sonhos se desfizeram para muitos, não pode, contudo, ser exercício de pessimismo ou daquele pseudo-realismo dos que tudo pretendem submeter aos ditames fatais do fado nacional de dependência, atraso⁷, e demais negativismos, os quais começam numa desistência anímica dos cidadãos.

Mas pensar *hic et nunc* as revisões constitucionais não deixa de ter como circunstância esse horizonte de desesperança ou de resignação em que a ditadura do “realismo” parece querer contaminar até o texto jurídico por definição utopista, ou seja com Esperança (não quimérico ou utópico) que deve ser uma Constituição.

Retomando a terminologia de Ernst Bloch, não podemos prescindir do *princípio esperança* que a nossa Constituição encerra⁸. Porque uma Constituição tem uma outra altura e uma outra respiração, dentro dos normativos jurídicos. Cumpre a Constituição o papel simbólico de agregar uma comunidade em grandes objectivos e ideais, que são muralhas da *pólis* ao mesmo título que as de pedra, e até mais sólidas que estas⁹.

Um reduto da esperança está, pois, na nossa Constituição generosa, democrática, social, e de cultura, como assim mesmo se caracteriza o Estado que ela superiormente regula. Certamente não virá para amanhã a gratuidade completa de todo o sistema de ensino público... Poderá mesmo acontecer – é natural que ocorra – que haja agravamento de custos da educação para os seus “consumidores”. Mas será por isso que deveremos prescindir da meta constitucional da gratuidade? A tempestade momentânea far-nos-á olvidar os tempos de bonança?

Seja como for, a Constituição tem regras para a sua própria revisão. Neste pequeno estudo, procuramos balizar algumas condicionantes culturais e contextuais da mudança constitucional, assim como os preceitos positivos que a permitem e a limitam.

Uma Constituição terá sempre a vida que merece ter? Não sabemos respondê-lo. Está qualquer Constituição sempre à mercê dos golpes de Estado, das revisões, e dos esquecimentos e incumprimentos, mesmo durante a sua vigência. Também a nossa, a actual.

⁴ Cf., por todos, FERREIRA DA CUNHA, Paulo — *Constituição, Direito e Utopia. Do Jurídico-Constitucional nas Utopias Políticas*, Coimbra, Faculdade de Direito de Coimbra, Studia Iuridica, Coimbra Editora, 1996.

⁵ LOEWENSTEIN, Karl — *Verfassungslehre*, 3.ª reimpr. trad. cast. de Alfredo Yallego Anabitarte, *Teoría de la Constitución*, Barcelona, 1983.

⁶ CARBONNIER, Jean — *Flexible Droit. Pour une sociologie du droit sans rigueur*, 6.ª ed., Paris, LGDJ, 1988

⁷ Dismistificando este como *fatum*, mas apreciando-lhes as causas, cf., recentemente, PEREIRA MARQUES, Fernando — *Sobre as Causas do Atraso Nacional*, Lisboa, Coisas de Ler, 2010.

⁸ BLOCH, Ernst — *Das Prinzip Hoffnung*, trad. cast. de Felipe Gonzales Vicen, *El Principio Esperanza*, Madrid, Aguilar, 1979, 3 vols.

⁹ EHRHARDT SOARES, Rogério — *O Conceito Ocidental de Constituição*, in “Revista de Legislação e Jurisprudência”, Coimbra, nos. 3743-3744, p. 36 ss.; p. 69 ss., 1986.

No contexto da polémica aguda sobre as propostas que a pretendem rever (e algumas romper – recordando Manuel de Lucena¹⁰), estão obviamente em causa dois tipos de problemas: Direito e Política.

De um lado, está a questão jurídica em si mesma, em que avulta o procedimento de revisão constitucional previsto pela Constituição, e os valores, princípios e normas que ela protege e agasalha, através, nomeadamente, dos limites materiais (ou cláusulas pétreas).

Do outro lado, está a fera insaciável da imaginação e da luta políticas, a qual, se pode, de algum modo, circunscrever-se episodicamente a estas regras do jogo (jogando assim no terreno constitucional, do estatuto jurídico sobre o político, que o doma e domina e regulamenta), em situações de crise, pode ameaçar quebrar o chicote do domador jurídico e querer o monopólio da decisão na matéria, reassumindo a sua natureza selvagem e indómita, e exilando o Direito para o caixote do lixo da História: pelo menos momentaneamente. Há quem diga que o nazismo foi a reasunção da política contra o juridismo da República de Weimar... Livremo-nos desse resgate do político, com cuidado para não exceder no juridismo.

Como veremos, é muito complexo assumir apenas uma das vestes neste debate. Deixamos, por isso, a nossa prévia declaração de interesses de professor de Direito Constitucional que não renunciou à cidadania para o ser. E que acredita na bondade da Constituição que o 25 de Abril legou a Portugal. A qual não é um texto intocável, mas que só deve ser alterado *para melhor... e dentro das regras* constitucionais.

Poderão alguns surpreender-se agora pela ausência de referências sistemáticas aos projectos de revisão constitucional apresentados ultimamente. É que não são esses episódicos contributos que nos importam aqui, mas a questão em geral. E mesmo para futuro.

II. Cultura Constitucional, da Sociologia Constitucional à Ética Republicana

Cultura Constitucional é conceito não inocentemente ausente de muito boa parte da doutrina, e a outra indiferente. Além de completamente desconhecida das problemáticas consideradas clássicas, que não são mais que temáticas “tradicionais”, ou seja, que se vão transmitindo... Quantas vezes como simples rotina e psitacismo.

Em certos momentos, muito provavelmente cíclicos na vida das sociedades – já o criticara Hegel¹¹ – fala-se demais de Constituição. E por isso, certamente, nem sempre com muita propriedade... Frequentemente, com muito pouca até. Apenas com aquele *fumus* de conhecimento e de empatia com o objecto típico da superficialidade com muita audiência nas sociedades de massas¹². Falar mais não é falar bem, frequentemente é o contrário...

Há políticos e mesmo juristas que de “Constituição” não têm mais que uma visão coisificada (aquilo a que tecnicamente se designa por “Constituição instrumental” ou “em sentido instrumental”, embora por vezes se lhe chame,

¹⁰ LUCENA, Manuel de — *Rever e Romper (Da Constituição de 1976 à de 1989)*, in "Revista de Direito e de Estudos Sociais", ano XXXIII, VI da 2.ª série, n. 1-2, p. 1-75.

¹¹ HEGEL, Georg Wilhelm Friedrich — *Grundlinien der Philosophie des Rechts*, trad. port. de Orlando Vitorino, *Princípios da Filosofia do Direito*, 2.ª ed., Lisboa, Guimões Editores, 1976.

¹² Uma visão jurídica sempre actual deste tipo de sociedade, em que vivemos, é a obra de EHRHARDT SOARES, Rogério — *Direito Público e Sociedade Técnica*, Coimbra, Atlântida, 1969, 2.ª ed., Coimbra, Tenacitas, 2008 (com um Prefácio de J. J. Gomes Canotilho).

erroneamente, “constituição formal”, que é outra coisa¹³): para eles, se pensassem sobre o assunto, Constituição seria certamente o livro de umas tantas leis, cujo valor chegam, porém, e não sem paradoxo, a querer rebaixar ao nível das normas ordinárias. Assim, a Constituição pouco mais seria que a “folha de papel” de Lassalle¹⁴: não uma mera folha de papel, mas um molho de folhas, rasgáveis ou substituíveis conforme o poder decidisse. Qualquer poder que venha. O resto, seriam tecnicidades subalternas.

Perante esta situação, que se repete, a tentação é proferir um veredicto: “Falta cultura constitucional”. Mas o que é “cultura constitucional”?

O conceito pode ter, em rigor, várias acepções.

Numa das mais plásticas e úteis no plano da sociologia jurídica, e especificamente da sociologia constitucional, ela será o nível de conhecimento que o povo tem da sua constituição¹⁵. Não apenas, como é óbvio, um conhecimento meramente estatístico (não se trata de perguntar quantas pessoas leram a constituição formal) nem, muito menos, charadístico (como perguntar quantos artigos a constituição formal tem). Por exemplo, o conhecimento dos direitos fundamentais também entra em linha de conta; mas já não, por exemplo, quão rigorosamente se sabe dos poderes do presidente da República... Importa bem mais que se saiba que há liberdade de reunião ou de expressão que conhecer em pormenor aqueles poderes, ou quaisquer outros (no detalhe). Embora continue a ser fundamental saber-se quem pode fazer leis, quem governa, quem julga. E quais os equilíbrios entre os poderes. Como parece óbvio. Mas é também muito importante saber-se que a Constituição abre para grandes avenidas de sonho, para grandes projectos, para os valores políticos fundamentais.

Num outro nível, a cultura constitucional trata da opinião que os diversos indivíduos e grupos sociais têm sobre a constituição (a partir da concepção de que cada um dela faz). Já se está aqui no domínio do opinativo, da *doxa*, que tem, obviamente, coloração ideológica.

Estas duas acepções são ainda relativamente inócuas, detectáveis através, por exemplo, dos estudos KOL (*knowledge and opinion about law*)¹⁶.

Mas pode e deve ter-se um outro conceito de cultura constitucional fazendo intervir um elemento menos simplesmente fáctico (se é que nas primeiras acepções tudo era positivisticamente objectivo: na segundo seria apenas objectividade sobre subjectividade...). Trata-se de ponderar como cultura constitucional não apenas níveis de literacia constitucional e opiniões desencontradas (visões sobre a constituição, nem todas muito profundas e sempre mais ou menos subjectivas), mas de constituir o conceito como património ético republicano, considerando a importância da constituição em diálogo com as virtudes e os valores republicanos¹⁷. Ver, enfim, a questão do lado axiológico e qualitativo.

Assim, verificamos que uma coisa é avaliar, friamente, do conhecimento constitucional, grau de informação (sentido 1), outra coisa é mapear as opiniões sobre a constituição (sentido 2), e outra ainda (sentido 3) é encarar a interiorização como elementos positivos dos preceitos de uma constituição propriamente dita, aqui e agora.

¹³ Cf. FERREIRA DA CUNHA, Paulo - *Direito Constitucional Geral*, Lisboa, Quid Juris, 2006, p. 49 ss.

¹⁴ LASSALLE, Ferdinand — *Über Verfassungswesen*, conferência proferida em Berlim em 1862, disponível em : <<http://www.gewaltenteilung.de/lassalle.htm>> , trad. port., *O Que é uma Constituição Política?*, Porto, Nova Crítica, 1976.

¹⁵ Cf., v.g., VALADÉS, Diego — *Conversaciones Académicas com Peter Haeberle*, México, Universidad Nacional Autónoma de México / Instituto de Investigaciones Jurídicas, 2006.

¹⁶ PODGÓRECKI, Adam *et alii* (org) - *Knowledge and opinion about law*, Martin Robertson, London, 1973.

¹⁷ Cf. FERREIRA DA CUNHA, Paulo — *Para uma Ética Republicana*, Lisboa, Coisas de Ler, 2010.

Quando falamos de constituição propriamente dita, hoje, obviamente apartamos o constitucionalismo antigo, histórico, natural, assim como o constitucionalismo pactuado, cartista, etc. E mesmo o constitucionalismo moderno de “primeira geração”, sem grande dimensão social.

Uma constituição moderna está, como se sabe, dotada da triade mítica da sacralidade do texto, separação dos poderes e direitos humanos¹⁸. E uma constituição do nosso tempo, além de moderna (tendo assim todos os referidos elementos), é ainda social, e com preocupações pelos grandes valores políticos: liberdade, igualdade e solidariedade/ justiça / fraternidade.

Recordamos tudo isto, até para resumir as várias ditas “gerações” de direitos, que melhor se diriam planos ou *dimensões* dos direitos, pois têm de ser simultâneos e conviventes, não sucessivos¹⁹:

“o vocábulo ‘dimensão’ substitui, com vantagem lógica e qualitativa, o termo geração, caso este último venha a induzir apenas sucessão cronológica e, portanto, suposta caducidade dos direitos de gerações antecedentes, o que não é verdade. Ao contrário, os direitos (...) formam a pirâmide cujo ápice é o direito à democracia (...)”, como afirma, muito justamente, Paulo Bonavides²⁰.

Na sua variedade pontual, nomeadamente institucional, as constituições do nosso tempo assumem o legado liberal político (ou, talvez melhor, republicano político), e aprofundam esse legado numa iniludível dimensão social. Cultura constitucional passa assim, nesta terceira acepção, do paradigma da sociologia constitucional para o da ética republicana.

E é encarada como forma avançada de cultura jurídica e cívica, interiorização de regras superiores do jogo democrático protagonizadas pela Constituição.

Esta cultura constitucional é já um filão para os estudiosos. Mas, em poucas palavras, é um elemento essencial da defesa da República, e continua a ser objecto de estudo sociológico. Só que agora não de forma inócua.

A cultura constitucional, assim vista axiologicamente, embora com naturais consequências a serem ainda vistas sociologicamente, assenta na compreensão e respeito pelo *império do Direito*²¹ próprio do Estado de Direito, e desenvolve-o. Se no Estado de Direito já não é a política pura a imperar no governo da coisa pública, mas política subordinada ao Direito, em muitos casos agindo por ele, v.g. pela lei, uma cultura constitucional do nosso tempo terá de basear-se em três princípios mínimos: *Estabilidade* da Constituição (que é essencial elemento de ordem e ordenação – princípio de integração), *primado ou Prevalência* da Constituição sobre o demais Direito, e *Constitucionalidade* das leis.

Para, numa sociedade com uma constituição como a nossa, se poder dizer que há cultura constitucional (como vimos, sempre a há, mas curamos agora deste sentido mais valorativo) os cidadãos têm de ter plena consciência da existências destes três princípios e das suas principais implicações. Não precisam de os nomear, de os

¹⁸ Idem — *Raízes da República. Introdução Histórica ao Direito Constitucional*, Coimbra, Almedina, 2006, p. 17 ss. ; p. 67, e n. 101.

¹⁹ Idem — *Direito Constitucional Geral*, São Paulo, Método, 2007, p. 46. BONAVIDES, Paulo — *Curso de Direito Constitucional*, 24.^a ed., São Paulo, Malheiros, 2009, pp. 571-572.

²⁰ BONAVIDES, Paulo — *Op. Loc. Cit.*

²¹ Cf., v.g., DWORKIN, Ronald — *Law's Empire*, Belknap, Cambridge, Mass., 1986.

identificar como tais, mas devem ter interiorizado e aderido aos três, como coisas naturais próprias de uma democracia avançada.

Se um vasto grupo grande de cidadãos não identifica Constituição com estabilidade e ordem, acreditando que é bom mudar de constituição como quem muda de camisa (*banalização* constitucional e desconstitucionalização prática); se muitos cidadãos acreditam que há pessoas, poderes ou normas acima da Constituição, e não a vêem activa e eficaz no cume das coisas do direito e da política (*rebaixamento* da Constituição); se, finalmente, um vasto segmento da população de um país desconhece ou desvaloriza o facto de que as leis, todas as leis, têm de se subordinar à Constituição, e que há e deve haver uma jurisdição para eliminar as que assim não se conformem (*insensibilidade à hierarquia das normas*) – se qualquer destas três coisas for verdadeira, é sinal sério de alarme na saúde constitucional de um país, porque o seu termómetro constitucional acusa falta de cultura constitucional. E numa revisão constitucional não ter em conta estes elementos pode ser, então, catastrófico.

Em termos teóricos, a cultura constitucional continua a pertencer à área da sociologia constitucional, mas, como ocorre classicamente nas relações das matérias jurídicas com as sociológicas, a sociologia que, no final do percurso, teremos, será uma sociologia axiologizada. E a cultura constitucional pertence também, assim, de pleno direito, à filosofia constitucional, especificamente ao domínio da filosofia prática, e especificamente ética. Cultura constitucional é, pois, sociologia constitucional e ética constitucional.

Fica feito o enquadramento epistemológico dual (sociológico e ético, logo, filosófico), embora sempre seja mais importante a coisa e o seu conhecimento directo que a sua classificação²².

III. Constituição é Estabilidade e Ordem

O primeiro dos três grandes princípios é a *Estabilidade*, que também é *Ordenação*. Foi ele o primeiro a ser detectado na perscrutação do “ser” mais profundo da Constituição que toda a tentativa de definição afinal representa²³.

A ordem, assim como a segurança jurídica, são aspectos nem sempre com boa fama entre os observadores. E com razão. À custa e à conta delas floresceram as injustiças do *dura lex, sed lex* – brocardo da decadência romana, quando apenas a dureza da lei parecia ainda poder travar a degradação política e social. Como diz Leandro Mascaro, “Toda vez que o direito é a ordem, ele se reduz à miséria da dominação”²⁴.

²² De entre as mais nocivas barreiras ao conhecimento das coisas, designadamente em Filosofia e em Direito (mas não só) estão as cortinas de fumo epistemologistas e metodologistas (não a epistemologia e a metodologia), que constituem uma peri-filosofia... e, no caso do direito, um peri-direito. Cf., por todos, obras tão diversas como SALDANHA, Nelson — *Da Teologia à Metodologia. Secularização e crise no pensamento jurídico*, Belo Horizonte, Del Rey, 1993; LANE, Gilles — *À quoi bon la Philosophie*, 3.^a ed., Quebeque, Bellarmin, 1997; WARAT, Luis Alberto — *Do Paradigma normativista ao Paradigma da Razão sensível*, in *Temas Emergentes no Direito*, coord. de Marcelino Meleu / Mauro Gaglietti / Thaise Nara Graziottin Costa, Passo Fundo, IMED, 2009, p. 13 ss.

²³ FERREIRA DA CUNHA, Paulo - *Do Conceito de Constituição na Doutrina Portuguesa Contemporânea*, Separata de “Estudos em Homenagem ao Prof. Doutor Rogério Soares”, “Boletim da Faculdade de Direito”, *Studia Iuridica*, 61, Ad Honorem 1, Coimbra, Universidade de Coimbra/ Coimbra Editora, 2001, pp. 551-581, recolhido no nosso *Teoria da Constituição*, vol. I. *Mitos, Memórias, Conceitos*, Lisboa, Verbo, 2002.

²⁴ LEANDRO MASCARO, Alysson — *Filosofia do Direito e Filosofia Política*, São Paulo, Atlas, 2003, p. 20.

Não iríamos porém tão longe. A segurança jurídica, em tempos (e muitos são) de movediças normatividades e desconexas jurisprudências, além de egocêntricas doutrinas, acaba por ser o grau zero da justiça (ao menos que se saiba “em que lei se vive” – não pode mudar a todo o instante, ser uma para Paulo e outra para Pedro). Por outro lado, a ordem, para que ela contribui iniludivelmente, em si não é necessariamente perversa. Pelo contrário, ao contribuir para determinar horizontes de expectabilidade, é pacificadora e factor de integração, e mais: contribui para o sentido do mundo. Obviamente que tudo isto pode configurar, e frequentemente configura, dominação, exploração, opressão, desigualdade, etc. Mas não é inevitável que assim seja. Todas as esperanças revolucionárias não radicalmente anarquistas (e mesmo algumas destas) repousaram, afinal, na esperança de uma “nova ordem”, que tivesse os elementos conformadores, integradores, pacificadores da antiga, mas com um sentido, um conteúdo, um espírito totalmente novo, de libertação.

Por isso é que tem razão o mesmo Leandro Mascaro, ao se dirigir aos seus alunos, naturalmente numa veste política também:

Quando observardes, meus caros alunos, um mundo em que haja choro, dor, miséria, fraqueza, pusilanimidade, ainda que encontreis leis e instituições nesse mundo, abominai essa ordem, ela tem direito, mas é injusta. Quando encontrardes esperança, luta, resistência, alegria e a possibilidade de que toda a humanidade seja efetivamente solidária e fraterna, aí reside o verdadeiro futuro do mundo. Falai bem alto aos esperançados: a justiça é possível²⁵.

Uma Constituição hodierna é sempre uma epifania desse tipo de aspiração esperançosa, de nova ordem, justa.

Assim como o Direito foi criado em Roma (o chamado *Isolierung*²⁶, com o *ius redigere in artem*, a criação epistemológica e institucional do Direito enquanto disciplina e realidade “política” *lato sensu* autónoma, separada) como mínimo de regras subtraídas aos ventos mutáveis do poder²⁷, a Constituição é novo patamar desse contrato social, que visa no plano político um acordo de muito longo prazo, para que não se mudem as regras do jogo apenas ao sabor da roda da fortuna das modas ou maiorias parlamentares. Se tivéssemos mudado de Constituição na alta da economia de casino, e desprotegido face aos desreguladores inveterados, a crise seria hoje muito mais grave.

Uma Constituição, *Bíblia da República*, é feita pela estabilidade, para uma época e até à próxima revolução. Foi assim com todas as grandes constituições.

As revisões devem ser ponderadas, raras e de pormenor. Não se pode, por natureza, mudar de paradigma ideológico constitucional por via revisionista.

A nossa Constituição é *republicana* politicamente, e *social* económica e socialmente. Impossível torcê-la e metamorfoseá-la em anarco-capitalista ou neoliberal. Fazê-lo seria uma fraude, uma ruptura constitucional. Ainda que numa revolução (contra-revolução) de seda ou de veludo...

Além do mais, uma constituição consequentemente neo-liberal é uma *contraditio in terminis*. Não é o maior dos paradoxos querer-se uma Constituição para institucionalizar o *laissez faire*?

²⁵ *Idem, Ibidem*, p. 21.

²⁶ THOMAS, Yan — *Mommsen et 'l'Isolierung' du Droit (Rome, l'Allemagne et l'État)*, Paris, Diffusion de Boccard, 1984.

²⁷ Cf., por todos, FERREIRA DA CUNHA, Paulo — *Sociedade e Direito*, Porto, Rés, s.d.

IV. A Constituição Prevalece

Aquando da proibição das Conferências democráticas do Casino (1871), Eça de Queiroz faria uma defesa eloquente da liberdade de expressão. Mas presente-se nela que vivia em tempo de falta de cultura constitucional. Então, ter à mão a Constituição era, como dizia, sempre útil: para *tirar um argumento* ou para *poisar o charuto*. Afinal serviria mais de cinzeiro que de fundamento jurídico. E a sua utilização em juízo era nula até então.

Hoje a cultura constitucional, mesmo não generalizada, encontra-se mais democratizada, e é reforçada institucionalmente pelo Foro e pela Universidade. Há, desde logo, jurisdições constitucionais (em muitos casos mesmo tribunais constitucionais), e a Constituição é, por todo o mundo, muito mais estudada. Mesmo em Portugal, embora se verifique ainda um peso exageradíssimo de áreas pouco permeabilizadas ainda à Constituição, vai-se desenvolvendo também o movimento de constitucionalização do Direito, pujantíssimo noutros países, como, desde logo, o Brasil²⁸.

E embora haja políticos e até juristas que a não *levem a sério*, ela é pilar da ordem jurídica, vértice e critério das normas. Em todas as suas dimensões, e não apenas na formal ou institucional. Desde logo é para levar a sério no plano dos direitos, e, naturalmente, dos direitos sociais²⁹.

Dos três grandes princípios (*Estabilidade, Prevalência* sobre o demais Direito, *Constitucionalidade* das leis) da cultura constitucional passemos agora ao segundo.

Fala-se paradoxalmente mais em “primado” do Direito Comunitário do que em “primado” da Constituição, mas, do que se trata é do mesmo e só primado ou *prevalência*. Diz-se, muitas vezes sem matizes, que (pelo poder federativo dos Estados), hoje o Direito da União Europeia (UE) prevalece sobre o Direito nacional. Ora o que prevalece é o Direito constitucional da UE sobre o Direito constitucional português. Existe, e sempre, primado do Direito Constitucional – em geral. Alguém acredita que um qualquer uma qualquer ordem ou papel timbrado de um burocrata de sétimo escalão em Bruxelas possa sobrepor-se, na Alemanha, a uma sentença do Tribunal Constitucional alemão?

Mas a *prevalência* mais imediatamente importante para nós é o da Constituição nacional, na nossa ordem jurídica. Sem colocar em causa, em plano de hierarquia igual, o primado comunitário europeu. Este outro primado (geral e nacional, como vimos), a que preferimos chamar *prevalência* (até para estabelecer uma distinção também designatória) decorre imediatamente do facto de a Constituição ser a grande regra do jogo jurídico-político, garante de estabilidade e de ordenação.

Para haver essa base segura e sólida em que toda a vida jurídica tem de repousar, não se pode andar a mudar de constituição ao sabor dos caprichos políticos ou dos interesses dos grupos de pressão, por poderosos que sejam. E a forma de essa ordenação se repercutir na ordem jurídica, na nossa vida de todos os dias, que ela

²⁸ Cf., v.g., BARROSO, Luís Roberto — *O Novo Direito Constitucional e a Constitucionalização do Direito*, in *Diálogos Constitucionais: Direito, Neoliberalismo e Desenvolvimento em Países Periféricos*, org. de Jacinto Nelson de Miranda Coutinho / Martinio Mont'Alverne Barreto Lima, Rio de Janeiro / São Paulo / Recife, 2006, p. 321 ss.; BINENBOJM, Gustavo — *Uma Teoria do Direito Administrativo. Direitos Fundamentais, Democracia e Constitucionalização*, Rio de Janeiro, Renovar, 2006.

²⁹ GOMES CANOTILHO, José Joaquim - *Tomemos a sério os direitos económicos, sociais e culturais*, separata de *Boletim da Faculdade de Direito de Coimbra*, número especial, "Estudos em Homenagem ao Prof. Doutor António Arruda Ferrer Correia, 1984", Coimbra, 1988, hoje in Idem — *Estudos sobre Direitos Fundamentais*, Coimbra, Coimbra Editora, 2004. E sobre a Jurisprudência constitucional recente em conexão com essas matérias, cf. Idem — *O Direito Constitucional como Ciência de Direcção – O Núcleo Essencial de Prestações Sociais ou a localização Incerta da Socialidade (Contributo para a Reabilitação da Força Normativa da “Constituição Social”)*, in Idem / CORREIA, Marcus Orione Gonçalves / CORREIA, Érica Paula Baracha — *Direitos Fundamentais Sociais*, São Paulo, Saraiva, 2010, máx. pp. 30-31.

regula, é a *prevalência constitucional*: a Constituição está acima de toda e qualquer outra manifestação jurídica, e, naturalmente, política. Com razão tem sido ela identificada, na pirâmide normativa, com o vértice.

Vária doutrina, em tempos diversos até, tem procurado traduzir essa prevalência. A constituição tem sido considerada o tronco de que nascem todos os ramos do direito (Pergolesi e Santi Romano³⁰), sendo o direito constitucional considerado o ramo-mãe (Motta Filho e Gustavo Barchet), direito público fundamental (José Afonso da Silva), núcleo do direito público interno (se se tratar de direito constitucional nacional, claro)³¹, etc., etc. E a este *princípio da prevalência* da-se também o nome de *princípio da supremacia da Constituição* ou da *supremacia constitucional formal*, ou ainda *princípio da constitucionalidade das leis* (Darcy Azambuja)³² – o que são formas diversas, mas confluentes, de olhar para a mesma realidade. Embora esta última fórmula seja susceptível de confundir este princípio com o seguinte... A nosso ver, com efeito, a supremacia implica a constitucionalidade das leis, mas não se confundem.

Infelizmente, a nossa macrodemocracia instituída a 25 de Abril de 1974 tem deixado indemnes e até tem permitido que prosperem bolsas de autocracia. O que é perfeitamente natural, e lhe não é de modo nenhum privativo. Nesses casos, é óbvio que são zonas de obscuridade antidemocrática, que precisam ser iluminadas e varridas pela força da Constituição. Há resistências fácticas e até teóricas. Mas quando uma ordem, um acto administrativo, um regulamento criam arbítrio, ferem a letra ou o espírito da Constituição, é óbvio que não é esta que está errada e deva mudar-se, mas essas manifestações jurídicas inferiores. Como poderia ser o contrário? Infelizmente, além de pequenos aprendizes de tiranos, para quem o direito é sempre meramente instrumental e preterível a gosto, alguns juristas habituados a que a sua arte tudo consiga, com argúcia, subverter, resistem, resistem e resistem à constitucionalização de todo o Direito, como, aliás, à legalidade e à aplicação lógica da hierarquia das normas...

Aceita-se contudo hoje unanimemente (ou quase: sempre pode haver uma excepção ignorada) que uma lei possa ser julgada inconstitucional. Esse é já um grande progresso na cultura constitucional corrente. O passo seguinte será compreender-se que se a lei o pode ser, mesmo aprovada pelos representantes do povo, por maioria de razão se terão que subordinar à Constituição normas ou actos, de entidades públicas e privadas (não sufragadas ou não tão vastamente legitimadas), que a firmam.

Especialidades, bastiões, tradições ou excepções pretensamente fundadas no passado, no presente ou no futuro não contam. A Constituição impõe-se a todos os ramos do Direito, que regulam todos os reguláveis sectores da vida social : o crime, a família, o trabalho, as finanças, a economia... todas as áreas.

E a Constituição impõe-se também às revisões constitucionais, que têm de ser aprovadas segundo as suas regras. Como é evidente. Como estariam elas fora desse juízo? Seria um suicídio...

V. A Constituição é Medida de todas as Normas

A Cultura constitucional moderna implica o respeito dos cidadãos (e desde logo dos políticos, e, obviamente, dos juristas) pela Constituição. Não um respeito de veneração fetichista, nem ritualístico, como o que, nos EUA, considera o texto jurídico fundamental como “instrumento sagrado”. Mas como acatamento vivencial dos seus comandos, o que implica conhecimento dos mesmos.

³⁰ Como bem lembra, logo no início do seu manual, BONAVIDES, Paulo — *Curso de Direito Constitucional*, p. 35.

³¹ Cf., em síntese, MESSA, Ana Flávia — *Direito Constitucional*, São Paulo, Rideel, 2010, p. 40.

³² *Idem, Ibidem*, p. 42.

Cultura constitucional significa também, pois, conhecimento da Constituição. Esse é o seu grau mínimo, como vimos. Era importante que ela fosse obrigatoriamente ensinada desde cedo. Estudada mesmo e de forma dinâmica. Porque a Constituição é a resposta jurídico-política básica, mais geral e mais consensual aos grandes problemas colectivos. Não resolve os nossos dramas filosóficos, nem as nossas angústias psicológicas, nem as nossas questões familiares ou sentimentais. Mas é a resposta colectiva que a nossa sociedade deu (e continua a dar – porque em certo sentido a Constituição se actualiza diariamente) aos seus problemas comuns, ou seja, políticos.

Constituição é *estabilidade* e ordem, e por isso ela tem de ter *prevalência* sobre todo o demais direito. Isso implica, para ser prático, que se deve fazer um juízo de *constitucionalidade* das leis. Não basta que a Constituição trace as grandes linhas de como deve ser o nosso País. É preciso que as leis, todas as leis, respeitem esse programa comum de todos, que é a Constituição.

Como se sabe, em Portugal, como em muitos outros países, há um tribunal especializado em verificar se as leis estão conformes com a Constituição. E se não o estiverem, declara a inconstitucionalidade, com efeitos de anulação da norma respectiva na ordem jurídica. Tudo isto, felizmente, já entrou no domínio público e na aceitação íntima dos cidadãos, e representa um patamar mais elevado na nossa cultura constitucional.

A dimensão da constitucionalidade implica que todo o tipo de normas e de interpretação das mesmas estejam concordes com a Constituição. O que significa que juridicamente se deve tudo afinar pelo diapasão constitucional.

A constitucionalidade e o seu controlo judicial implicam que a Constituição é mesmo vértice do edifício jurídico do Estado. Compreende-se assim como alguns queiram uma Constituição da sua cor política, que reflectisse os seus ideais ideológicos. A tentação de mudar a Constituição para nela colocar o “seu” programa político (ainda que pretensamente “neutro”) é grande e vem de longe, não sendo originalidade nacional.

A pretensa neutralidade constitucional não deixa de ser um programa. Se eu pretendo uma constituição que se não imiscua nos problemas laborais, não quer dizer que eu sobre eles não tome partido (como alguns capciosamente pretendem fazer crer). Não tomar partido nesta matéria é tomar partido pelo forte contra o fraco. Como dizia Lacordaire: “Entre le fort et le faible, entre le riche et le pauvre, entre le maître et le serviteur, c’est la liberté qui opprime, c’est la loi qui affranchit.”

Por isso, tem que haver lei (constituição), para que não continue a haver (ou volte a haver) opressão. E, como se sabe, Henri Lacordaire (1802-1861) não era um perigoso colectivista, mas um padre católico liberal.

E, além de se provar a efectiva neutralidade – o que nos parece impossível – haveria ainda que justificar a sua razão de ser. Como afirma Larmore: “Se os liberais pretenderem seguir em absoluto o espírito do liberalismo, terão também de conceber uma justificação neutra da neutralidade política”³³.

VI. Conclusão

Uma coisa é fazer uma constituição à imagem e semelhança de um partido ou de uma ideologia, de uma religião ou de uma seita, de uma filosofia ou de um preconceito, e uma outra, muito diversa, é uma constituição compromissória, como a nossa, em que não só no texto original já se verificaram equilíbrios e contributos de diversas correntes de pensamento, como ainda várias revisões constitucionais

³³ LARMORE, Charles E. — *Patterns of Moral Complexity*, Cambridge, 1987, p. 53, *apud* MOUFFE, Chantal — *O Regresso do Político*, trad. port., Lisboa, Gradiva, 1996, p. 167.

depuraram o acordo, e foram firmando novos equilíbrios, tendo em conta os sucessivos tempos. Mas sem pôr em causa a imagem de marca do texto, a qual, sem dúvida, está nos limites materiais de revisão, mas está antes de mais no Preâmbulo.

Ao contrário do que infelizmente ainda muitos, mesmo “juristas”, e muitos políticos pensam, a Constituição não pode ser mudada sem limites. Mesmo as revisões constitucionais estão sujeitas aos limites de revisão previstos na Constituição. Ora ninguém acredita que uma Constituição programática (e longa) como a nossa não se tivesse blindado contra essas tentações hiper-revisionistas. Blindou com uma panóplia de limites de revisão que têm de ser respeitados. Caso contrário, teríamos uma revisão constitucional inconstitucional.

E esse é um dos casos, gravíssimos, de ruptura constitucional.

Se é facto que a constituição material³⁴, no seu sentido mais denso, é uma categoria complexa, e que o poder constituinte, mesmo revisor, sempre a teria que ter em consideração, sob pena de quebra de força normativa da constituição revista, talvez a convocação da cultura constitucional possa, pela sua dimensão mais sociológica, sem prescindir das considerações axiológicas, simplificar um pouco a demanda.

Afinal, o povo quer certamente estabilidade e ordem, garantidas pela Constituição, quer uma Constituição acima das leis, e constitucionalizando-as, e quer o controlo da constitucionalidades das normas. Resta saber, ainda no domínio da cultura constitucional, se o povo quer uma revisão constitucional, e se, querendo-a, em que sentido: num sentido de desregulação e desarticulação não do Estado, mas do Estado social, ou no de (pelo menos) manutenção da protecção a quem dela precisa, para mais em tempos de crise. Afigura-se-nos simples a resposta³⁵.

Recebido para publicação em 03-01-11; aceito em 12-01-11

³⁴ Sobre esta temática, a bibliografia é vasta. Cf., v.g., JELLINEK, Georg — *Reforma y Mutación de la Constitución*, ed. cast., Madrid, Centro de Estudios Constitucionales, 1991; MUELLER, Friedrich — *Fragment (ueber) Verfassunggebende Gewalt des Volkes*, Berlim, Duncker & Humblot, 1995, trad. port. de Peter Naumann, *Fragmento (sobre) o Poder Constituinte do Povo*, São Paulo, Editora Revista dos Tribunais, 2004; FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves — *O Poder Constituinte*, 4.^a ed., São Paulo, Saraiva, 2005; PINTO, Luzia Marques da Silva Cabral — *Os Limites do Poder Constituinte e a Legitimidade Material da Constituição*, Coimbra, Coimbra Editora, Faculdade de Direito, 1994; BRITO, Miguel Nogueira de — *A Constituição Constituinte. Ensaio sobre o Poder de Revisão da Constituição*, Coimbra, Coimbra Editora, 2000; AMARAL, Maria Lúcia — *Poder Constituinte e Revisão Constitucional*, “Revista da Faculdade de Direito de Lisboa”, vol. XXV, 1984; MARTINS, Afonso d’Oliveira — *O Poder Constituinte na Génesis do Constitucionalismo Moderno*, “Estado & Directo”, n.os 5-6, 1990; SANCHES VIAMONTE, Carlos — *El Poder Constituyente*, Ed. Argentina, 1957; MORTATI, Costantino — *Studi sul Potere Costituente e sulla Reforma Costituzionale dello Stato*, Milão, Giuffrè, 1972; VEGA, Pedro — *La Reforma Constitucional y la Problemática del Poder Constituyente*, Madrid, Tecnos, 1985; TARANTINO, Antonio (ed.) — *Legittimità, Legalità e Mutamento Costituzionale*, Milão, Giuffrè, 1980; NEGRI, Antonio — *The Constituent Power*, trad. cast. de Clara de Marco, *El Poder Constituyente. Ensayo sobre las alternativas de la modernidad*, Madrid, Libertarias / Prodhuñi, 1994; TROPER, Michel / JAUME, Lucien (dir.) — *1789 et l’invention de la constitution*, Actes du Colloque de Paris, da Associação francesa de science politique, Março de 1989, Paris / Bruxelas, L.G.D.J., Bruylant, 1994; HÉRAUD, Guy — *L’ordre juridique et le pouvoir originare*, Paris, Sirey, 1946; MCWHINNEY, Edward — *Constitution-Making: Principles, Process, Practice*, Toronto, University of Toronto Press, 1981; BARNET, Anthony et al. (eds.) — *Debating the Constitution. New perspectives in Constitutional Reform*, Cambridge, Polity Press, 1993; KLEIN, Claude — *Théorie et pratique du pouvoir constituant*, Paris, PUF, 1996; BLAUSTEIN, Albert — *The Making of Constitutions*, in “Jahrbuch des oeffentlichen Rechts der Gegenwart”, vol. 35, 1986, p. 699 ss.; DUHAMEL, Olivier — *Pouvoir constituant*, in *Dictionnaire constitutionnel*, dir. de Olivier Duhamel / Yves Meny, Paris, PUF., 1992, pp.777-778; BERLIA, Georges — *De la compétence des assemblées constituantes*, “Revue du droit public”, 1945, pp. 353-365; CONI, Luís Cláudio — *A Internacionalização do Poder Constituinte*, Porto Alegre, Sérgio Fabris, 2006; MACEDO, Dimas — *O Discurso Constituinte. Uma abordagem crítica*, 3.^a ed., revista e corrigida, Belo Horizonte, Forum, 2009.

³⁵ Cremos que um simples exercício de inquérito, se feito com rigor, mostrará o que pensa a larga maioria do povo. Não consideramos, pois, útil, que se debata tanto em torno do assunto. E uma coisa é o voto dado num partido (quantas vezes pela simpatia ou carisma de um líder), outra o conhecimento real do programa eleitoral do mesmo.