

Valores e Virtudes no Aprofundamento do Estado de Direito - uma Perspectiva Luso-Brasileira¹

(recebido para publica33o em 20-12-08; aceito em 5-01-09)

Paulo Ferreira da Cunha
Catedr3tico da Universidade do Porto
lusofilias@gmail.com

Resumo: Estado de Direito 3 um conceito banalizado pela comunica33o social de massas. Este artigo pretende recordar alguns aspectos essenciais da teoria geral do Estado de Direito, desde que o conceito de *Rechtsstaat* foi cunhado, nos prim3rdios do s3c. XIX, na Alemanha, comparando ainda alguns aspectos do Estado de Direito nas constitui33es brasileira e portuguesa. Sobretudo sublinha a import3ncia da 3tica republicana de virtudes e valores para salvar o Estado de Direito da trivializa33o que o confina a uma mera express3o para decorar discursos.

Palavras-Chave: Estado de Direito – Direito Constitucional – Princ3pios de Direito Constitucional – 3tica Republicana – Valores – Virtudes

Abstract: Rule of law is a concept banalized by media. This article reminds some main aspects of the general theory of rule of law, since the concept of *Rechtsstaat* was created in the beginnings of the XIXth century, in Germany, and compares some aspects of rule of law in Brazilian and Portuguese constitutions. It specially underlines the importance of Republican ethics of political virtues and values to save rule of law from the triviality of a mere expression to decorate speeches.

Keywords: Rule of Law – Constitutional Law – Constitutional Law Principles – Republican ethics – Values - Virtues

I. Caracteriza33o do Estado de Direito

1. O Estado de Direito e o n3o Estado de n3o Direito

Fala-se muito em Estado de Direito, como se fosse um adquirido desde sempre, e confunde-se abundantemente com pluralismo, democracia, rep3blica e outros conceitos, na verdade pr3ximos, mas a que se n3o reconduz pura e simplesmente.

Por outro lado, tamb3m se tem a sensa33o de que, em grande medida, acaba por ser, sobretudo na comunica33o social, uma express3o *passerpartout*, que significa tudo e nada. Mais nada que tudo.

Nas nossas sociedades macro-democr3ticas, mas nem sempre - na verdade cada vez menos, por nossa culpa colectiva - , dotadas de “democracia civil”, tem-se a

¹ Texto em que se baseou a nossa Confer3ncia hom3nima na UNIFAI, Centro Universit3rio Assun33o, S3o Paulo, em 16 de Janeiro de 2009, tendo como pano de fundo trabalhos anteriores, designadamente trechos dos nossos *Direito Constitucional Anotado*, Lisboa, Quid Juris, 2008, *Fundamentos da Rep3blica e dos Direitos Fundamentais*, Belo Horizonte, Forum, 2008, e *Filosofia Jur3dica Pr3tica*, Lisboa, Quid Juris, 2009. Aqui se publica tamb3m para mem3ria desse evento, para n3s t3o grato, pelo magnifico acolhimento das autoridades acad3micas e do p3blico.

sensação que se está a caminhar, muitas vezes, mais para um “Estado de torto” que para um “Estado de Direito”.

Mas não parece esse um totalmente correcto diagnóstico. Senão, vejamos:

Seria possível conceber um verdadeiro, próprio, cabal, conseqüente “Estado de não Direito, ou Estado de anti-Direito” numa sociedade de base democrática e pluralista? Não nos parece. O que sucede é que o Estado de Direito, na sua pureza, é uma meta utópica (não impossível, mas difícil, e sempre mais distante: um ideal). Daí que nos nossos estados normais, correntes, o que mais temos é uma espécie de “Estado de meio Direito” (como no Brasil se vai dizendo que algo é “meio proibido” – o que é uma manifestação linguística de profundíssima sabedoria e conhecimento do *law in action*)...

Do mesmo modo se diga do Estado anti-virtude ou do Estado anti-valor. Não seriam concebíveis em si mesmos como situações político-jurídicas reais. Maurice Duverger fala das necessárias faces de Jano do Estado. E há sempre uma face mais simpática... Tem de haver². Pelo menos o Estado sempre tem de providenciar (por si ou por outros) a recolha do lixo, por mais totalitário que seja...

Não há, pois, Estados democráticos intrinsecamente anti-valor ou anti-virtude. E pode discutir-se se mesmo estados não democráticos não terão de, ao menos hipocritamente, afectar alguma virtude e adesão e respeito por valores. Cremos que sim.

O Estado real, efectivo, mesmo quando perverso, parece ser, como se diz do diabo, perverso imitador. Aquele, imitador de Deus. Este, imitador do verdadeiro Estado de Direito.

2. Ponto de Mira e Bases Histórico-Conceituais

Vamos tentar precisar o que é o Estado de Direito³, para de seguida propor o seu aprofundamento através da sua densificação valorativa, e, finalmente, invocaremos brevemente a necessidade de tais valores terem uma vivência e um protagonismo pessoais, por agentes de Estado de Direito que devem ser todos os cidadãos, pelo exercício da ética republicana ou constitucional, que é aquela que aponta para a prática das virtudes políticas do Estado de Direito democrático.

Como é sabido, Estado de Direito é conceito de cunho alemão (*Rechtsstaat*), e nem sequer muito antigo: dever-se-ia a Welker, e teria a data de 1813. Opunha-se, então, ao puro despotismo e à teocracia: o que leva a que nele se pudessem incluir um conjunto vasto de situações ditas “de direito”⁴.

Não tem muito interesse prático a questão da possibilidade de um Estado anti-democrático ou não-democrático de Direito. Poderia, no limite, haver um Estado de legalidade, mas somos relutante à aceitação de um vero Estado de Direito (à luz da modulação que o conceito foi tendo) numa situação que negasse ou pretensamente ignorasse a Democracia.

² DUVERGER, Maurice — *Introduction à la politique*, Paris, Gallimard, 1963, trad. port. de Mário Delgado, *Introdução à Política*, ed. esp., Lisboa, Estúdios Cor, 1977 ; Idem — *Janus, les deux faces de l'Occident*, Paris, Gallimard, 1962.

³ Sobre o tema, sinteticamente, GOMES CANOTILHO, José Joaquim Gomes — *Estado de Direito*, Lisboa, Fundação Mário Soares/Gradiva, 1999.

⁴ Cf. FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves — *Estado de Direito e Constituição*, 3.^a ed., São Paulo, Saraiva, 2005, máx. p. 5 ss.; GOMES CANOTILHO, José Joaquim — *Estado de Direito*, Lisboa, Fundação Mário Soares / Gradiva, 1999. Cf. ainda GALVÃO DE SOUSA, José Pedro — **Direito Natural, Direito Positivo e Estado de Direito**, São Paulo, ed. Revista dos Tribunais, 1977.

De qualquer forma, historicamente, é uma categoria a considerar⁵... Carl Schmitt é quem mais alarga as possibilidades do conceito de Estado de Direito, afirmando que ele pode encontrar-se em todas as formas de Estado e todas as acepções do termo Direito. Num pólo de algum modo oposto, estará um Forsthoff, limitando o Estado de Direito e requisitos meramente formais. Recorde-se ainda a ligação de Estado de Direito e liberalismo (liberalismo nascente, ainda não verdadeiramente democrático), além dos estados totalitários e autoritários (desde logo fascista e nazi) para quem alguns teóricos reclamaram também o rótulo de Estado de Direito. E, evidentemente, o pensamento kelseniano, que não contribui, pelo menos a uma primeira leitura, para clarificar a distinção entre Estado e Direito.

Há indícios sociológico-jurídicos de que estaremos perante um Estado de Direito (mas agora um Estado de Direito democrático) quando algumas entidades jurídicas começam a andar de par, a mutuamente se convocar, e a aparecer frequentemente numa dada sociedade política. Esses indícios parece poderem ser hoje sintetizados em alguns tópicos.

3. Império do Direito

Desde logo, o Estado de Direito é Estado *de Direito*. Avulta, pois, como primeiro tópico, a Juridicidade. O Estado de Direito é *império do Direito*. No mundo anglo-saxónico, *law's empire*⁶. E a expressão técnica para “Estado de Direito” é mesmo *rule of law*. Em que a vida civil (não a intimidade e a zona livre do Direito⁷, protegidas pelo Direito tanto quanto quanto mais são deixadas em paz, e protegidas de invasões abusivas) está impregnada de juridicidade. Em que os meios de acesso à Justiça são garantidos. Em que se toma ou leva o Direito a sério. Não apenas tomando os direitos a sério⁸, mas o próprio Direito, *tout court*.

4. Estado Constitucional

Mas a juridicidade do Estado de Direito não é um tópico meramente jurista. A juridicidade de que se trata no Estado de Direito é juridicidade porejada de intenções e determinações constitucionais. É para o grande modelo do Estado Constitucional que a própria juridicidade do Estado de Direito remete.

Os Estados brasileiro e português identificam-se com o arquétipo de um Estado constitucional. A Constitucionalidade impregna toda a fisionomia do Estado, os seus órgãos, poderes, funções, actos. E todo o Direito está eivado de constitucionalidade (não confundir, porém, “anti-constitucionalidade” com inconstitucionalidade: e há particularidades de país para país, mesmo “conceituais”, nesta matéria).

A supremacia da Constituição é uma realidade e dela se têm de tirar as devidas consequências. Apesar das críticas dos “sistemistas”, que também consideram uma sociedade “sem centro”... Apesar das críticas dos cristalizados em juridicidades particulares, parcelares, e que hoje estão, quer se queira quer não, subordinadas às grandes decisões do Direito Constitucional: quer às dos tribunais constitucionais, quer

⁵ Cf. uma síntese do tema in SILVA, José Afonso — *Curso de Direito Constitucional Positivo*, 29.ª ed., São Paulo, Malheiros, Junho de 2007, p. 112 ss.

⁶ DWORKIN, Ronald — *Law's Empire*, Belknap, Cambridge, Mass., 1986.

⁷ Sobre os limites do Direito, cf. sempre SOARES, Rogério Ehrhardt — *Interesse Público, Legalidade e Mérito*, Coimbra, Atlântida, 1959, p. 4 ss.; ALLOTT, Antony — *The Limits of Law*, London, Butterworths, 1980.

⁸ DWORKIN, Ronald — *Taking Rights seriously*, London, Duckworth, 1977.

às dos Paramentos e governos, que legislam. Como conceber um Direito imune a esses agentes constitucionais?

Mas o que é ser constitucional, em sentido moderno? Recordemos que o art. 16.º da Declaração francesa dos Direitos do Homem e do Cidadão (francesa, mas feita para a Humanidade, como recorda Boutmy⁹) proclama como requisitos explícitos da existência de uma Constituição os dois outros elementos (além da legalidade) do conceito liberal de Estado de Direito: a separação de poderes, e a garantia dos direitos¹⁰. E iremos ver de seguida que, na concepção democrática moderna, continuam estes dois a ser requisitos fundamentais.

5. O Estado de Direito é Antropodikeu ou Jushumanista. Triunfo dos Direitos Fundamentais e Humanos

Um dos traços mais marcantes do Direito de hoje, em Estados de Direito democrático, é a apoteose dos Direitos Fundamentais e Humanos. Ao menos no plano dos princípios, das leis, das sentenças. Não quer dizer que, na prática, sejam uma realidade, porque nenhum direito é uma realidade totalmente vivida. Quiçá se o fosse não existiria nem como ciência ou arte, nem como instituição judicatória e punitiva. O certo é que, apesar de muito haver ainda a fazer na adequação das mentalidades e das atitudes à civilização, à eticidade, à civilidade, pelo menos teoricamente, e sobretudo no Ocidente (mas não só... felizmente), há uma adesão, ao menos sentimental, de largas massas a essa nova forma de Direito, os Direitos Fundamentais, e sobretudo na veste, muito mediatizada, e neste caso ainda bem, dos Direitos Humanos.

A positivação da fundamentalidade, do carácter *sine qua non* dos Direitos do Homem (e da separação dos poderes) já seria de esperar nas constituições de hoje.

A Constituição portuguesa não podia fugir à regra da sua consagração. E fá-lo não só de forma muito generosa e lata, reconhecendo uma enorme panóplia de direitos fundamentais, como ainda consagrando uma ponte para outros direitos, quer *infra*-quer, de algum modo, *supra*-constitucionais.

O art. 16.º, nos seus n.ºs 1 e 2, aponta para todas essas possibilidades.

Por um lado, os direitos fundamentais consagrados na Constituição não excluem quaisquer outros constantes das leis e das regras aplicáveis de direito internacional (art. 16.º, 1). Que acabam, assim, por ser consideradas materialmente constitucionais.

Acresce que os preceitos constitucionais e legais relativos aos direitos fundamentais devem ser interpretados e integrados de acordo com a Declaração Universal dos Direitos do Homem (art. 16.º 2). O que confere a este diploma, ao menos nesta sede, uma transcendência constitucional assinalável.

Além disso, pode considerar-se que esta abertura jushumanista da Constituição portuguesa é manifestação do *Oberbegriff* “dignidade da pessoa humana”, ou mesmo que inclui em si mesma um (sub)princípio homónimo.

Os direitos fundamentais na Constituição brasileira são, até, para alguns, excessivos (o art. 5.º, que está longe de os esgotar, já tem um tamanho assustador para alguns), e em certos casos detalhistas: como quiçá no art. 11.º (obrigatoriedade de eleição de representante dos trabalhadores em empresas com mais de 200 empre-

⁹ BOUTMY, Émile — *La Déclaration des droits de l'Homme et M. Jellinek*, in *Études Politiques*, Paris, 1907, pp. 139 -140, *apud* BONAVIDES, Paulo — *Curso de Direito Constitucional*, 17.ª edição, São Paulo, Malheiros Editores, 2005, p. 562.

¹⁰ Cf., v.g., SILVA, José Afonso — *Curso de Direito Constitucional Positivo*, pp. 112-113.

gados), ou o muito comentado inciso 3 do art. 192.º, sobre limite da taxa de juro, revogado, porém, pela Emenda Constitucional 40, de 29.5.2003. E certamente em alguns aspectos ainda vigentes da organização económica e financeira (art. 170.º ss.)

Quando comparamos, porém, qualquer das Constituições, nos seus direitos sociais, sobretudo, com as práticas reiteradas em muitas situações (por exemplo laborais) ficamos com ideia abissalmente contrária à dos que lamentam a precisão e a extensão no capítulo dos direitos.

6. O Estado de Direito proscree a concentração do poder, pela aplicação do princípio da Separação dos Poderes

Apesar de nos tempos que correm as crises e as ineficiências, públicas e privadas (ou o seu pretexto), terem inclinado e convertido muitos (sobretudo poderosos) às pretensas vantagens, ditas eficientistas, de lideranças unipessoais e indiscutíveis (o que aliás acompanha as campanhas mediáticas e até de forças políticas contra as assembleias, o decidir em conjunto, e, desde logo, contra os Parlamentos), ainda há quem acredite que da discussão leal e inteligente pode nascer a luz, e que o poder absoluto, a qualquer nível, corrompe absolutamente – quer que o exerce, quer quem o sofre... Se nos tempos oitocentistas a separação dos poderes era sobretudo uma questão de distribuição do poder por várias classes sociais e grupos a ele pretendentes (o que Montesquieu bem advertiu e, para a época, excelentemente resolveu), hoje a questão é muito mais vasta, e – se tal pudesse conceber-se – ainda mais actual.

Assim como os direitos, a separação dos poderes é um dos princípios mais sagrados (e míticos) do constitucionalismo moderno. O facto de ser mítico em nada lhe retira força normativa. Pelo contrário.

A Constituição da República Federativa do Brasil assume, na prática, o princípio da separação dos poderes, logo no seu art. 2.º.

A Constituição da República Portuguesa também consagra o princípio, e aplica-o em vários momentos (v.g. arts. 2.º, 111.º).

Mas o princípio deveria ser uma inspiração e uma obrigatoriedade para toda a organização do poder. *A qualquer nível*. Nisso a Constituição brasileira, com mais pormenor regulando os diversos níveis federais, parece ir mais longe na aplicação prática. Contudo, o princípio é ainda mais vasto, e onde quer que haja poder poderia pensar-se na forma de o dividir para impedir o abuso do poder. É uma questão de mentalidade, de que ainda nos deveremos aproximar, pela pedagogia cívica.

7. O Estado de Direito proscree a concentração do poder, pelo Princípio da Subsidiariedade

O Estado brasileiro é uma República Federativa. Por isso, nele, o princípio federal é a forma por que vive o princípio da subsidiariedade. A Federação deve assentar no municipalismo e nos municípios. Já dizia o grande municipalista Henriques Nogueira: “O que é um município, comuna ou concelho, senão uma federação de lugares, ligados, pela proximidade e igualdade de interesses, usos e costumes... O que é um povo senão uma federação de municípios, ligados pela identidade de raça e de língua...”¹¹

¹¹ NOGUEIRA, Henriques — *Estudos sobre a Reforma em Portugal*, p. 284, *apud* BRAGA, Teófilo — *História das Ideias Republicanas em Portugal*, Lisboa, Vega, 1983 – p. 69.

Não cabe aqui o estudo da complexa malha de poderes e atribuições dos diversos entes públicos brasileiros¹². Apenas a verificação que, no Brasil, vigora, naturalmente, o princípio da subsidiariedade, com suas especificidades.

Por exemplo, são eloquentes (até na forma de redacção) os arts. 34.º a 36.º sobre os requisitos de intervenção dos níveis mais altos da Federação nos níveis mais baixos. E conclui o referido Autor que nunca, numa federação, se alçou tão alto o município, bem perto do *pouvoir municipal* almejado nos sécs. XVIII e XIX¹³.

Em Portugal, as diversas instâncias de poder regional (art. 225.º ss.), e os níveis de poder local (art. 235.º ss.), desde a freguesia (art. 244.º ss.), ao município (art. 249.º ss.), às futuras (esperemos) regiões administrativas (art. 255.º ss.) são outros tantos patamares em que o global se deve articular com o local. Mas não se deve pensar que a democracia local é menor ou menos exigente relativamente aos outros níveis e instâncias. Como são de saudar esses autarcas de horas vagas que, praticamente não remunerados (ganham apenas uma magra ajuda de custo quando há reuniões de assembleias) cuidam com carinho e empenho da coisa pública das suas terras. Esse é um bom indício de democracia civil. A contrastar com as suspeitas e acusações que impendem sobre tantos autarcas que do serviço público fazem profissão. Face aos quais não julgamos, claro, mas apenas verificamos as repetidas suspeitas, desde logo na comunicação social.

8. Garantias Contra o Estado e os Poderes. Direitos e Liberdades

Democracia não é tirânico poder de uma maioria, quantas vezes fruto de confluência de várias minorias, e quantas vezes fugaz. Democracia em Estado de Direito é também respeito dos direitos das minorias, mesmo que essas minorias sejam, no limite, unipessoais. Cada cidadão tem direitos, liberdades, e tem de ter garantias. O cidadão não é, não pode ser, como diria o malgrado jusfilósofo português João Baptista Machado, “cão de pescoço pelado”. Tem dignidade, e essa dignidade é transponível na cidadania. A cidadania é reivindicação atempada e certa, sem demagogia, mas é também, e muito, cada vez mais, participação e co-responsabilização na coisa pública.

Apesar de não nos apaziguar tecnicamente, bem parece ter andado a Constituição portuguesa ao agrupar sistematicamente os direitos, as liberdades e as garantias e a Constituição brasileira junta os direitos e garantias fundamentais (art. 5.º ss.).

Direitos, liberdades e garantias são todos garantias, são todos liberdades e são todos direitos, no que aproveite ao cidadão. O rigor filosófico-teórico-metodológico da classificação não se deve pôr em causa, mas sempre se deverá entender que prevalece o juízo concreto a favor do cidadão e da sua protecção, independente de se estar perante direito, liberdade, ou garantia. Voltando ao problema da distinção entre direitos e figuras constitucionais afins, e partindo da bipartição na Constituição brasileira, há uma aproximação a considerar, de Marcelo Galante:

“Direito não é sinónimo de garantia, embora muitos dispositivos agreguem ambos em seu conteúdo. O direito declara, certifica a existência de uma prerrogativa ao indivíduo que muitas vezes é ilegal e abusivamente violada. Para garantir a efectividade do direito e a sua protecção contra actos arbitrários, existe a garantia, que assegura ao indivíduo a plenitude do direito já declarado.

¹² Cf., v.g., MENEZES DE ALMEIDA, Fernanda Dias — *Competências na Constituição de 1988*, 3.ª, São Paulo, Atlas, 2005, máx. p. 31 ss.

¹³ *Ibidem*, p. 347.

Portanto o direito declara uma prerrogativa e a garantia assegura a efectividade de um direito”¹⁴.

A nossa sensibilidade linguístico-conceitual não se identificaria muito com expressão “prerrogativa”. Mas tem de reconhecer-se que é realmente difícil encontrar uma forma de definir sem usar o definido – o que quebraria as boas regras aristotélicas da lógica. Mais conforme com tal sensibilidade (até por usar uma espécie de “grau zero” da definição, usando conceitos simples e elementares, com o mínimo possível de elementos jurídicos: fugindo assim ao erro de definir com o definido, ou próximo) se nos afigura estar a aproximação de José Afonso da Silva, que assim resume a sua abordagem ao problema:

“(…) em suma, que os direitos são bens e vantagens conferidos pela norma, enquanto as garantias são meios destinados a fazer valer esses direitos, são instrumentos pelos quais se asseguram o exercício e o gozo daqueles bens e vantagens”¹⁵.

Contudo, a dificuldade das definições e das distinções definitórias contrastantes, como é o caso, é sempre evidente. No caso desta última síntese do problema, não concordamos é que os direitos (pelo menos todos os direitos) sejam conferidos pela norma. Para nós, a norma, pelo menos em relação aos grandes direitos, não os confere, o que equivaleria a criá-los, mas reconhece-os. Eles já existem, já pertencem a quem ela os reconhece.

O mesmo Autor parece dar-se na verdade devida conta do reparo que agora avançamos, porquanto louva (e actualiza) a perspectiva do clássico publicista brasileiro Ruy Barbosa, o qual aparentemente ao menos se funda nessa diferença de reconhecer direitos e de os assegurar. Assim se exprime este último jurista:

“as disposições meramente *declaratórias*, que são as que imprimem existência legal aos direitos reconhecidos, e as disposições *assecuratórias*, que são as que, em defesa dos direitos, limitam o poder. Aquelas instituem *direitos*; estas, as *garantias*; ocorrendo não raro juntar-se, na mesma disposição constitucional, ou legal, a fixação da garantia, com a declaração do direito”¹⁶.

José Afonso da Silva estabelece, para a Constituição brasileira, uma tabela que faz corresponder rigorosamente os direitos às garantias, não deixando de considerar direitos não explícitos mas pressupostos pelas explícitas garantias¹⁷.

9. O Estado de Direito é Pessoa de Bem

O primeiro princípio do Estado face à sociedade (dita também “sociedade civil”) é o ser uma pessoa de bem. Ao ser Estado de Direito ele compromete-se a agir juridicamente, e, nomeadamente, a cumprir as suas obrigações, quer quando age com as suas vestes públicas, em contratos administrativos ou nas relações com os seus funcionários, por exemplo, como quando pratica actos em paridade de circunstâncias com os cidadãos comuns. O Estado é, assim, não só responsável como qualquer

¹⁴ GALANTE, Marcelo — *Direito Constitucional*, 4.^a ed., São Paulo, Barros, Fischer & Associados, Maio de 2007, pp. 47-48.

¹⁵ SILVA, José Afonso — *Curso de Direito Constitucional Positivo*, p. 412.

¹⁶ BARBOSA, Ruy — *República: Teoria e Prática*, p. 124, *apud ibidem*, p. 413.

¹⁷ SILVA, José Afonso — *Curso de Direito Constitucional Positivo*, 29.^a ed., p. 414 ss.

pessoa, como acrescidamente responsável, na medida em que tem de ser pedra de toque e garante geral (simbólico, mas efectivo) da credibilidade geral do fluir jurídico. E tem de justificar com a sua responsabilidade (e a disponibilidade nomeadamente para indenizar em tempo útil e pelo montante justo) o seu monopólio da coacção.

II. Princípios do Estado de Direito

1. Estado Democrático de Direito / Estado de Direito democrático

Como é reconhecido por José Afonso da Silva¹⁸, as fórmulas brasileira e portuguesa para expressar o problema, com as precisões que lhes são dadas nos dois textos, acabam por ser equivalentes, desenvolvendo-se em princípios idênticos.

Com efeito, não contrapomos a Constituição brasileira à portuguesa quanto às formulações a propósito do “Estado de Direito”. Se lermos o Preâmbulo da Constituição portuguesa, onde o conceito de “Estado de Direito democrático” primeiro surgiu, mercê de vicissitudes políticas complexas (decorrentes, sobretudo, da limitação militar do poder constituinte na Assembleia Constituinte), veremos que o sintagma está grafado de forma a que o adjectivo “democrático” se refere aos dois elementos precedentes, e não apenas ao último. “Estado” e “Direito” encontram-se juntos, e começando por maiúsculas, enquanto democrático vem depois, e em minúsculas. É verdade que a Constituição do Brasil, no seu Preâmbulo, cita, isolado, o “Estado Democrático” (grafando ambas as palavras com maiúscula inicial) e depois, no seu art. 1.º afirma que a República Federativa se constitui em “Estado Democrático de Direito” – com todas as três palavras começando por maiúsculas.

A nosso ver, trata-se apenas de duas focalizações diversas para um resultado rigorosamente igual, que melhor se entenderá, para o caso português, pela análise dos debates na Constituinte. Em todo o caso, em ambas as situações não é nunca o Direito que se está a qualificar, mas o Estado.

“Estado de Direito democrático” não é senão um Estado de Direito com as tintas da democracia. E começa por ser, antes de mais, um Estado de Direito o que se pretende sublinhar: contra um Estado de não Direito, contra a arbitrariedade, ou mesmo, apenas, contra a simples “revolução”. Não é o Direito que, nele, é democrático. O que seja um “Direito democrático” é até coisa problemática, porque, desde logo, quem aplica o Direito, os juízes, não são (nem cremos que devam ser) eleitos democraticamente. “Direito democrático” não se nos afigura conceito com estabilidade doutrinal segura. Pode ser um *slogan*, mas não tem, que se saiba, consistência porque não se lhe conhece conteúdo estável concreto, nem curso corrente na doutrina e na jurisprudência¹⁹.

As duas palavras com maiúscula na tríade pelo contrário indiciam que o adjectivo, em minúscula, se aplica a ambas as precedentes, as quais, aliás, formam um sintagma já, com consistência doutrinal autónoma: “Estado de Direito”. Toda a gente, no mundo do Direito Público, mais ou menos sabe o que é Estado de Direito. Já o que seja “Direito democrático”, para mais inserido numa frase em que a palavra “Estado” que fica privada de adjectivo, não tem grande sentido interpretativo. E o Código Civil português manda, nas suas regras hermenêuticas, que o intérprete acolha o melhor

¹⁸ SILVA, José Afonso — *Curso de Direito Constitucional Positivo*, p. 119.

¹⁹ Sobre alguma celeuma na relação entre Direito e Democracia, cf., v.g., STAMATO, Bianca — *Jurisdição Constitucional*, Rio de Janeiro, Lumen Juris, 2005, máx. p. 166 ss.

sentido “as soluções mais acertadas”, presumindo que o legislador bem se exprimiu (art. 9.º, 3).

Mas, como que para dissipar dúvidas, aquando da 1.ª revisão constitucional, de 1982, que acabou por introduzir o “Estado de Direito democrático” no corpo da Constituição, o legislador constituinte português foi mais longe e colocou apenas “Estado” com maiúscula, dando a entender claramente que mesmo “direito” (e naturalmente, também “democrático”) tinha funções qualificativas do Estado.

Em ambos os casos é a junção da juridicidade e da democracia que qualificam o Estado, aproveitando o lastro histórico destes conceitos, que também são conceitos combatentes²⁰.

2. Princípios de Legalidade da Sociedade Política e da Ordem Jurídica

De entre os princípios da legalidade da *pólis* ou da República, avultam, em Portugal, o da Prevalência ou primado (ou “império”, *à la* Dworkin) da Lei – art. 112.º, v. máx. 7 (regulamentos); o da Reserva da Lei – art.164.º (reserva absoluta), art. 165.º (reserva relativa); e o princípio da Legalidade da Administração (vinculando seus órgãos e agentes) – art. 266.º, 2.

Contudo, se estes arrimos são ainda de grande utilidade contra o arbítrio, numa primeira abordagem (e se prescindir deles seria introduzir, hoje, o caos), a verdade é que a doutrina tem evoluído, e algumas destas estrelas doutrinárias / legais começam a perder o seu brilho no firmamento constitucional. O problema é que, pela distância, ainda há muitos observadores que crêem vivas estrelas mortas. Pense-se, para o Direito brasileiro, na re-elaboração administrativo-constitucional empreendida por Gustavo Binbenbojm²¹, que obriga a repensar muitos destes conceitos.

Apesar de todas as revisões que deverão prudentemente emprender-se, não se deverá esquecer, contudo, que o princípio da legalidade se encontra expresso logo no art. 5.º II da Constituição brasileira, de uma forma directa, e não teórica ou abstracta: “ninguém será obrigado a fazer ou deixar de fazer alguma coisa senão em virtude de lei”.

E mais especificamente a vinculação da Administração à mais estrita legalidade aparece no texto constitucional no art. 37.º, sem margem para dúvidas – até pelo facto de a legalidade vir associadas a outros critérios que ainda a vinculam mais, sendo ela o ponto de partida e a barreira de protecção mínima:

Artigo 37

A administração pública direta, indirecta ou fundacional, de qualquer dos Poderes da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios obedecerá aos princípios de legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade e, também, ao seguinte: (...)

Permitimo-nos, *brevitatis causa*, não citar os incisos seguintes, que são abundantes.

Também a categoria da reserva de lei, com toda a sua complexidade teórica, aflora na Constituição brasileira, quando, por exemplo, no art. 220.º, § 4.º, ou no art. 153.º, parágrafo 1.º. Mas o caso mais flagrante de reserva, na perspectiva orgânica (inter-orgânica), é o das previsões do art. 68.º, §1.º:

²⁰ GOMES CANOTILHO, J. J. / MOREIRA, Vital — *CRP. Constituição da República Portuguesa. Anotada, artigos 1.º a 107.º*, 4.ª ed. revista, Coimbra, Coimbra Editora, 2007, p. 202 ss.

²¹ BINENBOJM, Gustavo — *Uma Teoria do Direito Administrativo. Direitos Fundamentais, Democracia e Constitucionalização*, Rio de Janeiro / São Paulo / Recife, Renovar, 2006, p. 137 ss.

Artigo 68

As leis delegadas serão elaboradas pelo Presidente da República, que deverá solicitar a delegação ao Congresso Nacional.

§1º Não serão objeto de delegação os atos de competência exclusiva do Congresso Nacional, os de competência privativa da Câmara dos Deputados ou do Senado Federal, a matéria reservada à lei complementar, nem a legislação sobre:

I - organização do Poder Judiciário e do Ministério Público, a carreira e a garantia de seus membros;

II - nacionalidade, cidadania, direitos individuais, políticos e eleitorais;

III - planos plurianuais, diretrizes orçamentárias e orçamentos.

(...)

3. Princípios de Proporcionalidade (e proibição do excesso). Ponderação

A ideia de proporcionalidade no pensamento ético e ético-jurídico ocidental recua até raízes romanísticas, mas até à helénica *hybris*, desmesura, desproporção, contrária à justa medida, de que a tragédia grega nos dá exemplos de punição²².

Em sede de proporcionalidade / proibição do excesso, avultam, na Constituição portuguesa, o princípio da proporcionalidade *stricto sensu* – art. 18.º, 2; art.º 266.º, 2; o da necessidade ou exigibilidade; e o da adequação (dos meios ao fim em vista), ou da conformidade.

Não se esqueça, porém, que a moeda tem outra face: e assim temos ainda que considerar o princípio da proibição por defeito ou por insuficiência de protecção²³.

O Estado Democrático de Direito ou Estado de Direito democrático (como vimos, não parece útil nem razoável qualquer distinção) é um estado de ponderação. E à ideia de total domínio do interesse público parece dever substituir-se uma perspectiva do interesse público “bem entendido”, entendido de forma pluralista, desembocando num “Estado de ponderação”²⁴.

Seja como for, e sem prescindir, em atomismos particularistas, da função de garante geral de um “bem comum” público, o Estado constitucional não pode, de ciência certa, decretar, as mais das vezes, as soluções sem ouvir os interessados, sem ponderar os seus interesses conflitantes com o interesse geral, que representa. Mas não um interesse geral contra (ou necessariamente contra) os interesses particulares. Antes um interesse geral que, precisamente numa sociedade que também pretende a felicidade particular de cada um (o *pursuit of hapiness* da Declaração de Independência dos EUA) não obriga cada um à infelicidade ou à contrariedade em nome de uma abstracta felicidade (ou interesse público) generalizado. E para a consideração de todos estes problemas é mister muita ponderação de interesses...

E a proporcionalidade liga-se, naturalmente, à ponderação. Aquela, que havia nascido no âmbito da polícia, e da sua acção, acaba por invadir muito mais terrenos,

²² Sobre as origens histórico-filosóficas da proporcionalidade, GUERRA FILHO, Willis Santiago — *Noções Fundamentais sobre o Princípio Constitucional da Proporcionalidade*, in *Leituras Complementares de Constitucional. Direitos Fundamentais*, org. de Marcelo Novelino Camargo, 2.ª ed., Salvador, Podium, 2007, p. 88 ss.

²³ Cf., v.g., MENDES, Gilmar Ferreira / COELHO, Inocêncio Mártires / BRANCO, Paulo Gustavo Gonet — *Curso de Direito Constitucional*, São Paulo, Saraiva, 2007, p. 323.

²⁴ BINENBOJM, Gustavo — *Uma Teoria do Direito Administrativo. Direitos Fundamentais, Democracia e Constitucionalização*, p. 73 ss.

de algum modo se inserindo na ideia geral de ponderação: ponderação a vários níveis do Direito: desde a ponderação resultante de constituições compromissórias (como são, afinal, quer a brasileira, quer a portuguesa), a exigirem, por isso mesmo, um especial cuidado de leitura simultânea e ponderada de preceitos que os mais superficiais considerariam incompatíveis (v.g. em matéria de propriedade, quer numa quer noutra das constituições) quer a ponderação legal, ou administrativa. Como se sabe, a jurisprudência constitucional alemã é muito importante nesta visão ponderadora²⁵.

4. Princípios de Segurança Jurídica (Normativa) / protecção da confiança e promoção do efeito integrador constitucional

A segurança jurídica já foi elevada a máximo princípio jurídico, capaz até de coonestar a lei injusta, salvo em situações muito chocantes²⁶. Ora é de todo um outro tipo de segurança que se trata com o princípio de uma segurança normativa protectiva: trata-se de uma segurança justa, feita do princípio da previsibilidade e determinabilidade das normas – pois quantas vezes se ouve clamar: “é preciso saber-se em que lei se vive!”. Este princípio encontra-se visível na proibição do *non liquet* pelo art. 8.º, 1 e 2 do Código Civil português. Além disso, o clamar por segurança pode relacionar-se também com a decadência na qualidade legislativa e com o voluntarismo sem freio de alguns legisladores, colocando em causa, por exemplo, direitos adquiridos²⁷.

Apesar de haver ainda alguma incerteza (ou será timidez) na utilização do importante património (mesmo civilizacional) do instituto dos direitos adquiridos, no Brasil logo a Lei de Introdução ao Código Civil começa por dar arrimo ao intérprete /aplicador /concretizador, afirmando, no seu art. 6, § 2.º:

“Consideram-se adquiridos assim os direitos que o seu titular, ou alguém por ele, possa exercer, como aqueles cujo começo do exercício tenha termo prefixo, ou condição preestabelecida inalterável, a arbítrio de outrem.”

E a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal também tem reconhecido os direitos adquiridos em vários julgados seus. No *Curso de Direito Constitucional* de Gilmar Ferreira Mendes, Inocêncio Mártires Coelho e Paulo Gustavo Gonet Branco, o primeiro exemplo citado é o seguinte:

²⁵ Cf., por todos, ALEXY, Robert — *Constitucionalismo Discursivo*, trad. port. de Luís Afonso Heck, Porto Alegre, Livraria do Advogado Editora, 2007, máx. p. 105 ss.

²⁶ MOREIRA, José Carlos — *Lições de Direito Constitucional. De harmonia com as preleções feitas ao 1.º ano jurídico. Coligidas em 1957-1958 por Daniel Gonçalves, e revistas pelo Assistente da cadeira, Dr. Crucho de Almeida. Actualizadas no ano lectivo de 1959-1960*, Coimbra, policóp., 1959-1960, p. 6: “A lei injusta vale, salvo casos extremos, porque, ainda que deixe de servir a justiça, continua a servir o outro valor que compete ao direito realizar: a segurança, a paz na vida social de que ele é também garantia”.

²⁷ GARCÍA DE ENTERRÍA, Eduardo — *Justicia y Seguridad Jurídica en un Mundo de Leyes Desbocadas*, reimp., Madrid, Civitas, 2000; PÉREZ LUÑO, Antonio Enrique — *La Seguridad Jurídica*, 2.ª ed., Barcelona, Ariel, 1994; PALMA FERNÁNDEZ, José Luis — *La Seguridad Jurídica ante la Abundancia de Normas*, Madrid, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 1997. Coisa diferente, como é óbvio, é o problema jurídico do securitarismo. Por todos, cf. BOTTINO DO AMARAL, Thiago — *Direito de Segurança: Segurança do Estado versus Segurança do Cidadão*, in *Perspectivas da Teoria Constitucional Contemporânea*, coord. de José Ribas Vieira, Rio de Janeiro, Lumen Juris, 2007, p. 109 ss. (há outros estudos na mesma colectânea). Ver, finalmente, LACERDA, Belizário Antônio de — *Direito Adquirido*, Belo Horizonte, Del Rey, 1999; BARROSO, Luís Roberto — *Direito Adquirido, Emenda Constitucional, Democracia e Justiça Social*, in “Revista Brasileira de Direito Público”, Belo Horizonte, Editora Fórum, ano 3, n.º 9, Abril / Junho 2005, p. 9 ss.

“(…) a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal reconhece aos aposentados ‘direito adquirido aos proventos conforme a lei regente ao tempo da reunião dos requisitos da inatividade, ainda quando só requerida após a lei menos favorável’²⁸ .

A questão é complexa, e anda eivada de confusões. Quando, por exemplo, se afirma a inexistência de valimento de causa de direito adquirido em matérias de Direito Público, lembremo-nos de restringir: o que não procederia seria antes um direito adquirido contra interesse colectivo²⁹. Mas já vimos que o interesse colectivo, hoje, tem de aquilatar-se de forma inclusiva, sem a pretensão utópica de uma felicidade geral à custa das felicidades particulares. Implicando, pois, muita ponderação.

Paralela e confluentemente, vigora o princípio da Irretroactividade das normas: art. 18.º, 3; art. 29.º (no caso da lei penal); art. 103.º, 3 (especificamente para a irretroactividade em matéria fiscal).

A não-retroactividade implica um caso especial, até há algum tempo pouco frequente (porque a cultura jurídica era maior entre quem decidia): trata-se do princípio da não antecipação de norma futura (ainda não vigente, ainda que já elaborada ou até já aprovada) e da não desaplicação precoce da lei “ainda” vigente: proibição de as normas produzirem efeitos antes da sua vigência legal, correlativo do não esgotamento antes do tempo devido legalmente de uma norma, mesmo quando já haja lei nova, mas ainda não entrada em vigor. O caso pode também ocorrer quando uma lei nova, plenamente vigente, careça de regulamentação complementar. Sem ela, não se pode dar de barato toda uma estrutura institucional em funcionamento, sendo necessária a maior prudência. Tal precipitação, muito própria do efficientismo burocrático voluntarista (há também, no pólo oposto, um burocratismo quietista, para quem o lema é sempre *quieta non movere*) é grave atentado, também, à segurança e certeza do Direito.

Para o Direito Penal, como se sabe, há apenas possibilidade de retroactividade se for mais favorável ao visado. E um *fumus* de analogia se deverá entender, em geral, para outros ramos, apesar de haver quem insista em limitações ao princípio. Não resistimos a transcrever a doutrina neste formulação saborosíssima – e rigorosa:

“I

*É princípio incontestado
que o bom direito assegura:
pois nenhuma lei futura
alcança fato passado*

II

*Ninguém pode ser surpreendido
por lei nova, seja qual for,
já estando protegido
por uma lei anterior.*

²⁸ RE-AgRg 269.407, Rel. Carlos Velloso, DJ de 2-8-2002; RE 243.415, Rel. Sepúlveda Pertence, DJ de 11-2-2000: Súmulas/ STF 359, *apud* MENDES, Gilmar Ferreira / COELHO, Inocêncio Mártires / BRANCO, Paulo Gustavo Gonet — *Curso de Direito Constitucional*, p. 467.

²⁹ SILVA, José Afonso — *Curso de Direito Constitucional Positivo*, p. 435.

*O direito assim age
Para garantia nos dar,
Pois a lei só retroage
Para beneficiar*³⁰

Como se sabe, no Brasil, o princípio da irretroactividade da lei penal consta, além do Código Penal, art. 2.º, parágrafo único, antes de mais do art. 5. XL da Constituição brasileira: “a lei penal não retroagirá, salvo para beneficiar o réu”.

2.5. Princípios de Judicialidade e Garantia (garantia judiciária)

A garantia da via judiciária (art. 2.º da CRP,), ou, numa formulação doutrinal mais brasileira (mais ampla), o princípio da protecção judiciária ou da inafastabilidade do controlo jurisdicional (art. 5.º, XXXV, LIV e LV) são fundamentais e a grande defesa prática dos direitos.

Artigo 5

XXXV - a lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito;

LIV - ninguém será privado da liberdade ou de seus bens sem o devido processo legal;

LV - aos litigantes, em processo judicial ou administrativo, e aos acusados em geral são assegurados o contraditório e ampla defesa, com os meios e recursos a ela inerentes;

O recurso aos tribunais para defesa dos direitos, devendo sempre ser cidadamente encarada como último recurso na resolução dos conflitos (nas sociedades mais arcaicas ou tradicionais ainda nem sequer é considerado de bom tom pleitear: e lembremo-nos de *Les Plaideurs*, de Racine, como crítica desse novo-riquismo pleiteador moderno), é, contudo, uma via sempre em aberto, e como tal existe, em Portugal, uma imposição constitucional ao legislador no sentido de deixar aberta essa porta. Na falta de lei, sempre os tribunais ordinários civis serão competentes para a defesa dos direitos, pela sua competência tradicional residual, subsidiária. Embora a solução não seja a ideal, é, pelo menos, para já, a forma de não deixar sem tutela o que necessariamente tem que a ter.

Tais garantias resultam também do princípio da separação dos poderes: é função e poder próprio do judicial exercer essa vigilância, esse controlo, e existir como rede de segurança para os cidadãos. Sabendo que podem, no limite, recorrer a tribunal (que há um direito subjectivo de utilização da protecção jurídica pela via jurisdicional), não estando perante funcionários ou outros agentes do Estado cínicos (e um pouco temerários), que não tenham o recurso às togas, os cidadãos sentem-se e realmente encontram-se mais protegidos. A espada de Dâmocles da sentença judicial é forma de prevenção geral da ilegalidade – não só das manifestações do Estado.

Obviamente que, assim, os Direitos Humanos e Fundamentais são mais eficazes, e tanto mais eficazes quanto, na Constituição portuguesa, se garante a

³⁰ CUNHA LIMA, Ronaldo / CUNHA LIMA DE OLIVEIRA, Leonardo — *Princípios e Teorias Penais (Verbetes)*, Rio de Janeiro, Forense, 2006, pp. 26-27.

invocação directa e a imediata vinculatividade dos direitos, liberdades e garantias (art. 18.º, 1) e dos direitos fundamentais de natureza análoga (art. 17.º), quer para entidades públicas, quer privadas. Ficando assim reforçada uma espécie de pan-princípio ou mega-princípio da Constitucionalidade do Estado e da Sociedade.

Também a Constituição brasileira consagra a aplicação imediata das normas definidoras de direitos e garantias fundamentais (parágrafo 1.º do art. 5.º).

As garantias processuais e procedimentais são vitais para a concretização dos direitos, em última instância.

III. Valores e as Virtudes para o Estado de Direito Democrático

1. Conexões

O Princípio do Estado de Direito filia-se em algo de mais alto, que é o valor político da Liberdade. Não sem que se ligue ao da Igualdade (sobretudo na vertente da igualdade perante a lei) e ao da Justiça.

Esta tríade, presente na Constituição portuguesa de 1976, foi sistematizada pela Constituição espanhola de 1978 (apesar de um pequeno desvio circunstancial: a consideração do pluralismo político como valor, quando realmente se integra na Liberdade), e tem sido muito fecunda.

De resto, a doutrina espanhola é importante para aquilatarmos da importância dos valores não só como contextualizadores e ideias-força dos princípios jurídicos, como o do Estado de Direito, como mesmo de vectores juspolíticos *a se*. Pablo Lucas Verdú sublinha a contribuição valorativa jusconstitucional portuguesa e brasileira no seu *Teoría de la Constitución como Ciencia Cultural*³¹.

2. As Virtudes e as Constituições

Parecia que ninguém havia dado pela presença das virtudes nas Constituições hodiernas. No Direito, as Virtudes pareciam nenhum lugar ter. Tudo seriam valores ou princípios.

Independentemente da crítica à presença dos valores na teoria constitucional, de um António-Carlos Pereira Menaut³², parece-nos que há lugar a Virtudes, e que a descoberta das Virtudes nas Constituições, e, logo, no Direito, é, afinal, um ovo de Colombo. Elas sempre lá estiveram, mas há uma chave para resolver o enigma da sua obnubilação. Não se viam as virtudes, porque, por razões várias, não se via o adjectivo que, no universo constitucional moderno, normalmente lhes anda ligado. Por vezes dando-lhes uma coloração que nem sempre as exalta. Mas que na realidade lhes não vai, em boa teoria, nada mal. São as Virtudes republicanas.

Perguntar-se-á: em que as virtudes republicanas são diferentes das democráticas, das liberais, das conservadoras, das comunistas, ou das tecnocráticas, etc., etc.? Acreditamos que há algumas diferenças, mas, sempre a diferença específica tem de acompanhar o género próximo. As virtudes sempre têm que ser o que são, antes de tudo o mais: virtudes.

³¹ LUCAS VERDÚ, Pablo — *Teoría de la Constitución como Ciencia Cultural*, 2.ª ed. corrigida e aumentada, Madrid, Dykinson, 1998, p. 197 ss.

³² PEREIRA MENAUT, Antonio-Carlos — *Constitución, Principios, Valores*, in “Dereito”, vol. 13, n.º 1, 2004, pp. 189-216, máx. pp. 200-201.

Ora, as virtudes mais especificamente jurídicas e constitucionais do nosso tempo são as republicanas. Não quer dizer que não haja lugar para virtudes políticas de ideologias concretas, como as referidas, ou virtudes menos políticas e mais religiosas, para credos, etc. Mas se certamente a virtude do comunista (Álvaro Cunhal, secretário-geral histórico e até já mítico do Partido Comunista Português, falava da “superioridade moral dos comunistas”) não será a mesma do conservador, e vice-versa, até porque as morais poderão ser bem diferentes, já ambos poderão hoje (poderiam: sobretudo depois do eurocomunismo, da *glasnost*, da *perestroika*, etc.) quiçá comungar num lugar cívico comum, das virtudes republicanas.

Embora as virtudes republicanas (a que também podemos chamar constitucionais, ou até políticas) sejam mais próprias de moderados do que extremistas – a virtude está no meio, como em Aristóteles –, não é impossível que os políticos de um largo arco constitucional a elas se acolham e as desenvolvam.

Que virtudes são essas, então?

O assunto não nos parece muito popularizado. Mas, em geral, enunciaríamos algumas:

Dir-se-ia que as virtudes republicanas são os hábitos políticos positivos que decorrem da vivência quotidiana dos valores constitucionais modernos.

Assim, a Liberdade, a Igualdade e a Justiça, enquanto valores, transmutam-se, enquanto virtudes, num espírito ou comportamento político (não económico ou moral necessariamente: embora até um certo ponto, sem dúvida) liberal e de defesa da liberdade, numa isonomia e equanimidade, e na luta contra privilégios, mordomias e numa proscrição do egoísmo, e numa prática de Fraternidade e equidade (Justiça ainda mais perfeita, mais virtuosa).

As virtudes republicanas, historicamente, são associadas por alguns a uma dureza e a uma inflexibilidade espartanas e o espectro da guilhotina e da intolerância anti-clerical são por vezes agitados. Não se pode considerar pura virtude o que não é moderado. Trataram-se, em alguns casos, de exageros, que o novo Estado Constitucional dos nossos dias já compreendeu e de cuja experiência já retirou as devidas lições. Mas, como dissemos, não haverá qualquer problema em falar-se, hoje, em virtudes políticas constitucionais se não se gostar do nome de “republicanas”...

Assim, a tríade se esclarece. Os valores são estrelas iluminadoras, de alto sentido ético geral. Os princípios, vectores de grande alcance de acção jurídica ou juspolítica, mais práticos, mais invocáveis em tribunal. Finalmente, como vivência dos valores ao nível da prática pessoal, dando-lhes realidade (assim como aos princípios, que naqueles se fundam), as virtudes (ideais éticos feitos prática) são as garantias vias da realização dos valores.

Além dos fundamentos valorativos, dos princípios e dos direitos fundamentais em geral, dos fundamentos institucionais e dos deveres constitucionais concorrerem, cada um a seu modo, para o travejamento essencial da Constituição, como Fundamentos da República, é inegável que a República democrática, qualquer república democrática só vive pelas virtudes republicanas, e pela virtude em geral.

Não há, assim, não deve haver, qualquer incompatibilidade ou antinomia entre os três paradigmas, em Direito Constitucional e em Direito *tout court*. E estamos em crer que este poderá ser um exemplo de compatibilização a ser usado interdisciplinarmente. Mas isso já serão outros mui largos contos... Não se trata, assim, para o Direito, de optar por um dos três arquétipos para sobre ele fundar uma nova *episteme*. Todos os três paradigmas têm, afinal, concatenação útil, e o Direito sem qualquer deles ficaria muito mais pobre.

A epistemologia abrangente e interdisciplinar do Direito, e especificamente do Direito Constitucional não é exclusora, mas inclusora, e procura a utilização de todos os paradigmas ou operadores que se revelem úteis ao seu projecto. A tarefa, no caso concreto, ficou muito facilitada pela quase natural associação entre Valores, princípios e virtudes.

4. As Virtudes como remédios juspolíticos

As virtudes são como que a dimensão subjectiva de que os valores são a objectiva, o reflexo no coração dos homens da luz das altas estrelas da ética.

Evidentemente que há muito tipo de virtudes, que não podemos aqui referir. As virtudes podem ser virtualidades, características activas, *princípios activos*, de várias coisas e pessoas, quiçá de todas as coisas e pessoas. Por outro lado, para além dessa dimensão definitiva até do agente pelo que pode fazer ou operar, virtude, na perspectiva aristotélica, que perfilhamos, é um meio termo entre dois exageros, um por excesso e um por defeito. Assim, nas virtudes morais, de ânimo, por exemplo, a coragem é um meio termo entre a cobardia e a temeridade.

Mas aqui tratamos apenas de virtudes jurídico-políticas. Que pressupõem, naturalmente, algumas virtudes morais gerais, que facilmente se depreenderão do que dizemos.

No que tange o Estado de Direito permeado por valores algumas emanções dessas virtudes políticas podem ser enunciadas, a título exemplificativo, para combater erros e desvios perniciosos, que corrompem mesmo as melhores das democracias:

a) Amor à Liberdade, Igualdade, Fraternidade, Solidariedade, Justiça. Não se pode bem desempenhar nenhum cargo público nem em proveito próprio nem com o cinismo dos que não têm ideais, e estes ideais.

b) Serviço e Dedicção Públicas. Há sempre que ter um espírito de missão (não de auto-investidura na categoria de unguido, mas de servidor).

c) Desapego e Liberalidade Privada. Os cargos são para deixar na hora certa, ou sempre que seja necessário, por dignidade e oportunidade. Os dinheiros públicos são para ser geridos com rigor e parcimónia, enquanto privadamente há que não ser avarento. Não se deve fazer caridade nem obséquio à custa do Estado (este deve fazer rigorosa justiça social), mas da própria fazenda apenas. E fica bem a um governante ou oficial público ser privadamente liberal.

d) Despojamento, Frugalidade e Comedimento Pessoais. A liberalidade pessoal não se confunde com mãos-largas. Só algum aticismo de costumes em geral permite ter o espírito e o ser livres, no mundo cheio de seduções que é o do poder.

e) Constância, Adaptabilidade Inteligente e Coerente. Se por um lado se deve antes quebrar que torcer, em matérias de princípio, já há situações em que se tem de dobrar para não partir. Sobretudo quando se compreende que uma mudança de contexto tem de obrigar a uma mudança de atitude.

f) Respeito pelas leis como garantes de liberdade. Embora possa haver leis injustas, sempre se tem de perguntar se elas não podem ser um mal menor. E o mundo actual está cheio de incumprimento legal (e, desde logo, contitucional). Antes de clamarmos contra leis injustas (e algumas haverá sempre) devemos interrogar-nos sobre o fiel cumprimento (ou não) das leis vigentes. Há cada vez mais, hoje, tiranetes que se julgam acima das leis. Para eles se deve virar a vigilância republicana.

g) Contra a Licença, as Virtudes da Delicadeza, Atenção e Solidariedade. O laximo invade-nos, a par da sua irmã gémea, a tirania. Crescem no micropoder, onde

deveria haver “democracia civil”. Uma força atenta, serena, será delicada e solidária. Sem deixar de ser forte, contundente, inconciliável com os atropelos dos tiranos e a sonolência parasitária dos laxistas.

h) Contra o Privilégio, as Virtudes do Amor à Racionalidade e Ordem, Imparcialidade, e Equidade. Persistindo privilégios e novos estando a criar-se, tem de usar-se a razão para ver quais são as situações de excepção que se justificam, e as que são mera mordomia. Tudo tem que ser visto de forma equitativa, lógica, e com sensibilidade, social, histórica, cultural, etc.

i) Contra o abuso do poder e a corrupção, as Virtudes do amor ao diálogo, pluralismo, transparência, rigor, controlo e separação dos poderes. Se o poder abusa e se corrompe, é preciso mecanismos do próprio poder que o controlem: mostrando com paredes de vidro o Estado, obrigando os poderosos a explicar-se, a responder, a mostrar o que têm e como o adquiriram. E sempre em todos os poderes, a todos os níveis tem de um poder independente controlar outro poder independente. Independência e separação mas independência interdependente, porque sujeito a controlo. Sobretudo os órgãos unipessoais absolutamente necessitam de severo controlo plural de colégios.

j) Contra o Complexo de Aquiles, Zenão: há coisas que se movem, outras que ficam paradas, umas devem mover-se, outras não. Por vezes é preciso por vezes correr para poder estar no mesmo lugar...

k) Contra os Lobos e as Raposas, Pombas-Serpentes. Dizem que os políticos são lobos e raposas. Há quase unanimidade que existem outras actividades humanas mais truculentas e traiçoeiras e perigosas que a política. Mas, seja como for, a sabedoria da Serpente e a candura da Pomba devem guiar os passos de políticos não ingénuos, mas não cínicos.

O político tem de ser competente, honesto, mas também deve estar animado de sensibilidade social, verdadeiro amor à sua comunidade e ao seu concidadão. Deve ter visão de futuro, e conciliar a necessidade de progresso com as vantagens da tradição. Estas são virtudes activas, propulsivas.

Em suma: as virtudes de formação e carácter são sobretudo intrínsecas, as virtudes de honestidade e rectidão são fundamentalmente proibitivas, e as virtudes de acção política são por natureza perceptivas. Ser apto, não prevaricar e bem agir — tal a síntese das sínteses das virtudes políticas.

A estas virtudes políticas “tradicionalis”, ou melhor, clássicas, deverão certamente juntar-se algumas outras, não especificamente políticas, mas que parecem indispensáveis para os nossos tempos.

Italo Calvino sintetizou algumas com muita erudição e ciência nas suas, infelizmente inacabadas, “Charles Eliot Norton Poetry Lectures”.

A partir do nome em inglês que Calvino lhes atribuiu, daremos delas a nossa interpretação, não comprometendo o autor, que apenas é inspirador:

a) *lightness* (leveza, que também pensamos dever ser adaptabilidade, ductilidade, maleabilidade mentais),

b) *quickness* (rapidez, e também cremos que agilidade de espírito, com agudeza; embora com um “bom uso da lentidão”, diríamos),

c) *exactitude* (exactidão, rigor, precisão),

d) *visibility* (visibilidade, que vai da necessidade de alguma exposição e publicidade, dada a profusão de solicitações, desde logo, até à transparência, e transparência institucional; mas procurando contrariar a sociedade do espectáculo),

e) *multiplicity* (multiplicidade, variedade, pluralismo, interdisciplinaridade...)
e

f) *consistency* (coerência ou consistência — que tem de ser a argamassa de tudo, porque o futuro será muito carente de articulações, se não sobrevier um poder totalitário concentrador, e oxalá o consigamos evitar).³³

O Estado de Direito só o é se for democrático. Não valerá a pena sobrecarregar o texto das nossas constituições dizendo que ele também só o poderá realmente ser se for um Estado de valores e de virtudes. Não vale a pena dizê-lo, tem de valer a pena senti-lo e sobretudo vivê-lo.

³³ CALVINO, Italo – *Lezioni Americane – Sei proposte per il prossimo Milenio*, 4.ª ed. port., trad. de José Colaço Barreiros, *Seis Propostas para o Próximo Milénio*, Lisboa, Teorema, 2002.