

Compreender e defender a Constituição

Paulo Ferreira da Cunha¹

Resumo: Para além de um tópico retórico para comemorações, de um bode expiatório para ataques contrários ao Estado de Direito democrático, ou de uma gazua para recalitrar eternamente *pro domo*, a Constituição é um elemento de cultura essencial nos tempos atuais. Neste artigo se alude brevemente a vários usos desta realidade vital das nossas sociedades, terminando-se com uma defesa não apenas da Constituição cidadã vigente, como da necessidade do seu ensino escolar, aos diferentes níveis.

Palavras Chave: Constituição, Estado de Direito, Democracia, Educação constitucional, Constituição cidadã, Populismo, Litigância.

Abstract: In addition to a rhetorical topic for commemorations, a scapegoat for attacks against the democratic rule of law, or a pickpocket for eternal recalcitration *pro domo*, the Constitution is an essential element of culture today. This article briefly alludes to various uses of this vital reality in our societies, ending up with a defense not only of the current citizen Constitution, but also of the need for its schooling at different levels.

Keywords: Constitution, Rule of Law, Democracy, Constitutional Education, Citizen Constitution, Populism, Litigation.

I. *Constituição de museu ou frenesim anticonstucional?*

A Constituição não é apenas uma questão de juristas e de políticos. De há muito que o não é, mas mais nos nossos tempos e comunidades. Hoje inscreve-se no terreno da cultura e da vivência das nossas sociedades democráticas, pluralistas, em que não se aceita já, por mentalidade enraizada e desperta, o nu poder não legitimado, o “posso, quero e mando”. Porém, ainda há alguns afrontamentos quanto ao que seja e para que possa servir.

Há normalmente dois posicionamentos ou estilos na polémica sobre as Constituições: um estilo constitucional agelástico² ou *estático* (que é conformado e psitacista), e um estilo do frenesim modificador da Constituição³, a que se chamaria por contraste, *dinâmico*, embora frequentemente essas correntes febris de modificações evidenciem um dinamismo estéril, de puro esbracejar no vácuo. A menos que o populismo viesse a render frutos, mas políticos.

A perspetiva oratória, museológica, formalista e comemorativista da Constituição é sinónimo de constitucionalismo morto, ou moribundo. Do outro lado, a agitação sobretudo revisionista, tampouco será constitucionalismo vivo, mas uma dança de São Vito. A primeira vive na penumbra de alguns discursos, manuais e sobretudo em apontamentos que servem para fazer exames consabidos. A segunda vocifera em alguma comunicação social.

¹ Juiz Conselheiro do Supremo Tribunal de Justiça de Portugal. Catedrático da Faculdade de Direito da Universidade do Porto (funções suspensas para o exercício da magistratura judicial).

² RORTY, Richard — *Contingency, irony and solidarity*, Cambridge, Cambridge University Press, 1989.

³ MIRANDA, Jorge — *Acabar com o Frenesim Constitucional*, Separata do volume coletivo *Nos 25 Anos da Constituição da República Portuguesa*, Lisboa, Associação Académica da Faculdade de Direito de Lisboa, 2001.

II. Pela Constituição

O nosso ângulo é, contrariamente a ambos (que se equivalem em esterilidade, todas as contas feitas), de uma tranquila e sincera adesão constitucional, crendo, especialmente, nas virtualidades fecundíssimas que as nossas cartas magnas cidadãs encerram para se aperfeiçoarem sem ruturas, e se aplicarem mais, na prática, sem sobressaltos, desvios e traições. Hesse já advertia para as vantagens dessa moderação aperfeiçoadora⁴. Ainda há muito a aprofundar e a melhorar sem quaisquer revisionismos maximalistas e anticonstitucionais. E, mais ainda, há a aplicar maximamente os programas constitucionais, que encerram as grandes aspirações dos povos. As Constituições são, sim, sem qualquer blasfêmia, mas obviamente de forma metafórica e *cum grano salis*, as “Bíblis das Repúblicas”.

Um posicionamento pró constitucional não pretende, de forma dogmática, apresentar verdades-feitas e certezas, inscreve-se apenas, claramente, num dos lados do horizonte geral da polémica constitucional. No lado do cumprimento da Constituição, desde logo. Sendo a favor das constituições cidadãs vigentes (pelo menos, não institucionalmente revogadas, apesar de nem sempre cumpridas – mas qual lei o será?), sintoniza-se com uma vaga civilizacional humanista, democrática, fraterna, em que a dimensão constitucional teve e continua a ter um importantíssimo papel. O seu modelo é o de um Estado de direito, democrático, social, ecológico, etc... Ou seja, o patamar mais elevado de civilização e desenvolvimento jurídico a que a Humanidade até hoje chegou. Mas nunca um nível irreversível, sempre um ponto a ser defendido e aprofundado.

Acrescendo que esta identificação com o *adquirido* constitucional não pode resultar num conformismo com toda e qualquer invocação do “santo nome” da Constituição. Importa sempre um bom uso da Constituição. Porque sempre há formas inteligentes, ponderadas e razoáveis de hermenêutica, de um lado, e modos que o não são, de outro lado.

III. Alargar os Horizontes do Pensar Constitucional

Já Lassalle tinha razão quando subtilmente criticou, na sua célebre conferência berlinense⁵, uma utilização do tópico retórico “Constituição” a torto e a direito, sem sequer os seus arautos saberem de que se trata.

O clássico revolucionário alemão não poderia ser mais profético. Tanto se invoca hoje uma alegadamente inoperante, antiquada, “ideológica”, enfim, “malvada” e “pérfida” Constituição, como bode expiatório de todos os males! E sabe-se que, no bojo dessa argumentação, se pretende afinal mudar radicalmente não o Estado, mas até *de* Estado. Para muitos, não é sequer mudar a Constituição, mas *de* Constituição (na verdade, sempre há uma Constituição...). Ora, numa outra clave, também se esgrime (nem sequer ao menos quixotescamente, mas muito menos dignamente que isso) a reivindicação da dimensão constitucional como um trunfo universal (ou gazua) que permitiria ultrapassar todas as contrariedades e revezes, materiais e processuais. A propósito e a despropósito. Em síntese: tudo o que nos desagrade (ou desagrade a alguns) seria inconstitucional. Cómodo trunfo argumentativo, mas bem longe do real e do aceitável, para mais num Estado de direito.

⁴ HESSE, Konrad — *Limites da Mutação Constitucional*, in *Temas Fundamentais do Direito Constitucional*, trad. port. de Inocêncio Mártires Coelho, São Paulo, Saraiva, 2009, p. 147 ss..

⁵ LASSALLE, Ferdinand — *Über Verfassungswesen*, trad. port., *O Que é uma Constituição Política?*, ed. de Porto, Nova Crítica, 1976.

A ideia de que os cidadãos e os juristas fazem da Constituição mereceria profundo estudo psicossociológico. Desconfiamos que, frequentemente, quando *A* diz essa palavra, *B* não a interpreta da mesma forma. Há representações muito diversas sobre o seu significado mais profundo. E os seus usos revelam-se muito diversificados.

Importa abrir o leque dos usos do conceito, da noção, do vocábulo Constituição, alargar os horizontes da nossa cultura constitucional, que em geral é pobre nos pormenores, embora haja uma adesão geral de coração a essa grande conquista democrática e social, cultural e jurídica.

IV. *O Teste Jurisdicional*

Não se pode esconder a natureza essencialmente polémica desta área, para além da grande robustez técnica que foi adquirindo, sobretudo através da sua essencial existência contenciosa, jurisdicional. E esse excelente arcaboço técnico-jurídico é um escudo excelente quer na defesa da Constituição efetiva face a interpretações tresloucadas anticonstitucionais, quer, no mesmo sentido, *vis-à-vis* uma pretensa defesa constitucional que é, essa sim, “blasfema”, por a erguer como mera bandeira, sempre *pro domo*.

Felizmente que a atuação de muitos tribunais constitucionais e órgãos afins, pelo mundo fora, tem sido marcada por posições de equilíbrio e prudência, com exigência de rigor técnico-jurídico. Assim dando prestígio público à instituição e à Justiça em geral. E no futuro (contemos que a pandemia e seus avatares o permitam), esperamos pessoalmente que um Tribunal Constitucional Internacional possa vir a suprir eventuais problemas e disfunções que ao nível nacional e regional não hajam podido encontrar solução ou solução legal, constitucional e justa. Essa Corte, seria uma instância excecional, pela Democracia, pelos Direitos Humanos, pelas eleições limpas, e outros *basics* do Estado Constitucional hodierno⁶. Mas jamais uma nova instância banalizada, para a qual recorrer sistematicamente, só porque se perdeu nas anteriores...

Como se sabe, os ventos são hoje contraditórios. E sabe-se que poderes autoritários sempre pretendem subjugar a autonomia e independência do poder judicial. Os países em que tal sucede, apesar de terem constituições escritas (por vezes manipuladas já na sua conceção e não fruto puro do poder constituinte popular), não são, realmente, Estados constitucionais. As suas constituições não são normativas, são semânticas, ou nominais (para usar a clássica classificação de Loewenstein⁷).

V. *Rigor e Educação Constitucional*

O Direito Constitucional, no olho do furacão de tantas razões, desde logo políticas e jurídicas, é, na prática, uma arte. Com o caráter de labor de ofício (*arte* em sentido mecânico, digamos) e de criatividade e até estética (*arte* em sentido axiológico). Não se pode esquecer, porém, o lema de Leonardo da Vinci: “ostinato rigore”. Rigor obstinado na arte, tal como na mais fria e objetiva ciência.

⁶ BEN ACHOUR, Yadh / FERREIRA DA CUNHA, Paulo — *Pour une Cour Constitutionnelle Internationale*, Oeiras, A Causa das Regras, 2017.

⁷ LOEWENSTEIN, Karl — *Verfassungslehre*, 3.^a reimp. trad. cast. de Alfredo Gallego Anabitarte, *Teoría de la Constitución*, Barcelona, 1983.

Não no sentido positivista legalista alheio aos dramas e tragédias concretos das pessoas e das sociedades, mas no sentido da defesa de um Direito que o é, e continua a sê-lo numa área como a constitucional, que se tem tentado descrever como “estatuto jurídico do político”. Na verdade, a dimensão também política deste ramo do direito não o furta à *razão jurídica* e às suas exigências e método, nem o permeabiliza a invetivas e investidas meramente do foro político. Salvo, evidentemente, no limite, quando a política decide *deitar o jogo a baixo*, e romper com a Constituição vigente. O que tem o nome de golpe de Estado. Longe vá o agoiro...

Eça de Queiroz colocou uma alternativa no modo de usar a Carta Constitucional: entre ser ela lugar onde procurar um argumento (crê-se que meramente retórico), ou objeto sobre que poisar o charuto (espécie de cinzeiro)⁸. Do que se deve tratar é de ultrapassar esse dilema, entre Cila e Caríbdis. É possível um uso prudente, inteligente, útil e legal da Constituição. Procurando, aliás, o seu máximo efeito concreto (ou efetividade). É o grande e mais consensual programa político-jurídico possível, aliás. Muito para além da Constituição como uma múmia de museu que se invoca e louva sem fé, ou um bode expiatório a que se erige um texto que nunca se leu sequer, mas que tem impacto iconoclasta para políticas de rutura⁹.

E para começar bem este plano, é preciso sensibilizar as novas gerações para a Constituição e a sua defesa, ensinando-a nas escolas, desde os primeiros anos. Primeiro, de forma simples e no seu geral, e indo depois aumentando a complexidade e a tecnicidade dos ensinamentos. Deixar o Direito Constitucional como saber apenas de Faculdades de Direito, e quiçá (na sua maior complexidade, ao menos) apenas de algumas Faculdades de Direito¹⁰, é privar o cidadão comum não apenas de um instrumento essencial da sua liberdade, como de um direito que lhe assiste na sua cidadania. Conhecer a Constituição é já meio caminho andado para defender. Porque será necessária uma particular *forma mentis* e um certo tipo particular de (in)sensibilidade para, conhecendo verdadeiramente uma Constituição cidadã não aderir, ao menos em linhas gerais, ao seu projeto. Talvez por isso a alguns quadrantes e perspetivas possa agradar o desconhecimento da Constituição formal, escrita, pelo Povo. Há, contudo, uma profunda identificação, ao que cremos entre a essência das constituições cidadãs (a constituição material) e as aspirações das nossas sociedades, ressaltadas apenas margens já aprisionadas por propaganda populista. Uma coisa é sempre a genuinidade popular sem interferências de *marketing* político, outra coisa são as pessoas já formatadas pela sua circunstância social.

Recebido para publicação em 15-12-21; aceito em 21-12-21

⁸ QUEIROZ, Eça de — *Uma Campanha Alegre*, vol. I, Cap. XII. fonte: http://pt.wikisource.org/wiki/Uma_Campanha_Alegre/I/XII.

⁹ Para mais desenvolvimentos, cf. especialmente os nossos os nossos livros *Constituição & Política. Poder Constituinte, Constituição Material e Cultura Constitucional*, Lisboa, Quid Juris, 2012; *O Contrato Constitucional*, Lisboa, Quid Juris, 2014; *Direitos Fundamentais. Fundamentos e Direitos Sociais*, Lisboa, Quid Juris, 2014; *Vontade de Justiça. Direito Constitucional Fundamentado*, Coimbra, Almedina, 2021.

¹⁰ Recordando, *cum grano salis*, e *mutatis mutandis*, algumas reflexões (a outro propósito) in SOUSA SANTOS, Boaventura de — *Surge Bestia*, "Revista Crítica de Ciências Sociais", Coimbra, n.º 31, março 1991.