

A pessoa, o político e o cientista em direito constitucional

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

Resumo: Há uma confusão, sobretudo mediática, entre as diversas qualidades em que um constitucionalista pode falar: a título pessoal, como político ou manifestando a sua opinião política, e apenas tecnicamente, como constitucionalista *tout court*. Embora, como é óbvio, estas categorias não sejam estanques. O jornalista precisa de ter conhecimentos de Direito constitucional para poder desconstruir um discurso pessoal metamorfoseado de discurso técnico.

Palavras chave: Constituição, Direito Constitucional, Constitucionalista, Política como vocação, Ciência como vocação, Jornalismo, Educação jurídica, Max Weber, Luis Alberto Warat, Paulo Bonavides.

Abstract: There is some confusion, especially in media, among the various qualities in which a constitutionalist can speak: personally, as a politician or expressing his political opinion, and only technically, as a constitutionalist *tout court*. Although, of course, these categories are not always separated. A journalist needs to have knowledge of constitutional law in order to deconstruct: finding eventual personal or political ideas disguised under a technical discourse.

Keywords: Constitution, Constitutional Law, Politics as a Vocation, Science as a Vocation, Journalism, Legal Education, Max Weber, Luis Alberto Warat, Paulo Bonavides.

“Denn praktisch-politische Stellungnahme und wissenschaftliche Analyse politischer Gebilde und Parteistellung ist zweierlei. Wenn man in einer Volksversammlung über Demokratie spricht, so macht man aus seiner persönlichen Stellungnahme kein Hehl: gerade das: deutlich erkennbar Partei zu nehmen, ist da die verdammte Pflicht und Schuldigkeit. Die Worte, die man braucht, sind dann nicht Mittel wissenschaftlicher Analyse, sondern politischen Werbens um die Stellungnahme der Anderen. Sie sind nicht Pflugscharen zur Lockerung des Erdreiches des kontemplativen Denkens, sondern Schwerter gegen die Gegner: Kampfmittel.” Max Weber — *Wissenschaft als Beruf*, alocução na Universidade de Munique, em 1918.

“Ainda agora a crise das Constituições continua sendo nesses países a crise da substituição, cada vez mais acentuada, do modelo impossível de uma espécie de constitucionalismo jurídico por outro de constitucionalismo político.” Paulo Bonavides — *Curso de Direito Constitucional*, 24.^a ed., São Paulo, Malheiros, 2009, p. 40.

I

Os Dois Corpos (ou as Duas Almas) da Constituição¹

1. A Dupla Essência do Constitucional

Parece não se encontrar suficientemente generalizado na nossa cultura constitucional o entendimento rigoroso da dupla essência do Direito Constitucional. Como nas

¹ Recordando KANTOROWICZ, Ernst — *The Kings two bodies. A Study in Mediaeval Political Theology* [1.^a ed. 1957], trad. fr. de Jean Philippe Genet e Nicole Genet, *Les Deux Corps du Roi. Essai sur la Théologie Politique au Moyen Âge*, Paris, Paris. Galimard, 1989.

velhíssimas querelas teológicas sobre a natureza de Cristo, há os que se inclinam mais para a divindade, e outros mais para a humanidade. Ou seja, há os que, dizendo-o ou não, disso se apercebendo ou não, propendem a considerá-lo sobretudo como Direito, e os que, em idênticas condições, se inclinam para o conceber antes de mais como Política. O problema é que esta inclinação é, as mais das vezes, decerto, inconsciente.

Ora o Direito Constitucional – nunca será demasiado sublinhá-lo - tem uma dupla essência: jurídica e política. É, como temos dito noutras ocasiões, o látego racionalizador e ordenador da juridicidade a impor-se (dentro de certos limites de *natura rerum* – porque senão a fera poderia revoltar-se e libertar-se definitivamente) ao animal selvagem, belo animal aliás, da política. Assim, o seu objecto último é a política, são matérias políticas, mas vistas de tal forma sob o prisma da juridicidade que ganham uma segunda natureza (e um novo objecto) que é a do político feito Direito. Sempre considerámos muito feliz (até porque sintética) a expressão, em nós com muita voga, que diz ser o Direito Constitucional o “estatuto jurídico do político”. Fica assim explicada a dupla essência nos seus traços mais gerais. As duas palavras estão na “definição”, ou “descrição”, ou “noção” referida.

Tal não impede, é certo, que de tempos a tempos, venham juristas querer “despolitizar” a área², pretendendo (idealisticamente, decerto) que uma jurisdição constitucional, para mais com juízes em parte dependentes de eleição parlamentar (como ocorre em Portugal), seria um desprestígio e uma politização, e que tudo se tonraria muito mais rigoroso se as matérias em causas fossem decididas por um tribunal comum superior. Esse sim, pretensamente devoto apenas do culto da mais estrita e rigorosa juridicidade.

Se de facto se verificasse uma gritante partidarização das nomeações, uma clamorosa falta de nível científico e técnico dos juízes dos tribunais constitucionais e cortes afins, um sectarismo mecânico de correia de transmissão nas decisões, o que não parece que ocorra nos países onde este sistema impera (e muitos são), ainda assim seria de ponderar primeiro se não se deveriam antes mudar as regras das indigitações, antes de considerar as extinções desses órgãos especializados, endossando as suas competências a juízes de carreira sem mais.

É que os políticos ou juízes com mais propensão política terão, é certo, uma certa sensibilidade, mas os juízes de carreira sem mais também terão (outra) sensibilidade, e não apolítica. A questão, hoje, para ser bem avaliada, requereria um trabalho não apenas de sociologia do direito, como ainda de psicologia jurídica, pelo estudo diferencial das decisões consoante perfis, a contruir segundo raízes sociais, percursos e comportamentos dos diferentes juízes. Mais um desses trabalhos importantes para decisões de fundo que, contudo, muitos consideram “perfumaria”, ou seja, matéria não sólida, não importante, mas volátil e meramente decorativa.

² O sonho de alguns seria mesmo o fim do Direito Constitucional. Mesmo nos estudos jurídicos universitários a cadeira desapareceria, por vontade de alguns. Há mesmo na Alemanha uma tradicional oposição, com conotações políticas, entre o Direito do Estado, *Staatsrecht*, e o Direito Constitucional, *Verfassungsrecht*. Sendo este último, naturalmente, o progressista. V., v.g., JACOBSON, Arthur J. / SCHLINK, Bernhard (eds.) — *Weimar. A Jurisprudence of Crisis*, trad. Belinda Cooper *et al.*, Berkeley, University of California Press, 2000. Mas nestas matérias a subtileza é normalmente maior, e trata-se, em geral, apenas de subalternizar esta área, designadamente pelo crescimento de outras. Além do mais, o Direito Constitucional é matéria perigosa, nos dias que correm, por ter uma conotação dominante (pluralista, mas em geral confluyente) ao arripio dos proverbiais conservadorismo ou tradicionalismo dos juristas. Ao ponto de um constitucionalista, hoje, para conseguir ser claramente retrógrado, dever provavelmente fazer como os três macacos sábios do santuário Toshogu: não ver a doutrina actual (*mizaru*), não ouvir a jurisprudência de hoje (*kikazaru*), e em nenhuma delas falar (*iwazaru*).

De modo simétrico, de tempos a tempos também vêm à liça alguns políticos criticando as decisões dos tribunais constitucionais, e, por elas lhes não agradarem em concreto, agitam bandeira idêntica a favor da extinção.

E ainda de novo políticos, uma vez por outra, esquecendo por completo os preceitos constitucionais, vêm propor revisões constitucionais (outras vezes referendos sobre matérias constitucionais – muito ao gosto da vontade de ruptura) em total contravenção das normas estabelecidas para tal processo. Pensando (ou pressupondo) que a liberdade do poder constituinte derivado (*hoc sensu*) é ilimitada, e que, potencialmente, qualquer coisa se poderia colocar ou retirar dos presentes textos constitucionais, pelo mundo fora.

Por estes poucos exemplos, mas significativos, já se vê que a incompreensão de alguns juristas e de alguns políticos sobre o fenómeno constitucional é um facto. Alguns dirão que não será incompreensão, mas apenas desrespeito pelas regras do jogo. Se assim fosse seria uma outra forma de incompreensão, não cognitiva, mas volitiva, o que redundaria no mesmo, ou em pior.

2. *Hibridismo Constitucional, Mediatismo e Deontologia*

Este carácter híbrido do constitucional, da realidade constitucional, que pode ser apreciada em vários níveis, não é de molde a facilitar as coisas ao próprio pesquisador nestas matérias, que não raro sente as angústias da objectividade em ciências sociais (por exemplo admiravelmente dilucidadas por um Gunnar Myrdal, economista sueco particularmente conhecedor de Filosofia e de Direito³), mas acrescidas. Acrescidas desde logo pelo facto de que o Direito, qualquer ramo do Direito, é já um tipo específico, *sui generis*, de ciência social: é uma ciência social normativa. Não apenas descreve o que é (não só diz o *sein*) como prescreve o que deve ser (afirma, indica o *sollen*). E o que “pode ser”... O que dá uma dimensão de esperança e utopia também.

E sendo o constitucional híbrido de direito e política, como vimos, as primeiras angústias remeter-nos-ão, no plano do rigor epistémico, mas também deontológico, para a dicotomia que já Max Weber encarou como *Politik als Beruf* e *Wissenschaft als Beruf*⁴. Uma coisa é, em qualquer constitucionalista, a vocação e o trabalho científico, outra coisa é, quiçá por vezes até no inconsciente ou na latência dessa vocação ou desse trabalho, a vocação e o labor (quantas vezes a própria experiência pessoal vivida nesse terreno) político.

A comunicação social também nem sempre ajuda quando consulta os constitucionalistas (e temos disso pessoal experiência). Não se distingue, muitas vezes, o que deles se pretende: se uma opinião científica, técnica, sobre o *quid juris*, o *sein* do Direito Constitucional positivo, posto, vigente, se, pelo contrário, uma posição pessoal (ainda que se presuma que especialmente informada pelo seu conhecimento científico, mas ainda assim uma mera opinião pessoal) sobre o como deve ser, ou como deveria ser, determinada solução para um problema (remetendo assim para o *sollen*, o *quid jus*).

³ MYRDAL, Gunnar — *A Objectividade nas Ciências Sociais*, trad. port., Lisboa Assírio & Alvim, 1976. Prova desse conhecimento jurídico, até no que de mais profundo há no Direito é, v.g., Idem — *The Political Element in the Development of Economic Theory*, Londres, Routledge & Kegan Paul, trad. port. de José Auto, *Aspectos Políticos da Teoria Económica*, Rio de Janeiro, Zahar, 1962.

⁴ WEBER, Max — *O Político e o Cientista*, 2.^a ed. port. com introdução de Herbert Marcuse e trad. port. de Carlos Grifo, Lisboa, Presença, 1973.

Claro que não há em Direito *clear cases*⁵. O brocardo segundo qual as coisas claras não se deveriam interpretar (*in claris non fit interpretatio*) é um contra-senso: pois só depois de feita a interpretação se chegaria – eventualmente – à conclusão dessa clareza. Mas todos teremos uma ideia de que uma coisa é questionar um especialista sobre a sua interpretação de como se resolve um problema (ainda que a interpretação possa ser obtusa e muito criativa, embora sempre de acordo com os métodos hermenêuticos consentidos e com referência às normas vigentes), e outra coisa, muito diferente, é questioná-lo sobre como deveria ser a norma constitucional sobre o assunto, ou algo que esteja no plano não do ser que é agora, e como tal tem de ser interpretado, mas do ser que possa vir a ser um dia, e que, portanto, não pode interferir razoavelmente na interpretação do ser actual e em vigor.

Por outro lado, obviamente, já se está a dar de barato que possa haver interpretações ainda possíveis no espectro da legalidade e da possibilidade hermenêutica consentida mais favoráveis a esta ou mais favoráveis àquela ideologia ou força política. É não só legítimo como é natural, e certamente invencível e inafastável, que cada constitucionalista (como cada jurista, nos seus pareceres, e doutrina em geral), longe de pretender uma assepcia de eunuco teórico (alguém falou já em “castidade metódica”⁶), manifeste as suas convicções na sua forma de interpretar. Não distorcendo *pro domo*, não inventando justificações mirabolantes para operar quadraturas de círculo, mas dentro dos limites do razoável, é natural e até é manifestação de saudável pluralismo interpretativo, só útil ao julgador, que se manifestem colorações tendendo mais para este ou aquele lado, revelando o génio, o talento e a idiosincrasia dos concretos opinadores avaliados. Mau seria se a doutrina fosse copiada a papel químico.

Por isso se reconhece que, mesmo numa opinião simples e directa em aparência, possa haver muita diferença, ou ao menos alguma diferença de pontos de vista que possam surpreender o desprevenido jornalista que cuidava que entrevistando um único constitucionalista (certamente o mais à mão) teria o seu problema resolvido. Normalmente não terá. Não há casos simples, como dissemos. Como não há, desde que se levantem as questões com acuidade mediática, normalmente não há respostas unívocas.

Mas importa delimitar as águas. E os constitucionalistas devem ser os primeiros a fazer epistemologica e deontologicamente essa separação. É em grande medida o mediatismo, nas suas diversas modalidades, que tem induzido ou pode induzir a uma confusão de quem fala, pela voz de cada um. Mediatismo é, em grande medida, teatralidade, depurada, adaptada, desenvolvida. Ora no domínio dramático há rigorosos estudos para saber quem realmente fala pela voz das diversas personagens de uma peça⁷. E quem, no fundo (e esse quem pode ser plural), é porta-voz do próprio autor-dramaturgo.

Há na presente questão um problema mais agudo que no teatro: é que aqui a mesma pessoa, falando ou por escrito, não se apresenta normalmente com diversos chapéus de várias personagens, mas temos de concordar que, por vezes num mesmo discurso, pode estar a fazer vários papéis, como se representasse por vários actores.

Dividiríamos por isso os tipos de *responsa* destes jurisconsultos em afinal três géneros. Que podem andar confundidos, e que o mediatismo pode até desejar

⁵ HOVEN, Paul Van Den — *Clear Cases: Do they Exist?*, in “Revue Internationale de Sémiotique Juridique / International Journal for the Semiotics of Law”, Vol. III, n.º 7, 1990, pp. 55-63.

⁶ VIEIRA DE ANDRADE, José Carlos — *Grupos de Interesse, pluralismo e unidade política*, suplemento do “Boletim da Faculdade de Direito”, Universidade de Coimbra, vol. XX, Coimbra, 1973, p. 3.

⁷ Cf., v.g., FAGUÉT, Émile — *L’art de lire*, trad. port. de Adriana Lisboa, *A Arte de Ler*, Rio de Janeiro, Casa da Palavra, 2009, p. 57 ss.

confundir, mas que ganham (e – quase - todos com isso) em ser separados com clareza: a resposta pessoal, a resposta política e a resposta científica.

II

Três Face(ta)s do Constitucionalista

Omne trinum est perfectum

1. Posição meramente pessoal.

Exemplo do Estatuto da Procuradoria-Geral da República

A propósito de várias propostas avançadas ou em latência (algumas não foram formalizadas, nem o poderiam ser, por falta de “protagonista” parlamentar) de revisão constitucional na polémica portuguesa sobre a questão no ano de 2010-2011, devemos começar por fazer a nossa própria declaração pessoal e reconheceríamos que o que se nos ofereceria dizer a tal propósito seria muito diverso, conforme os casos. Ou seja: houve projectos e projectos de revisão. Mas não é nossa intenção entrar por esse pormenor da questão mais geral. Contudo, sirva-nos a polémica de mera ilustração, e ainda nos contornos que assumiu na sua fase preliminar...

Desde logo, por exemplo, quanto aos poderes do Procurador-Geral da República ouviram-se algumas vezes no sentido de alteração do seu estatuto constitucional.

Os poderes do Procurador-Geral da República, eis (independentemente de serem muitos ou poucos, hoje) uma questão que é *abstractamente* passível de revisão constitucional.

Como e quando? Se for oportuna, se os estudos sobre a matéria e as avaliações políticas forem razoavelmente consensuais a esse propósito.

E porquê? Fundamentalmente porque, desde que tais eventuais mudanças constitucionais não firam a separação e equilíbrio dos poderes e o Estado de Direito (e o demais da letra e do espírito da Constituição, mas estes serão quiçá os mais convocáveis, no caso), são admissíveis. Nada na Constituição o proíbe. Como também é admissível que se não toque no clausulado actual.

Esta a posição jurídica, que nos parece poder e dever ser defendida por qualquer jurista, independentemente da sua perspectiva pessoal e política sobre o assunto. Não poderia um hipotético constitucionalista A, cremos, sendo contrário à mudança do estatuto, vir dizer que ela seria inconstitucional; nem um suposto constitucionalista B, sendo a ela favorável, poderia, pelo contrário, arguir a imposição de rever, por hipótese, “normas constitucionais inconstitucionais”⁸ presentes no actual enquadramento legal a tal matéria relativo..

⁸ Recordando e certamente reelaborando um BACHOF, Otto — *Normas Constitucionais Inconstitucionais?*, trad. portuguesa de J. M. Cardoso da Costa, Atlantida, Coimbra, 1977.

Mas pode acontecer que um jurista e mesmo um constitucionalista (a que chamaremos então C) páre pelas considerações meramente jurídicas e constitucionais. E este é um possível exemplo dessa auto-limitação deontológica para que apontamos. No plano político, pode haver quem não tenha ainda opinião formada, por lhe faltar, por exemplo, informação e estudos específicos (ou o seu conhecimento) que lhe permitissem uma identificação sem dúvidas com um certo modelo de Procuradoria Geral da República a politicamente defender. Trata-se de um assunto sem dúvida político, mas com muitos pressupostos técnicos e fácticos. Até históricos e comparatísticos de vulto: como tem funcionado a instituição? Como funciona noutros países?

Isto até, sem embargo de, no plano pessoal, mais passional, e nosso caso hipotético, como dissemos, menos informado, o referido jurista e mesmo constitucionalista C poder até eventualmente ter uma posição, ou um esboço dela, uma impressão sobre o assunto. Essa posição é por vezes fruto de uma mera intuição, favorável ou desfavorável a isto ou àquilo, mas, se não for informada, temos de reconhecer que vale pouco. Está ao nível do alvitre de uma conversa de café entre leigos. E não é isso que se exige do *munus* público de um especialista.

Assim, cremos que, neste caso, ele a deveria em absoluto calar, porquanto, precisamente porque no plano político carece de dados, é natural que no plano pessoal eles também façam falta, e que a posição pessoal que esboçasse (mesmo que a declarasse não perfeita nem completa), seria ainda prematura.

Além disso, a responsabilidade especial de um constitucionalista comprime-lhe justamente a liberdade de emitir juízos pessoais. Não é que o não possa fazer de modo algum, mas deve ponderar bem em que medida eles não podem ter efeitos alargados (e quiçá nocivos), à custa da reputação técnica, e não pelo seu valor em si.

Se o constitucionalista C tivesse uma posição pessoal clara e absolutamente sem vacilações, fundada em dados, naturalmente também teria uma posição política desenvolvida sobre o assunto. Ora, nesse caso, partindo do princípio que elas não se imiscuiriam (o que seria grave) na posição jurídica, técnica, científica, ainda assim se deveriam calar?

Nesse caso, cremos que não. Mas com explicitação clara de em que veste falaria o constitucionalista C. Poderia então C dizer assim: “No plano técnico, tanto é possível rever como não rever. No plano político, pessoalmente, creio que a melhor solução seria esta ou aquela, por estas e aquelas razões”.

Mas não há, então, três planos? Neste caso, quando se tem uma opinião pessoal já bem firmada, é natural que ela se confunda, cremos, com a opinião política. A posição política decorrerá da pessoal, mas mais elaborada, com argumentos justificativos não tão emotivos.

A política, e especificamente até a ideologia é, frequentemente, uma reelaboração de estados de alma bem simples, por vezes: trata-se de uma racionalização. A menos que a política seja também demagógica, apelando apenas para o sentimento, etc.

A tripartição ocorrerá, fundamentalmente, parece-nos, quando haja uma intuição pessoal sem um enquadramento político sólido. No fundo, quando um sentimento ou um alvitre não consegue, por vezes por freio da inteligência, outras vezes por cuidado da consciência (este, um freio ético) traduzir-se em argumentos pretensamente universais. Porque a proposta política, em geral, carece dessa racionalização e universalização. Alguém propõe alguma coisa na pressuposição de

que o faz para o bem comum (ou para uma sociedade justa)⁹, e que a sua perspectiva pode ser acolhida por todas as pessoas “de boa vontade” e de mediana inteligência...

Um constitucionalista não deverá calar, sempre, senão com razões deontológicas fortes que só ele saberá em cada caso bem avaliar, a sua opinião política. Sobretudo quando ela não for apenas uma mera repercussão, mais ou menos racionalizada, de uma simples opinião subjectiva, pessoal. E em princípio não o deverá ser, como decorre do exposto.

E a razão parece-nos múltipla: por um lado, essa declaração, embora política e não jurídica, pode precisamente iluminar a posição jurídica, no plano técnico. Mas mais ainda: ela pode pôr de prevenção (justa prevenção) o público contra a possibilidade de, de boa ou má fé, o constitucionalista fazer passar como inócuas tecnicamente soluções que decorrem de uma interpretação empenhada.

É claro que esta solução poderá introduzir um elemento de suspeita, e, obviamente, na perspectiva legitimadora, dir-se-á que enfraquece a *mise-en-scènes* do discurso constitucionalista. Porém, a sacralização constitucional não nos parece dever advir da intocabilidade dos constitucionalistas, elevados por pedestal, pompa e circunstância, mas pela bondade intrínseca da Constituição e o acerto das interpretações que aqueles dela façam. E assim mais humanizada ficaria a função.

2. Tentativa de enunciação de um critério deontológico geral

Talvez esse seja o grande critério: um constitucionalista deve dizer o que cientificamente acha (mesmo que na sua ciência haja uma componente de arte e criatividade, e um lastro ideológico que têm já dimensão pessoal e política, mas não subsistem como tais sem o filtro dos instrumentos científicos), não deverá senão excepcionalíssimamente dizer o que é mera opinião pessoal (a menos que seja caso passado, histórico, ou que fale não como constitucionalista, mas como comentador político, observador, historiador... e sobretudo como memorialista), e deverá ou não juntar à opinião científica a opinião política consoante ela seja suficientemente independente da mera predilecção pessoal.

Até por uma razão de ajuda à interpretação e ao pesar do valor da opinião científica (embora só de modo lateral e ancilar): da mesma forma que nos seus manuais alguns autores já começam a afirmar explicitamente as suas filiações ideológicas. Assim todos ficam cientes de que, embora as *responso* científicas sejam científicas, e não possam deixar de o ser, elas são dadas não por um marciano sem interesses no jogo político terráqueo, mas antes por alguém que, situado no xadrez ideológico, com as suas preferências, com as suas inspirações, com as suas raízes, se eleva delas e faz ciência – com a objectividade possível, que é sempre, sabemo-lo hoje, uma objectividade situada.

Obviamente que seria de muito mau tom vir a dizer a um desses autores que confessam as suas filiações ideológicas que as opiniões que emitam no plano científico são meras consequências pedestres ou mecânicas transposições de uma

⁹ ENDRES, Josef — *Gemeinwohl heute*, Innsbruck, Tyrolia, 1989; KOSLOWSKI, Peter (coord.) — *Das Gemeinwohl zwischen Universalismus und Particularismus*, colecção “Collegium Philosophicum”, vol. 3., Stuttgart / Bad Cannstatt, Frommann-Holzboog, 1999; LATOUR, Sophie Guérard — *La Société Juste. Égalité et Différence*, trad. port., *A Sociedade Justa, Igualdade e Diferença*, Porto, Porto Editora, 2003; TALE, Camilo — *Lecciones de Filosofía del Derecho*, Córdoba, Argentina, Alveroni, 1995, pp. 245- 291.

cartilha política. Não pode ser assim, sob pena de não haver ciência digna desse nome. Embora a bata branca da Ciência esteja longe de ser realmente branca.

3. Posição Política. Exemplo do Instituto do Referendo

Voltando aos problemas das revisões constitucionais, para ilustração do nosso presente tema. Por exemplo, o referendo. De quando em vez, invoca-se a necessidade de referendar isto ou aquilo, a própria Constituição até. Há quem acredite que o referendo seria a mais lídima das formas de democracia. E nós também acreditamos um dia nesse canto de sereia... Mas cremos ter estado errado. Pelo menos, se pensarmos no actual contexto.

Neste caso, pensamos pessoalmente que se deveria repensar as experiências nacionais e internacionais referendárias, logo que oportuno. E neste caso temos uma opinião pessoal que já encontrou formulação política ao que cremos suficientemente sólida para poder ser expressa. Além disso, cremos que é nosso dever também científico não calar essa posição política, para a qual contribuíram, por um lado observações empíricas (e até militância pessoal a favor de referendo), e, por outro, pesquisas teóricas e comparatísticas. Ou seja, é também por uma questão científica que consideramos um dever não calar a nossa posição pessoal, em tudo já racionalizada e enformada politicamente.

Ora ela é contrária aos referendos nacionais, e em geral a referendos a todos os temas que possam comportar clivagens civilizacionais, ideológicas, etc. Fundamentalmente (e resumindo muito) porque (encurtando muitas razões) há matérias de grande relevância que não podem ser decididas pelo voto cego de “sim” ou “não” de maiorias até *contra natura* (como aconteceu nos referendos francês e holandês ao tratado constitucional europeu da convenção europeia) porque as campanhas referendárias são inevitavelmente demagógicas e extremistas, e porque há casos de direitos fundamentais que são específicos de minorias, e colocar maiorias a votar sobre eles é uma forma de tirania ou ditadura da maioria.

Arriscamos aqui uma opinião pessoal: Um referendo, pelo menos no presente estágio actual de desenvolvimento sócio-mental de vários países, nunca daria direitos a minorias, a menos que elas fossem (e normalmente não são) muito simpáticas aos olhos das maiorias, e não é certo que não votasse favoravelmente a pena de morte, após uma campanha demagógica que colocasse o País sob o espectro do crime. Ora num caso seriam eventualmente direitos contra-majoritários a estar em causa, e no outro um dos pilares fundamentais da Constituição a ser violado, o direito à vida, mesmo a do criminoso mais desalmado.

Meditemos nesta passagem de Ricardo Giuliani Neto, que nos parece pessimista, mas que bem pode funcionar como alerta:

“O problema é que uma sociedade perguntada sobre temas tipo ditadura x democracia, sufraga a ditadura, quando perguntada sobre pena de morte, oferece índices de 85% à execução dos presos; questionada sobre maioridade penal, pede que crianças e adolescentes sejam levados para a cadeia, não pode querer outra coisa que não prisões sumárias, advogados afastados dos seus clientes e, muito menos, pode esta sociedade querer um Estado democrático entupido daquelas garantias (...) Esta sociedade quer um Estado

Policial capaz de oferecer-lhe o sangue transbordante das páginas de jornal, onde podem, daí, tirar prazeres mínimos para suportarem a dureza do dia a dia, convenhamos, cada vez mais cruel.”¹⁰

A alternativa para salvar a honra dos referendo, nos tempos que correm (muito permeáveis à demagogia) é fazer referendos sobre bagatelas ou até matérias técnicas... como muitas vezes se faz na Suíça...

A sociedade brasileira, no dizer do jurista citado, afinal desejaria um Estado policial. Mas é uma sociedade muito mais aberta que a nossa (desde logo, não teve inquisição, apenas visitantes eventuais: e uma inquisição, como depois uma PIDE, política política de Salazar, têm um preço que se repercute por várias gerações). Sob o impacto da crise, há sociedades que já começam a perigar transformar-se: ávidas, afinal, de bodes expiatórios. Começam a aparecer sinais de alarme na Europa: racismo, xenofobia, homofobia, anti-semitismo, anti-parlamento, anti-“classe política”, até anti-democracia e “saudosismo” reaccionário... do que não se conheceu.

Mas independentemente de considerações mais localizadas, no tempo e no espaço, julgamos que a grande crítica (se mantidos, claro os pressupostos de desenvolvimento escasso de cidadania), continua a ser a de Bernard Shaw:

“But the assemblies of agitators and petitioners must not be legislators. Such plausible pseudo-democratic devices as the legislative Initiative and Referendum, wick offer Mr. And Mrs. Everyman a direct immediate power to bind and lose, must be ruled out, because even when they know exactly what they want they do not know to get it, just as they may want a motor car, but cannot make the blue print wick the engineer must have before he can construct one of them. Legislation must be by the ‘quality’, not by the mob.”¹¹

4. *A Posição Científica que pode confundir-se com Política e Pessoal. Exemplo dos Direitos Sociais e Estado Social*

O caso mais complexo talvez seja ainda um outro. O da posição científica que pode confundir-se com a posição política e pessoal. Claro que a confusão poderá ser sobretudo ditada por falta de cultura constitucional por parte do observador. Mas admitimos que alguém de boa fé o pudesse cogitar ainda.

Do que se trata é de haver uma posição tomada no rigor da ciência e da técnica jurídica, que se possa, pelo seu conteúdo, confundir com uma posição meramente pessoal ou política do constitucionalista que a emite.

No nosso caso pessoal, a situação mais vertente – continuando o exercício de introspecção que se nos afigura mais útil e elucidativo, no caso – de uma possível revisão constitucional que atacasse o cerne de direitos sociais, pondo em causa, *ipso*

¹⁰ GIULIANI NETO, Ricardo — *Pedaços de Reflexão Pública. Andanças pelo torto do Direito e da Política*, Porto Alegre, Verbo Jurídico, 2009, p. 60.

¹¹ SHAW, Bernard — *Everybody's Political What's What*, Londres, Constable & C. Ltd., 1944, p. 30.

facto, o Estado social¹² (e já nem se fala no retardar ou estancar do caminho para o socialismo do Preâmbulo), seria, a nosso ver, não politicamente criticável (não seria essa a prioridade da crítica no plano constitucional), nem tão pouco pessoalmente considerável como errada ou indesejável, mas primacialmente e liminarmente *inconstitucional*, de plena técnica jurídica.

Confrontado com uma proposta de revisão constitucional de cunho claramente desvirtuador do programa constitucional (compromissório, mas claramente social), que viesse revolucionar a sociedade, o direito e a política numa via ideologicamente carregada de neoliberalismo, a atitude *científica* do constitucionalista, mesmo do que seja a título pessoal, supostamente, neoliberal, terá que ser a de proclamar a sua inconstitucionalidade. Aqui cremos que não pode haver nenhuma confusão entre os desejos políticos e a ética profissional do constitucionalista.

Se a Constituição fosse outra, outra poderia ser a interpretação. Mas não se pode ler nela o contrário dela. Essa regra hermenêutica é prescrita pelo próprio Código Civil... numa matéria que é, materialmente, constitucional.

É certo que não há, no limite, uma hermenêutica neutra. Mas mesmo uma hermenêutica ultrapassada, formalista, normativista, tem que ler, precisamente, o que está na Constituição. Coisa diversa, pois, é comparar as hermenêuticas do jurista liberal e do jurista social. Como afirma Paulo Bonavides:

“A hermenêutica de um pouco ou nada serve à do outro, pois o direito no Estado liberal dos normativistas, via de regra, se lê e se interpreta segundo os cânones de Savigny; já o direito no Estado social requer o alargamento e a renovação de todo o instrumental interpretativo, fazendo nessa esfera a revolução dos métodos para a boa compreensão da ordem normativa”¹³.

¹² V. mais desenvolvimentos in FERREIRA DA CUNHA, Paulo — *Direito Constitucional Geral*, p. 252 ss.; Idem — *Geografia Constitucional. Sistemas Juspolíticos e Globalização*, Lisboa, Quid Juris, 2009, p. 55 ss.; CASALTA NABAIS, José — *Algumas Reflexões Críticas sobre os Direitos Fundamentais*, Separata do volume comemorativo “Ab Uno ad Omnes – 75 anos da Coimbra Editora”, s.d., máx. p. 268 ss., designadamente para novas designações de *Estado ausente*, *Estado ubíquo*, e *Estado “salamizado”*, além das mais clássicas. Um dos mais antigos livros a considerar ostentando tal título será decerto SALAVILLE, J. B. — *L’Homme et la société, ou nouvelle théorie de la nature humaine et de l’Etat social*, Paris, Carteret, (1803), que se pode encontrar entr nós na Biblioteca Nacional. Cf. ainda, em geral, de entre inumeráveis, sobre a matéria e temáticas conexas, v.g., ACKERMAN, Bruce — *Social Justice in the Liberal State*, trad. cast. e introdução de Carlos Rosenkrantz, *La Justicia Social en el Estado Liberal*, Madrid, Centro de Estudios Constitucionales, 1993; BATHOLOMEW, James — *The Welfare State We’re In*, Politico’s, 2004; Conselho Pontifício «Justiça e Paz» — *Compêndio da Doutrina Social da Igreja*, ed. port., Cascais, Principia, 2005; CATARINO, J. R. — *Redistribuição Tributária, Estado Social e Escolha Individual*, Coimbra, Almedina, 2008; EWALD, François — *L’Etat providence* Paris, Grasset, 1986; FISCHBACH, Franck — *Manifeste pour une philosophie sociale*, Paris, La Découverte, 2009; OLIVAS, Enrique (org.) — *Problemas de legitimación en el Estado social*, Madrid, Trotta, 1991; PAREJO, Luciano — *Estado Social y Administración Pública*, Madrid, Civitas, 1983; PÉRILLEUX, Thomas / CULTIAUX, John — *Destins politiques de la souffrance. Intervention sociale, justice, travail*, Toulouse, Erès, 2009; RAMAUX, Christophe — *L’Etat social: une révolution qui n’a pas sa théorie*, Actes de l’université d’été, ed. Mille et une nuits, 2004; ROSANVALLON, Pierre — *La Crise de l’Etat providence*, Paris, Seuil, 1981; ROSAS, João Cardoso — *Justiça Social e Igualdade de Oportunidades*, in “Diacrítica”, n.º 17/2 – 2003 – *A Europa Em Questão. Questões Sobre a Justiça*, Universidade do Minho – Centro de Estudos Humanísticos, 2003; TITMUSS, R. M. Mais recentemente, LOUREIRO, João Carlos — *Adeus ao Estado Social*, Coimbra, Wolters Kluwer / Coimbra Editora, Novembro de 2010.

¹³ BONAVIDES, Paulo — *Do Estado Liberal ao Estado Social*, 7.ª ed., 2.ª tiragem, São Paulo, Malheiros Editores, 2004, p. 19.

Mas isto é já na actividade hermenêutica dos juristas, de uma e de outra banda. Não o simples reconhecimento de qual a hermenêutica implícita na escolha ou no programa constitucional (Estado liberal ou Estado social). Ora, temos de convir que o método liberal, positivista e legalista, é mais simples, mais limitado, e desresponsabilizador do jurista, que se escuda no literalismo. Daí que, por comodidade intelectual e deontológica, muitos o sigam, sem mesmo aderirem ao ideário ideológico do liberalismo, ou, hoje, do neoliberalismo. Mas, é claro, levando água ao seu moinho.

Mas voltemos ao nosso ponto.

O facto de em certas questões poder coincidir a predilecção pessoal, a crença política e o preceituado constitucionalmente pode, para um constitucionalista, ser um fado tão ingrato quanto o seu contrário. Mas são ossos do ofício com que terá que arrostar.

A Constituição continua a prever referendos nacionais sem que gostemos pessoalmente deles. Não vamos inventar uma construção obtusa para limitar ou banir por via interpretativa a sua realização. A sede própria para fazer valer a nossa opinião é sobretudo a política. Por razões científicas não podemos calar as deficiências do referendo na expressão da vontade popular, independentemente deste ou daquele em concreto, neste ou naquele país. Mas não vamos dizer que, por uma magia qualquer – quiçá por materialidade constitucional ou normas constitucionais inconstitucionais, que sabemos nós! – o referendo, de um momento para o outro, se viesse a metamorfosear de constitucional que é, em inconstitucional que seria... Não se pode forçar os limites da razoabilidade interpretativa.

5. Separar as Águas. Aprender Direito. Desconstruir

Há assim, pois, que separar as águas. E, por exemplo, perguntar sempre aos jornalistas que nos entrevistam em que veste nos querem ouvir. E mais: procurar explicar em cada momento em que veste falamos. O problema é que cada vez mais se pretende o mero *sound byte*. E qualquer preâmbulo é ouvido com enfado, ou não ouvido. E nem só por jornalistas. Mesmo na Academia a tentação do *quick and dirty* (mesmo em teses) é muito grande, segundo nos dizem...

Já é enorme o poder daqueles que, quais áugures, são chamados a interpretar em público ou a ajudar a essa interpretação por parte das pessoas da comunicação social. A que propósito a esse poder de interpretar se juntaria, *normalmente e sem limites*, o poder de emitir as suas opiniões íntimas, mesmo que nem sequer amadurecidas? E o perguntar à queima-roupa pode mesmo propiciar respostas menos pensadas, se se não for treinado e muito prudente.

Seria um extra-poder intolerável e uma mordomia aristocrática sem sentido na nossa república permitir que opiniões e até estados de alma pudessem ser regra de vida colectiva, pelo poder da doutrina falante, ou respondente.

O mesmo não se diga, insista-se, se alguém com formação jurídica, e particularmente constitucional, decidir usar o chapéu de político (abandonando ou suspendendo a borla vermelha do direito). Aí a política só teria a ganhar, porque certamente a opinião política daí adveniente será mais fundada pelo conhecimento advindo do Direito Constitucional.

Há, é certo, como decorre de tudo o que foi dito, um problema retórico de base: a credibilidade constitucional é maior que a política, e esta maior que a pessoal. Por isso, é do interesse da pessoa e do político (que na deontologia não atentem) doirar a sua opinião com o peso da *auctoritas* jurídica e constitucional. Cumprirá então aos jornalistas desmontar as confusões, conhecendo, eles também, algum Direito, e algum Direito Constitucional em especial.

Não esqueçamos que, como disse o saudoso Luis Alberto Warat “(...) a instância predominante hoje do campo retórico do Direito em sentido estrito é o constitucional”¹⁴.

Recebido para publicação em 22-12-10; aceito em 15-01-11

¹⁴ 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.