

0. Exposição de motivos

0.1. Críticas ao processo constituinte que gerou a Constituição da República Portuguesa.

A Constituição de 1976 viu contestada a sua legitimidade, quer do ponto de vista processual, quer do ponto de vista material.

Lembrando os factos, não há dúvida de que a Assembleia Constituinte que produziu a Constituição de 1976 não actuou com as prerrogativas de um órgão soberano que, estando em vez da nação, seria suposto concentrar em si todos os poderes desta, ou seja, estar investida da *plenitude do poder soberano*. Na verdade, ela viu-se compelida a funcionar no quadro de uma competência externamente delimitada.

Essa competência ficou desde logo fixada na Lei Constitucional n.º 3/74, que veio concretizar o programa do Movimento das Forças Armadas, estabelecendo a Constituição provisória e definindo o estatuto da Constituinte. Esta exerceria apenas a função constituinte (a actividade constituinte em sentido estrito), permanecendo as funções legislativa e de direcção política nas mãos dos órgãos revolucionários, que se manteriam em funções até à entrada em vigor da Constituição, mais precisamente até à eleição do Presidente da República e da Assembleia Legislativa. E mesmo no aspecto especificamente constituinte, a Assembleia estaria subordinada a limites temporais, pois deveria aprovar a Constituição num prazo de três meses, prorrogáveis por igual período.

Se a Assembleia Constituinte, pela Lei Constitucional n.º 3/74, deteria (descontados os limites temporais) a *plenitude do poder constituinte*, dado que não estava vinculada por precedentes normas de direito positivo que prefigurassem o conteúdo constitucional ou que sujeitassem a aprovação do texto constitucional a qualquer forma de ratificação popular ou outra, já pela Plataforma de Acordo Constitucional (Pacto MFA/Partidos) celebrada em 11 de Abril de 1975 entre o MFA e

os mais importantes partidos que se apresentariam às eleições de 25 de Abril de 1975, se limitaria a própria função constituinte da Assembleia.

Com efeito, pelo Pacto pré-constituía-se uma parte da futura Constituição: estabelecia-se a estrutura e a competência dos futuros órgãos da soberania – Conselho da Revolução, Presidente da República, Assembleia do MFA, Assembleia Legislativa, Governo e Tribunais. Além disso, prescreviam-se outros limites ao poder constituinte: respeito pelos princípios do Programa do MFA, pelas “conquistas” obtidas e pelos “desenvolvimentos do Programa impostos pela dinâmica revolucionária”; não modificabilidade dos pontos fixados no Pacto, senão depois de um “período de transição” da futura Constituição de duração entre três e cinco anos; vigilância permanente da actividade constituinte por uma comissão nomeada pelo MFA durante os trabalhos da Assembleia Constituinte; aprovação da nova Constituição por parte do Conselho da Revolução.

Por outro lado, a dinâmica revolucionária precipitou-se após o “11 de Março”, de tal modo que a Assembleia Constituinte iniciou os seus trabalhos envolvida num “processo revolucionário em curso” (“PREC”) que se traduziu na destruição das bases do capitalismo monopolista e latifundiário (é ocupado o latifúndio, são nacionalizados os principais grupos económicos e os sectores chave da economia) e em que os poderes legislativo e de direcção política deixados aos órgãos revolucionários foram utilizados para cobrir e impulsionar este processo.

Em conclusão, a Assembleia Constituinte esteve desde o princípio exonerada das suas “naturais” funções legislativa e governamental, isto é, limitada materialmente (Jorge Miranda), ou limitada no seu objecto (Manuel Lucena); foi de seguida sujeita a fortes restrições na própria função constituinte pelo Pacto MFA/Partidos – limitada juridicamente Vergottini¹) ou apenas política e moralmente (Jorge Miranda) –; e, para além disso tudo, funcionou sempre sob a pressão de múltiplos episódios do PREC, como foi paradigmaticamente o caso do cerco popular ocorrido no dia 12 de Novembro de 1975.

Reagindo a tanto “ineditismo” ou originalidade do processo constituinte, afirmou-se que a constituição foi feita sob coacção, dado que a Assembleia Constituinte

¹ VERGOTTINI é porventura o autor estrangeiro que levou a cabo a análise mais exaustiva do processo constituinte português (cf. GIUSEPPE DE VERGOTTINI, *Le origini della seconda Repubblica Portoghese (1974-1976)*, A. Giuffrè Editore, Milano, 1977).

agiu sem liberdade¹. Com efeito, o Pacto MFA/Partidos, formado externamente à Assembleia, “decisão unilateral do MFA” (Vergottini), “que os partidos aceitaram com reserva mental” (Manuel Lucena), “onde, independentemente da vontade popular expressa no acto eleitoral, as linhas fundamentais da constituição já se encontravam estabelecidas em conformidade com o MFA”², terá expropriado parte essencial do poder constituinte, furtando-o ao seu titular legítimo, a Assembleia eleita pelo povo, que ficou com um espaço de manobra inconcebivelmente delimitado.

Referindo-se à dinâmica revolucionária (de que o Pacto é, aliás, ainda uma emanção), afirma-se que a Constituinte esteve sujeita a “pressões invulgares”, que se assistiu a um processo peculiar de produção da constituição, cujas linhas gerais previamente definidas no ardor da acção revolucionária poderiam vir a impor-se à Assembleia Constituinte quando esta, enfim, reunisse (imposição da unicidade sindical por lei e outros diplomas que estavam na forja), ou mesmo já depois de reunida. Os trabalhos da Assembleia foram, durante o Verão de 1975, constantemente ameaçados e até ultrapassados tanto pela legislação dos 4.º e 5.º Governos Provisórios, que decretaram medidas de carácter fundamental (sobretudo em matéria económica: nacionalizações, reforma agrária, legislação do trabalho), como pelos planos e actividades do MFA, incompatíveis com as tarefas, já tão limitadas pelo Pacto, da Assembleia Constituinte, bem como pelos excessos cometidos a coberto de uma “legalidade revolucionária”. Tudo isto, em maior ou menor grau, implicava uma predeterminação (autoritária) do conteúdo da futura lei fundamental.

Como facilmente se depreendia na época, o discurso dos críticos da legitimidade processual da Constituição estava longe de ser inócuo, puramente académico; pelo contrário, ele estava visivelmente carregado de “ameaças” dirigidas à força normativa da constituição. Da pretensa ilegitimidade dos procedimentos constituintes, inferiam os críticos consequências não coincidentes, mas todas elas acabavam por desembocar na desvalorização da Constituição – mais especificamente,

¹ Assembleia Constituinte cuja composição, de resto, estaria também viciada, não só pelas dificuldades reais criadas a certos partidos políticos, mas também pelas incapacidades eleitorais (ter-se-ia violado um princípio jurídico fundamental segundo o qual o poder constituinte reside em todo o povo (AFONSO QUEIRO) e particularmente pela insidiosa propaganda da opção socialista do MFA, que deformou o ambiente em que se realizaram as eleições (cf. ANDRÉ THOMASHAUSEN, “Constituição e Realidade Constitucional”, *Revista da Ordem dos Advogados*, Agosto/Setembro de 1977)

² HEINRICH EWALD HÖRSTER, “O Imposto Complementar e o Estado de Direito”, *Revista de Direito e Economia*, Janeiro/Junho, 1977, 70.

na desvalorização das normas que apontavam para uma transformação profunda da sociedade, no sentido de completar a igualdade formal com a igualdade material¹.

Situados num ponto de vista diferente, propusemo-nos encetar um estudo sobre os modos históricos de manifestação e autocompreensão do poder constituinte, tomando por guia a hipótese segundo a qual os procedimentos criticados (pressões, coacções, delimitações e predeterminações constitucionais) seriam co-essenciais aos processos de substituição das constituições. Parecia-nos, com efeito, que a legitimidade de uma constituição – a sua dignidade de reconhecimento – não poderia ser aferida pela maior ou menor turbulência dos diversos PRECs históricos: *o poder constituinte não é um mecanismo de épocas tranquilas*².

Para nós, tornava-se claro que aquelas críticas tinham por base uma certa pré-compreensão do poder constituinte que manteve intacto o património conceptual legado pelos pioneiros teóricos do Estado constitucional moderno. Na tipologia de Vanossi³, tratar-se-ia de um conceito racional-ideal de poder constituinte, o vigente ao tempo da Revolução Francesa segundo a doutrina exposta pelo abade Emmanuel Sieyès (1748-1836): o poder constituinte residiria na nação (indiferenciada, homogénea, unitária) que, impossibilitada de o exercer, o delegaria numa Assembleia Constituinte a qual, soberanamente, delinearía a nova arquitectura jurídico-política.

E, assim, o nosso propósito inicial era demonstrar que o poder que irrompeu na história para pôr termo à ordem constitucional do *ancien régime* não residia de facto na *nação*, como enfaticamente se proclamou na altura (“a burguesia define-se como a classe que não quer ser denominada”⁴) e como, ideologicamente, se propalou para o futuro, mas antes na classe ou grupo político dominante, sendo o povo chamado a exercer (eleitoralmente) a soberania constituinte já “pré-formado”⁵, isto é, com a

¹ Como diz MANUEL LUCENA, (*O Estado da Revolução: a Constituição de 1976*, Edições Expresso, Lisboa, 1978): “o grande esforço de muitos juristas e analistas democratas tem sido, por um lado, o de minimizarem o número e a importância desses «aborrecidos» preceitos. Por outro lado, o de verem se é possível conferir-lhes um sentido anódino; e, enfim, o de teorizarem a subordinação da parte revolucionária à democrática para que esta última sistematicamente prevaleça quando se derem os inevitáveis conflitos normativos”. MÁRIO RAPOSO, por exemplo, afirma que “certas disposições constitucionais (artigo 3.º, n.º 2; artigo 10.º) possuem um mero relevo histórico – são simples afirmações de princípio, sem força vinculativa” (“Nota breve sobre a Constituição portuguesa”, *Revista da Ordem dos Advogados*, 1977).

² GEORGES BURDEAU, *Traité de Science Politique*, T. III, Librairie Général de Droit et Jurisprudence, Paris, 1950, 178.

³ JORGE REINALDO VANOSSI, *Teoría Constitucional*, I (capítulo intitulado precisamente “O conceito racional-ideal de poder constituinte”, 5 e ss.), Ediciones Depalma, Buenos Aires, 1975.

⁴ ROLAND BARTHES, *Mitologias*, Edições 70, Lisboa, 1978, 206.

⁵ Daí a importância do estudo dos processos constituinte para, nesta perspectiva, se poder responder à questão do titular do poder constituinte. Questão que pode desdobrar-se nas perguntas formuladas por J.

composição sociológica predefinida por uma lei eleitoral instrumentalmente fabricada para garantir o sucesso do projecto constitucional inspirador do acto de ruptura. No entanto, como a assembleia resultante das eleições nunca espelhará simetricamente as forças que actuaram no *momento desconstituente* (Olivier Beaud), será inevitável o conflito (os vários conflitos) entre tais forças e o órgão encarregado da formalização do novo ordenamento político-social. Essa é causa da forma tormentosa como na generalidade decorrem os processos constituintes. Revisitaríamos, na continuidade da nossa investigação, os múltiplos e desencontrados discursos sobre a legitimidade material das constituições na tentativa de encontrar na doutrina um critério que sustentasse teoricamente o juízo prévio com que valorávamos positivamente a CRP. Esse mesmo critério – tal era a nossa convicção – acabaria por testemunhar a bondade intencional do poder constituinte.

Na impossibilidade de cumprir em tempo útil os objectivos iniciais de uma investigação que contemplasse de uma só vez a problemática da dupla legitimidade da constituição, optámos (sendo o mal da “coacção” já irremediável, tratava-se agora de minimizar as consequências que dela retiravam os seus detractores) por dar prioridade ao tema da legitimidade material, tema que é, naturalmente, indissociável da questão dos limites do poder constituinte – o problema da vinculação do poder constituinte (Stern¹) –, já que tais limites são eles mesmos a *conditio sine qua non* da própria validade constitucional. Foi esse o objecto da nossa dissertação de mestrado².

ELSTER: Como se constituem as assembleias constituintes? De que modo elas regulam os seus procedimentos internos? De que modo os interesses individuais, de grupo e institucionais incidem sobre o texto final? Em que medida as forças extraconstitucionais incidem sobre o texto constitucional? Como são ratificadas as constituições (“Lo studio dei processi costituenti: uno schema generale”, *Il futuro della costituzione* (a cura de ZAGREBELSKY, PORTINARO e LUTHER), Einaudi, Torino, 1999, 215).

¹ A questão da legitimidade processual remete-nos para o titular do poder constituinte; a questão da legitimidade material para a vinculação jurídica ou política desse mesmo poder (cf. KLAUS STERN, *Derecho del Estado de la Republica Federal Alemana*, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1987, 311 e ss.)

² LUZIA M. S. CABRAL PINTO, *Os limites do poder constituinte e a legitimidade material da constituição*, Coimbra Editora, 1994.

0.2. Novas tendências históricas: crise da soberania e dos Estados nacionais.

Quando, alguns anos após, retomámos o tema da legitimidade processual, ficámos perplexos. De repente, pareceu-nos que ele se tornara anacrónico: tinha-se esvaziado o objecto/objectivo do nosso primitivo projecto de investigação! Com efeito, a Constituição da República Portuguesa, sendo a primeira da terceira onda de democratização (Huntington¹) fora a “última” a subsumir-se no modelo clássico da emergência de um poder constituinte originário, sediado na nação, irrompendo de um vazio jurídico e rompendo com a legalidade constitucional estabelecida. É que, e em alguma medida devido aos ecos da “Revolução dos cravos”, um novo modo de produção das constituições² se iniciou na vizinha Espanha (e, de alguma maneira já na Grécia), alastrou para a América Latina, países de leste e se expandiu também para o continente africano. Um novo modo de elaboração sem a visibilidade inquietante de um “povo unido que jamais será vencido” e sem a união ainda mais inquietante do dito povo unido com o MFA. Ou seja, por outras palavras, um modo de elaboração de constituições sem a iniciativa ostensiva das forças armadas e do povo desorganizado, um processo no qual as novas constituições são produto de um poder constituinte bem comportado, todo ele canalizado por vias legais, obediente às normas que as velhas constituições estabeleciam para a sua própria mudança.

Se o objectivo inicial era provar que pressões e coacções, com maior ou menor dose de violência, faziam parte da essência do fenómeno constituinte, suprimido que ficava, no novo modelo emergente, o carácter *contra legem* das mudanças constitucionais, ter-se-ia então esgotado o interesse da reflexão teórica sobre a histórica figura do poder constituinte, um sujeito “puramente político”, extra-constitucional, pré-jurídico, ilimitado, *monstrum*, que à semelhança de Deus cria a ordem jurídico-política a

¹ “A terceira onda de democratização no mundo moderno começou, de maneira pouco convincente e involuntária, vinte e cinco minutos depois da meia-noite, terça-feira, dia 25 de Abril de 1974, em Lisboa, Portugal, quando uma estação de rádio transmitiu a canção ‘Grândola Vila Morena’. Esta emissão foi o sinal para que as unidades militares de Lisboa e arredores executassem os planos do golpe de Estado que tinham sido cuidadosamente desenhados pelos jovens oficiais que lideravam o Movimento da Forças Armadas (MFA)” (SAMUEL P. HUNTINGTON, *La tercera ola, la democratización a finales del siglo XX*, Paidós, 1994).

² WILLY ZIMMER, *La reunification allemande. Contribution a la théorie du pouvoir constituant*, Thèse de Doctorat, Faculté des Sciences Juridiques, politiques et sociales, Université de Lille II, 1994.

partir do nada, segundo a imagem forte herdada da Revolução Francesa (Böckenförde, Rescigno, L. Jaume, Luciani, Silvestri).

Com efeito, anunciava-se peremptoriamente o fim das revoluções totais (Ackerman), húmus da fermentação do poder constituinte e recorria-se ao conceito de pacto (Häberle), mais consentâneo com o evoluir progressivo da realidade constitucional, evitando as incursões românticas no futuro e os regressos traumáticos a uma mais ajustada sistematização jurídica dos poderes fácticos (quando não mesmo a situações transitórias de retrocesso, que nem por serem transitórias deixariam de ser dolorosas). Perspectivava-se um poder constituinte de carácter não revolucionário, evolutivo, e a efectivação de transformações político-constitucionais “segundo um desenvolvimento ordenado” (Grassò). Na verdade, se a forma política final, derrubados por implosão os regimes socialistas, justificados pela intenção de emancipar as classes trabalhadoras, passo para a perpétua desalienação de toda a humanidade (Marx), se a forma política final, dizíamos, era o Estado de direito democrático constitucional, conhecido agora esse destino inexorável e universal, as revoluções violentas perderiam o seu sentido, e logo, com isso, perder-se-ia também o interesse pelo estudo do poder constituinte, agora definitivamente posto na ordem. Fim das ideologias impulsionadoras da activação do poder constituinte, fim da história e, portanto, fim também dos projectos colectivos e das metanarrativas de emancipação (D. Bell, Fukuyama, Lyotard). Poderiam agora descansar finalmente os juristas, uma vez que o poder constituinte começava a dar sinais de irrepreensível legalidade?

Para agravar ainda mais o nosso desconforto, deparámos com outra realidade em movimento acelerado, com novas consequências letíferas para o mesmo conceito, no sentido de poder de auto-organização, de autodeterminação de um povo (sociedade). Estamos a falar agora da crise do Estado nacional aberta pela *reestruturação do globo* e pela formação de espaços supranacionais¹, fenómeno que desde há muito tempo se vinha insidiosamente produzindo na Europa (e que há muito tempo também, concretamente em 1932, fora anunciado por Carl Schmitt, embora aí visto apenas na perspectiva do pluralismo interno emergente). Ora foi precisamente o Estado nacional o contexto que gerou o poder constituinte, ou seja, que forneceu o

¹ “A sociedade internacional estaria, no seu conjunto, perante o salto qualitativo a que alguém já chamou «reestruturação supranacional do globo (...) A formação de unidades políticas regionais do tipo da União Europeia, compreende-se neste cenário” (FRANCISCO LUCAS PIRES, *Introdução ao Direito Constitucional Europeu*, Coimbra, 1996, 7).

substrato sócio-político e ideológico que determinou a sua emergência tanto na realidade como na teoria.

Se a forma política dominante não deixa de ser ainda o Estado nacional (trata-se, no entanto, “de um Estado que, submetido a pressões e embates de notável envergadura, vê por consequência diminuídos os seus âmbitos de actuação e comprometidas as próprias razões da sua existência”¹), são já muitos os sinais de que nos encontramos em transição para “uma nova ordem mundial da Humanidade, em que o poder político emergente será distinto do actual” (Lucas Pires). É que os quadros nacionais têm vindo a tornar-se incapazes para dar solução aos novos problemas com que as sociedades modernas (*sociedades de risco*) se defrontam. Tendo em vista a necessidade de fazer frente aos desafios da economia global, os países europeus foram reconhecendo que as suas capacidades e recursos individuais sairiam reforçados se, superando as velhas rivalidades (que as precipitaram no abismo das guerras mundiais do século XX), unissem esforços, concertassem estratégias e, indo além do primitivo desiderato de um simples mercado alargado, avançassem em direcção a um governo comum.

Estão, assim, na forja, novas formas de organização pós-estatal na Europa², de contornos ainda mal definidos e cujo processo de integração continua longe de estar concluído, não se sabendo como essas formas se vão legitimar (e consolidar), isto é, se obedecerão ao paradigma fundacional (que produziu o conceito de poder constituinte) ou ao não fundacional, evolucionando neste caso mediante tratados que, de forma progressiva, vão entretecendo estruturas normativas no edifício protoconstitucional da comunidade europeia. Trata-se, porém, de uma situação que gera permanente e intensa controvérsia, opondo, por um lado, antifederalistas a federalistas e, por outro, já dentro destes últimos, radicais (supranacionalistas) a moderados. Embora divergindo quanto à “natureza política desse misterioso objecto denominado União Europeia”³, todos

¹ PEDRO de VEGA GARCÍA, “Mundialización y derecho constitucional: la crisis del principio democrático en el constitucionalismo actual”, *Revista de Estudios Políticos*, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Abril/Junio, 1998, 14.

² LUCAS PIRES considera que a União Europeia poderá constituir “a emergência da primeira forma política verdadeiramente pós-moderna. A sua organização, de facto, não visa circunscrever um círculo fechado de poder capaz de reconduzir permanentemente à unidade dos mesmos padrões todo o respectivo domínio (...) Os modelos de autoridade hierárquica e de normação piramidal cedem lugar nela a estruturas e processos de inter-acção, coordenação e cooperação – razão pela qual, a respeito da sua eventual forma política, se fala frequentemente de federalismo cooperativo ou mesmo de condomínio” (*Introdução ao Direito Constitucional Europeu*, ed. cit., 64-65).

³ MARRAMAO lembra a ironia de GIULANO AMATO ao referir-se ao projecto europeu como um “UFO, *unidentified flying object*, cuja natureza não pode ser apreendida e que, não obstante, voa”

(incluindo os antifederalistas) convergem no reconhecimento da sua irreversibilidade, sendo que os federalistas, radicais e moderados, malgrado aquilo que os divide, apostam com igual empenho na secundarização das soberanias estatais face à conveniência estratégica de fazer da Europa uma comunidade política sustentada por uma constituição.

O paradigma fundacional foi questionado por Dieter Grimm com um argumento *soberanista* que se tornou recorrente e que suscitou uma conhecida réplica de Habermas¹. Não será exagero dizer que os federalistas fizeram dessa réplica o seu texto de referência. Segundo Grimm, a Europa não pode dotar-se de uma constituição – e, logo, não pode converter-se num Estado – porque não existe um povo europeu, ou seja, não há um soberano legitimamente constituinte. “Enquanto que as nações se dão a si mesmas uma constituição, a União europeia vê atribuir-se-lhe uma constituição por terceiros. Ela não pode, por conseguinte, decidir da sua própria organização fundamental”. É claro que, embora fiel à tradição da teoria constitucional que coloca o Estado no termo de uma ordem lexical que tem no princípio o povo (a soberania popular), Grimm não cai na falácia substancialista do povo homogêneo: os povos históricos constroem a sua identidade colectiva por cima de todas as suas diversidades internas. O contra-argumento federalista de Habermas consiste precisamente, dizendo-o de forma abreviada, em alterar aquela ordem: a constituição, em vez de ser resultado, pode ser ela mesma o fundamento de uma identidade europeia ainda não existente².

(GIACOMO MARRAMAO, “L’Europe après le Léviathan, *Lignes* (L’Europe en partage), Février, 2004, 58).

¹ Para esta polémica, ver DIETER GRIMM, “Una costituzione per l’Europa” e JÜRGEN HABERMAS, “Una costituzione per l’Europa. Osservazioni su Dieter Grimm”, ambos os textos incluídos em *Il futuro della costituzione* (a cura de ZAGREBELSKY, PORTINARO e LUTHER), Einaudi, Torino, 1999. Para uma perspectiva geral deste debate, ver por todos JÜRGEN HABERMAS, *Tiempo de transiciones*, Editorial Trotta, Madrid, 2004.

² Escreve, neste sentido, HABERMAS: “a solidariedade cidadã, limitada até agora ao âmbito dos Estados nacionais, teria que expandir-se ao conjunto dos cidadãos da União, de modo a que, por exemplo, os suecos e os portugueses chegassem a estar dispostos a comprometerem-se *uns pelos outros* (...) Os cépticos põem isto em dúvida argumentando que simplesmente não existe um ‘povo’ europeu (...) Mas se nos recordarmos que nos Estados europeus do século XIX a consciência nacional e a solidariedade cidadã – que constituem a primeira forma de identidade colectiva – só se *geraram* pouco a pouco com a ajuda da historiografia, da comunicação de massas e do serviço militar obrigatório, não há motivo para se ser derrotista”. É um facto que os arranjos constitucionais e a cultura política daí derivada permitiram passar da consciência local e dinástica à consciência nacional e democrática. “Por que é que este processo de aprendizagem não teria de poder prosseguir para além das fronteiras?”. Mais adiante HABERMAS acrescenta que a constituição só por si não basta para suprir o défice democrático que resulta da inexistência de um *povo europeu constituinte*. Esse défice “só poderá ser compensado na medida em que surja uma esfera pública europeia na qual fique integrado o processo democrático” (JÜRGEN HABERMAS, *Tiempo de transiciones*, ed. cit., 108-109 e 128; sublinhados dele).

Com optimismo excessivo, os federalistas radicais crêem que em pouco tempo a União Europeia acabará por sugar as competências mais relevantes dos Estados nacionais e que, subseqüentemente, o hábito da obediência a centros de decisão de âmbito comunitário irá esbatendo o orgulho nacionalista de pertença a um Estado-nação, gerando em seu lugar o orgulho de pertença a um Estado federal de dimensão europeia. Para apressar e reforçar o processo da transição, preconiza-se para a Europa pós-nacional a utilização dos elementos com os quais se construíram as identidades patrióticas dos Estados modernos: uma constituição, uma bandeira, um hino.

Já o federalismo moderado visa uma alternativa à hipótese radical de uma União Europeia a funcionar como um Estado acima dos Estados membros. Diz Schmitter que, não devendo ela ser apenas uma organização internacional entre outras, “também não deverá ser concebida nem como uma nação continental, nem como um super-Estado em embrião”¹. Neste quadrante, o debate constitucional oscila entre, de um lado, o reconhecimento de que é preciso “inventar uma nova forma política, algo mais que uma confederação, mas menos que uma federação” e, do outro, a convicção de que “o desafio com que nos defrontamos já não é tanto o de inventar algo de novo, mas o de conservar os grandes êxitos do Estado nacional europeu mais além das suas fronteiras nacionais e sob um formato diferente”².

Mas diferentes que sejam as posições quanto à configuração jurídica do corpo a dar ao “objecto político [ainda] não identificado”, o facto é que está visivelmente formado um amplo consenso entre os que advogam a conveniência política e a legitimidade de uma constituição europeia feita sem “o apelo mitológico e populista à soberania e ao poder constituinte do povo”³. A Europa política, segundo Marramao,

¹ PHILIPPE SCHMITTER, “A comunidade Europeia: uma forma nova de dominação política”, *Análise Social*, Instituto de Ciências Sociais da Universidade de Lisboa, vol. XXVII (18-119), 1992, 741.

² J. HABERMAS, *Tiempo de transiciones*, ed. cit., 112.

³ MARRAMAIO, “L’Europe après le Léviathan”, *Lignes*, ed. cit., 66. Numa perspectiva oposta, ÉTIENNE BALIBAR (“Quelle «constitution» de l’Europe?”, *Lignes*, ed. cit., 19) considera que “... uma situação deste género tem todas as características de um «momento constituinte», onde a constituição não é nem um simples produto da actividade dos juristas (...), nem uma forma ideal pré-existente e subtraída à história, mas um problema político e por consequência, no fim de contas, uma invenção. Esta formulação (ou aquela outra, vizinha, de «processo constituinte») é, no entanto recusada por certos dos mais lúcidos participantes no debate filosófico, porque eles recusam a atracção mútua entre as duas ideias deste «momento constituinte» (*invenção colectiva*, essencialmente política, de uma forma nova de constituição) e de «poder constituinte» (oposto tradicionalmente, de Sieyès a Schmitt, *ao poder constituído* das instituições e dos órgãos estatais, e sempre presente hoje, seja entre os defensores da ideia de «vontade geral» como fonte da legitimidade governamental e legislativa, seja nos teóricos da *multitude* como força social produtora de instituições). O que eles temem, em suma, é que, sob o pretexto de operar a passagem de uma legitimidade nacional a uma legitimidade pós-nacional ou supranacional, a mitologia do «povo soberano» com as suas implicações essencialistas (o que quer dizer também a retoma de toda uma série de postulados: o povo é *uno e indivisível*, ou *homogéneo*, quer seja etnicamente, culturalmente ou melhor

molda-se no contexto de uma *ordem pós-hobbesiana*, portanto, pós-estatal e pós-nacional. E daí que a sua forma constitucional não seja já comensurável com a lógica do direito público europeu. Desde logo, não se verifica no espaço comunitário uma concentração estatal da soberania, mas uma dispersão interestatal de competências e poderes, um *sistema de governo a múltiplos níveis*. O que leva Philippe Schmitter a evocar a ordem anterior ao *Estado-Leviathan*. Com efeito, conforme ele lembra, a Europa “conheceu já o *multilevel system of government* antes de se encerrar no Estado nacional...”¹. Trata-se, pois, de uma unidade política de um novo tipo que exige, para ser compreendida, o abandono da velha dogmática constitucional². Neste quadro, G. Canotilho preconiza três *rupturas paradigmáticas*. “São elas: (1) a indispensabilidade de superar o esquema referencial Constituição-Estado; (2) a necessidade de ultrapassar as teorias dos ‘momentos constitucionais’ isolados e únicos e apreender o sentido e limites do chamado ‘constitucionalismo evolutivo’; (3) a substituição do esquema hierárquico-normativo do direito constitucional por um sistema multipolar de ‘governance’ constitucional”³.

Enfim, que fortes ventos inverniais açoitam duramente o “velho” e já tão debilitado conceito de poder constituinte do povo prova-o ainda a produção da jurisprudência constitucional levada a efeito através do controlo da constitucionalidade das leis ordinárias. Com efeito, do desenvolvimento constitucional – através da interpretação – passa-se para a criação plena do direito constitucional. Revê-se a constituição sem recorrer ao procedimento de revisão constitucionalmente estabelecido. A isso acresce o controlo da constitucionalidade das próprias leis de revisão, o que toma

ainda politicamente, e ele está *acima das leis* que ele «criou» por autonomia da sua vontade) não seja reconduzido e transferido ao nível europeu, onde ela tem ainda menos chances de ser aplicável sem constrangimento estatal, quer dizer, sem violência, como aconteceu na história dos Estados nacionais”.

¹ Citado por MARRAMAIO, “L’Europe après le Léviathan, *Lignes*, ed. cit., 59.

² A contra-corrente desta tendência, A. RUGGERI insiste em que há um *processo constituinte europeu*, todavia com défice democrático na medida em que são os Estados, através dos respectivos governos, e não os povos, que protagonizam esse processo. Na sua opinião, a legitimidade democrática deve ser consubstancial à constituição europeia a duplo título: enquanto *constituição-acto* e, simultaneamente, enquanto *constituição-processo*. Parece, no entanto, que esta última forma de legitimidade continuará a ser subestimada. “Não é por acaso que o núcleo de valor constitutivo da futura constituição que agora pode agora ser visto na Carta dos direitos, se coloque qual produto exclusivo e ‘iluminado’ de uma elite político-institucional no seio da qual só parcialmente houve a participação de assembleias parlamentares (sem ter em conta o ainda imaturo desenvolvimento do Parlamento europeu). A Carta pode, em suma, ser entendida como o embrião de uma Constituição europeia que (até hoje) promete vir à luz de modo «outorgado»” (“Sovranità dello Stato e sovranità sovranazionale, attraverso i diritti umani, e prospettive di un diritto europeo “intercostituzionale”, *Diritto Pubblico comparato ed Europeo*, 2001 – II, p. 566).

³ “*Brançosos*” e *interconstitucionalidade. Itinerários dos discursos sobre a historicidade constitucional*, Almedina, Coimbra, 2006, 283.

mais nitidamente ainda a aparência de uma apropriação pelos tribunais do poder constituinte derivado. Neste contexto, impede-se o poder constituinte instituído de rever a constituição (mesmo em algumas constituições em que não há mandato constitucional nesse sentido).

Acosta Sánchez, a propósito deste fenómeno, defende a tese de que “se trata de uma mutação de importância semelhante à que tiveram na história a aparição do Direito escrito, do Direito positivo e do próprio Direito constitucional”, consistindo tal mutação “na crescente presença de um Direito Constitucional Jurisprudencial e no decrescente papel do Direito Constitucional formal”¹. Na verdade, muito do direito constitucional hoje vigente nas democracias constitucionais (*living constitution*) não deve o seu nascimento àquele que é, afinal, o progenitor legítimo da constituição. Tendo por referência a França, o país mais resistente a esta evolução, Dominique Rousseau sublinha que “desde os anos se 1971-1974, todos os observadores estão de acordo em constatar que a Constituição se torna cada vez mais jurisprudencial; um acto escrito, sem dúvida, mas escrito pelo juiz constitucional”².

Os juízes (constitucionais), enquanto garantidores dos direitos fundamentais como princípios objectivos da ordem constitucional e do Estado de direito, invocando a soberania da constituição (fazendo jus à distinção entre poder constituinte e poder constituído e dessa maneira prestando homenagem ao poder constituinte do povo), controlam a constitucionalidade das leis relativamente ao parâmetro constitucional. Para determinar este parâmetro, é necessário interpretar a constituição, tarefa a partir da qual, todavia, se vai fabricando, sem qualquer sindicância, o bloco da constitucionalidade, ou seja, vai-se paulatinamente dizendo o que é a constituição. A política ao seu mais alto nível (*a política constitucional*) tem-se deslocado lentamente para as jurisdições constitucionais as quais, através de uma interpretação cada vez mais extensiva da constituição (e muitas vezes mesmo sem qualquer apoio na constituição formal) vão criando direito constitucional, com evidente erosão do princípio democrático,

¹ JOSÉ ACOSTA SÁNCHEZ, “Transformaciones de la constitución en el siglo XX”, *Revista de Estudios Políticos*, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Abril/Junio, 1998, 57.

² DOMINIQUE ROUSSEAU, « Une réurrection : la notion de constitution », *Revue du Droit Public*, Tome cent six, 1990, 5. Sendo muitas vezes, na aparência, uma defesa da constituição contra eventuais tentativas usurpatórias dos poderes constituídos têm pertinência as perguntas formuladas pelo autor: “É o canto do cisne constitucional? Terá chegada a hora da morte da noção da constituição, predita por Burdeau?”. Não é essa a convicção de DOMINIQUE ROUSSEAU o qual, pelo contrário, acredita que, com ressalva dos princípios constitucionais, o Tribunal Constitucional “pode concorrer para o aprofundamento da democracia, definindo um espaço aberto à criação contínua de direitos”. A condição é que o faça, “reconhecendo nos textos fundadores o direito a ter direitos” (*ibidem*, 21).

apropriando-se desta maneira do poder constituinte do povo. É o que faz Cl. Emeri observar que, de “guardião do Estado de Direito, o Tribunal Constitucional, sem nenhuma legitimidade, torna-se o seu guia”¹,

Assiste-se assim à chamada *judicialização da política*, convertendo-se os juízes, de instrumentos de garantia, em instrumentos legitimadores do sistema constitucional. Com efeito, quem vai fazendo a adequação dos textos normativos aos mutáveis valores sócio-políticos não é já (tendencialmente) o poder democraticamente legitimado, mas o poder judicial que se arroga a *competência das competências*. Fala-se mesmo a este propósito em “constitucionalismo ético”.

Portinaro sintetiza esta tendência de forma lapidar afirmando que os Tribunais Constitucionais estarão “hoje mostrando-se cada vez mais, no seu papel de intérpretes das constituições, factores de inovação e de produção do direito em concorrência com o legislador. Começa a fazer caminho a suspeita de que as constituições contemporâneas sejam rígidas em relação ao poder legislativo e ainda frente a um hipotético superlegislador, mas que se estejam a tornar flexíveis relativamente ao poder político-judiciário dos Tribunais Constitucionais”².

Nos países com constituições mais antigas (USA, Suíça), bem como naqueles em que, mormente depois da Segunda Grande Guerra, se instituíram os Tribunais Constitucionais (RFA, Itália, etc.), fala-se já abertamente de um “direito constitucional sem constituição”³, de um direito constitucional informal. “Ao lado das constituições, surge um Direito Constitucional que é material pelo seu modo de criação, forma de operar e teologia garantista; conjuntos de normas constitucionais, em definitivo, não emanadas de nenhuma das duas únicas fontes formalmente legitimadas para criá-las, o poder constituinte e o poder de reforma constitucional”⁴. Não faltam as denúncias da doutrina sobre esta auto-assunção judicial da soberania que se vem traduzindo numa contínua ampliação da constituição por via jurisprudencial. Referindo-se especificamente à RFA, Michel Fromont afirma que, pelo monopólio que tem da interpretação da Lei Fundamental, o Tribunal Constitucional Federal actua como se fosse o titular do poder constituinte. “É indiscutível que o Tribunal Constitucional

¹ Citado por ALAIN WERNER, “Le Conseil constitutionnel et l’appropriation du pouvoir constituant”, *Pouvoirs*, 67, 1993, 135.

² “Il grande legislatore e il custode della costituzione”, in *Il futuro della costituzione*, ed. cit., 29-30. “Para o dizer numa simples fórmula: o excessivo crédito tributado à custódia da constituição acabará por levar à constituição das custódias” (ibidem).

³ LINO A. GARCIA, citado por ACOSTA SÁNCHEZ, “Transformaciones de la constitución en el siglo XX”, *Estudios Políticos*, Abril/Junio, 1998, 59.

⁴ ACOSTA SÁNCHEZ, “Transformaciones de la constitución en el siglo XX”, ed. cit., 67.

dispõe de atribuições tão extensas e de técnicas suficientemente eficazes para apresentar-se com frequência como um legislador supremo”¹. Assim se gera, segundo Böckenförde, a impossibilidade de distinguir entre interpretação e reforma constitucional. Nesta perspectiva, “o Direito constitucional, antes entendido como uma força configuradora tanto da organização como das instituições, transforma-se em processo político que se move por si mesmo. Fica à disposição do intérprete e nas suas mãos”². No mesmo sentido, Stern fala em *processo contínuo de produção da constituição*. “E isso não é juridicamente aceitável” (Böckenförde).

Não admira, pois, que Dominique Rousseau, apologista de uma constituição jurisprudencial, considere a constituição francesa como uma colecção de palavras cujo sentido jurídico não decorre da intenção do poder constituinte que a produziu, mas do trabalho de interpretação levado a cabo pelo Conselho Constitucional. “Se fosse necessário ousar uma explicação pela psicanálise, de boa vontade iríamos buscar a Freud o mito do assassinato do pai para dizer que o CC “mata” o texto constitucional, devora-o de seguida para melhor se apropriar dele, toma o seu lugar, e fá-lo reviver pela sua voz, pela sua acção jurisprudencial”³.

Em resumo, se o que queríamos captar era a força política fundadora, a *potestas constituens* que, nessa sua grandeza, protagonizava um novo começo, que transformava o facto no direito, força essa que brotava de modo originário do interior de um Estado nacional como poder de auto-organização da sociedade, força ainda que num determinado momento e de uma só vez (Heller), por determinação consciente, ordenava “racional e sistematicamente uma comunidade política através de um documento escrito”, a realidade que se nos oferecia não poderia, pois, ser mais frustrante. É que as “transições constitucionais”, a construção da União Europeia, o direito constitucional jurisprudencial, todos a seu modo, mas conjugadamente, atingem o órgão vital da modernidade política, ferindo de morte não só o conceito de poder constituinte, mas debilitando seriamente também todos os outros que, com ele, assentaram os alicerces do Estado constitucional moderno (soberania popular, constituição, representação política, democracia). Do que não restam dúvidas, dizendo-o com palavras de Dominique

¹ Citado por ACOSTA, *ibidem*, 77.

² ERNST WOLFGANG BÖCKENFÖRDE, *Estudios sobre el Estado de Derecho y la democracia*, Editorial Trotta, Madrid, 2000, 196.

³ “Une Ressurrection: la notion de Constitution », *loc. cit.*, 16.

Rousseau, é que se assiste a uma subversão do sistema originário de legitimidade sustentado na série: soberania popular – poder constituinte – poderes constituídos.

Vivemos, pois, num período de incerteza no que concerne aos conceitos centrais do direito público (continental) europeu. Laboriosamente construídos e consolidados ao longo de séculos para enquadrar juridicamente as sucessivas transformações da ordem política, estão hoje imbuídos de profunda crise.

Pode dizer-se, é certo, que a crise é uma característica que sempre esteve inscrita no conceito de poder constituinte (Negri, Henke), e daí as dificuldades da sua teoria. Tratando-se de um conceito-limite, tendo por referente uma força exterior ao sistema constitucional instituído e que permanentemente o ameaça (a *multitudo*, as massas populares desorganizadas ou os partidos rebeldes), sempre teve algo de impreciso e irracional. Surgindo historicamente para legitimar uma descontinuidade profunda no ordenamento jurídico-constitucional que até aí se desenvolvia gradualmente – o processo tradicional de produção constitucional derivava de uma série de factores a que era estranha a ideia de que a construção das instituições políticas pudesse ser obra da razão humana – a teoria não poderia ficar incólume ao circunstancialismo do seu nascimento, deixando logo no próprio momento revolucionário e para os vindouros uma cascata de problemas alguns dos quais ainda hoje irresolúveis (herança mal resolvida da Revolução Francesa, como diz Jaume).

Com efeito, enquanto outros conceitos intrinsecamente ligados ao de poder constituinte e que concorreram para a sua descoberta (desde logo o de soberania popular), acalmadas e pacificadas as reacções iniciais (ainda que reacções espinhosas e de longa duração, veja-se a luta sangrenta pelo sufrágio universal), se foram ajustando à realidade (ou a realidade se foi ajustando a eles) e acabaram por se estabilizar durante um período histórico relativamente longo (em termos da reflexão jurídica, pelo menos, deixando para a reflexão politológica a denúncia dos desajustamentos), o mesmo não aconteceu com ele, não tendo a tentativa da sua institucionalização jurídica (e, portanto, de normalização) através do poder de revisão produzido o resultado esperado, a saber, o exercício tranquilo da actividade constituinte. Recebendo da teoria inicial os atributos da divindade (se o monarca absoluto recebia o poder de Deus, a partir da revolução passava a recebê-lo do Povo tornado divino), o poder constituinte tem manifestado uma rebeldia persistente ao seu enquadramento jurídico-constitucional, resistindo a recorrentes tentativas de domesticação ou eliminação.

Mas se é verdade que o poder constituinte, pela sua própria natureza, esteve sempre em crise, podemos dizer que assistimos hoje à sua *crise suprema* (Luciani, Grimm, Vega). Com efeito, se o “modelo de Estado constitucional” (Häberle), reforçado pelas três ordens de factos que temos vindo a assinalar (as transições constitucionais, o processo europeu e a jurisprudência constitucional), pode ter tornado o poder constituinte num conceito recessivo, justificando que muitos autores anunciem a sua obsolescência (conceito envelhecido), a sua imprestabilidade actual por esgotamento da sua função (poder exaurido, esgotado, domesticado, etiqueta antiquada e falsa)¹, o acme da sua crise decorrerá de algo que mal se aflorou no decurso destas elucubrações. Estamos a referir-nos agora especificamente à “ameaça” da mundialização e da globalização. Conforme observa Massimo Luciani, desaparecem neste contexto as duas pré-condições para a existência de um poder constituinte: a legitimação ascendente do poder e a ideia de nação².

Ora, se há heterodoxia no processo conducente a uma eventual constituição para a Europa comunitária, impõe-se, contudo, observar, para sermos justos, que se manifesta aí, pelo menos, a preocupação de proceder *como se*, ou seja, utilizam-se as expressões tradicionalmente ligadas à instauração de uma nova ordem constitucional, quer no que se refere à terminologia processual (processo constituinte, convenção), quer quanto ao conteúdo clássico de uma constituição (carta de direitos fundamentais, enquadramento institucional, etc.). Assim, as instâncias transnacionais que sustentam a União Europeia dão provas indelmentáveis de pretenderem juridificar a organização do novo poder público (novo porque a sua estrutura institucional é inédita, diverge profundamente da do Estado federal clássico, porque diferente é também a realidade sócio-política que lhe subjaz) através do instrumento constitucional. É, pois, no mínimo, sentida a necessidade de disciplinar e justificar juridicamente decisões que, tomadas à distância (sem dar oportunidade para um contraditório popular) penetram imperativamente no quotidiano dos cidadãos.

¹ PIETRO GIUSEPPE GRASSÒ, “Potere costituente”, *Enciclopedia del Diritto*, XXXIV, 663: “Há muitos sinais que nos fazem pensar que o símbolo poder constituinte do povo tenha perdido a própria eficácia de mobilização dos afectos sociais”. Também MARIO DOGLIANI (“La lotta per la costituzione”, *Diritto Pubblico*, 1996, 2, 299) se refere ao poder constituinte como um poder exaurido. Por seu lado, J.J.GONZÁLEZ ENCINAR (“La constitución y su reforma”, *Revista Española de Derecho Constitucional*, 17, Mayo-Agosto, 1986, 357) escreve que conceitos como o de poder constituinte do povo e de soberania popular, não são já «velhos odres para o vinho novo, mas apenas etiquetas antiquadas e falsas».

² “L’antisovrano e la crisi delle costituzioni”, *Rivista di Diritto Costituzionale*, 1, 1996, 164.

Bem pior é, inquestionavelmente, o efeito da globalização (da qual, de resto, a construção europeia é consequência e simultaneamente impulso), renegando-se agora ostensivamente os modos clássicos de actuação (exercício) e legitimação do poder. Luciani fala, a este propósito, em termos pregnantemente pessimistas (embora sem resignação), na existência actual de um *anti-soberano* com formas de autolegitimação que estão nos antípodas do poder estatal¹. Trata-se, com efeito, de um megapoder (poder dos grandes grupos financeiros; poder das grandes tecnocracias: o FMI, Banco Mundial; poder das multinacionais) que se forma e actua no exterior da velha *constelação nacional*, que não tem pátria nem povo, que não tem sequer um rosto identificável para imputação de afrontas aos direitos e ideais que originaram e alimentaram o *jus publicum europaeum*. Estando fora do alcance da jurisdição de qualquer Estado, o *anti-soberano* submete, no entanto, todos os povos ao efeito das suas estratégias de auto-reprodução, invadindo e reduzindo o âmbito das soberanias nacionais². Em vez de invocar o interesse colectivo ou os valores, as aspirações e as expectativas que sustentam a coesão social, remete antes para a existência de pretensas leis que, de forma inelutável, regulariam o funcionamento dos mercados e a evolução da economia. Nesta presunção, que constitui a ideologia dominante – a ideologia da classe globalmente dominante³ – transforma-se numa necessidade inexorável a eliminação das obrigações do Estado

¹ “L’antisovrano e la crisi delle costituzioni”, loc. cit., 161 e ss..

² Na realidade, e vale a pena dizê-lo com as fortes palavras de LUIGI FERRAJOLI, “... todo o processo de integração económica mundial que chamamos ‘globalização’ bem pode ser entendido como um vazio de Direito público, produto da ausência de limites, regras e controlos face à força tanto dos Estados com maior potencial militar como dos grandes poderes económicos privados. À falta de instituições à altura das novas relações, o Direito da globalização acaba por se modelar cada dia mais nas formas privadas do contrato, e já não nas formas públicas, gerais e abstractas da lei, sinal de uma primazia incontrovertível da economia sobre a política e do mercado sobre a esfera pública. De tal maneira que a regressão neo-absolutista da soberania externa (unicamente) das grandes potências está acompanhada de uma paralela regressão neo-absolutista dos poderes económicos transnacionais, um neo-absolutismo regressivo e de retorno que se manifesta na ausência de regras abertamente assumida pelo actual anarco-capitalismo globalizado, como uma espécie de nova *grundnorm* da nova ordem económica internacional” (“Passado y futuro del Estado de derecho”, Neoconstitucionalismo(s), Edición de MIGUEL CARBONELL, Editorial Trotta, Madrid, 2003, 22).

³ Trata-se da ideologia que se exprime, como já fomos observando, nos profusos veredictos sobre o fim de tudo o que caracterizava culturalmente a modernidade, veredictos que são intencionalmente omissos sobre alternativas possíveis. “Com inteligência e astúcia os ideólogos da mundialização não se apresentam como adversários dispostos a entrar em confronto com o sistema de valores e princípios que historicamente definiram a realidade constitucional, mas que, ao invés disso, ao proclamarem o ‘fim das ideologias’ (Bell) e o ‘fim da história’ (Fukuyama), o que pretendem é dar por boa e consagrar como eterna uma realidade constitucional que o próprio processo de mundialização está aparatosamente a aniquilar. A manutenção e defesa dessa fingida realidade será o que posteriormente permite ocultar o sistema de poderes efectivos que, actuando no mercado mundial, se estão a transformar a passos gigantes na autêntica Constituição material de todos os Estados” (PEDRO de VEGA, “Mundialización y derecho constitucional”, ed. cit., 34). E mais adiante, o mesmo autor acrescenta que “as constituições deixam de ser na prática obra do povo e fiel reflexo da realidade social, para se converterem em criação de poderes constituintes ocultos e misteriosos” (*ibidem*, 46).

social, pondo em risco as condições mínimas de sobrevivência e de dignidade dos povos e dos indivíduos mais fracos.

Assiste-se a uma ruptura com a tradição do constitucionalismo ocidental. Sobretudo a literatura anglo-saxónica enche o discurso constitucional de novos signos linguísticos a que nenhum juspublicista actualizado ousa sequer resistir. Fala-se, por exemplo, de *constitutionalisation without the State*, *law without State*, *multilevel constitutionalism*, *governance without government*, *multilevel governance*. Tudo isso, enfim, para reforçar a ideia de que o instrumentário conceptual da modernidade política já não oferece descritores apropriados para captar compreensivelmente a complexidade constitucional do nosso tempo. Está em curso, segundo o relato da doutrina actualmente hegemónica, um processo de *desestatalização do Estado* e de *despolitização da política*. Anuncia-se o fim da democracia representativa, a fusão entre o público e o privado, a dispersão do poder por instituições subnacionais e internacionais, a fragmentação da sociedade civil em subsistemas sociais globais que, em *clausura sistémica*, produzem a sua própria constituição (sem mandato constituinte) e o seu próprio direito (à margem das instituições políticas).

0.3. O ressurgimento da problemática do poder constituinte quando se anuncia o seu desaparecimento.

De tudo quanto fica dito ressalta, indubitavelmente, um panorama terrivelmente desmoralizador para quem como nós se empolgara tanto pela acção e obra do poder constituinte no contexto emancipador da revolução portuguesa. E começámos por nos interrogar, como faz Claude Klein, sobre se, nos inícios do século XXI, haveria ainda lugar para uma teoria do poder constituinte. “Não se estará em presença de um luxo inútil ou, mais ainda, de um puro jogo intelectual sem grande interesse?”. Devemos confessar que foi essa a nossa primeira convicção, chegando nós a pensar – tornando-nos alvo da censura de Vega – existirem de facto justificadas razões para que “o problema do poder constituinte tenha desaparecido do horizonte das preocupações e interesses intelectuais do constitucionalismo presente”.

Passada, porém, essa inquietação inicial, e após uma difícil digestão da nossa primitiva frustração intelectual, fomo-nos deixando pouco a pouco assaltar por

algumas resistentes dúvidas: será que os factos e tendências que parecem apontar para uma recessão teórica e prática do poder constituinte não poderiam – e deveriam – antes ser encarados como um desafio para novas problematizações? Em vez de nos resignarmos a participar num luto eventualmente prematuro, não deveríamos antes refazer o percurso das significações históricas daquele poder, nem que fosse apenas para saber se nos dirigíamos fatalmente para a morte (*Quo vadis*) de um conceito cujas funções fundamentais se tivessem extinguido? Mesmo que, no final, fôssemos obrigados a admitir que já não haveria mais futuro para o poder constituinte, as questões que levaram à sua emergência e que, pelo menos até agora, o justificaram (as questões jurídico-políticas da soberania e da legitimidade do poder estatal e as filosófico-jurídicas da liberdade, da igualdade e da justiça social) não se extinguiriam, pelo que sempre se imporia uma reflexão teórica urgente sobre o sentido e as consequências da sua ausência.

O que a história constitucional nos demonstra sem qualquer sombra de dúvida é que as constituições nascem por acção de forças sociais que reivindicam direitos ou interesses não contemplados na arquitectura constitucional estabelecida. Nessas forças, portanto, reside a iniciativa e o fundamento da substituição de uma ordem jurídica por outra. Conforme observa Böckenförde, a constituição não repousa sobre si mesma como um fenómeno originário irreduzível: ela deve o seu ser a “uma grandeza que a precede e que aparece como um poder ou uma autoridade particular. Desde a Revolução francesa, tal grandeza vem designada por poder constituinte (*pouvoir constituant*)”¹. Mas a justificação do poder constituinte não se reduz à exigência lógica do princípio da causalidade que obriga a encontrar para cada criatura o seu criador. A referência empírica do poder constituinte como *grandeza política* explica somente a origem da constituição, mas não a sua imperatividade normativa. Ao produzir esta afirmação estamos, decididamente, a recusar os vários positivismos que confundem a validade da constituição com a sua eficácia. Do nosso ponto de vista, a superioridade ético-jurídica de uma nova constituição estará na sua pretensão de ser mais justa do que a anterior (“o direito é o *transcendens* de uma validade”²). Ela há-de representar um progresso no caminho da democratização e da generalização dos direitos. Tal foi o

¹ ERNST WOLFGANG BÖCKENFÖRDE, *Estudios sobre el Estado de Derecho y la democracia*, ed. cit., , 160.

² A. CASTANHEIRA NEVES, *Questão-de-facto–questão-de-direito, ou o problema metodológica da juridicidade*, Almedina, Coimbra, 1967, 907.

critério de validade perpetuamente fixado pelas declarações de direitos das primeiras constituições. Poderia dizer-se que o constitucionalismo tem aí a sua *virtude original*.

O mesmo critério serve também para identificar o poder constituinte como *poder autenticamente constituinte*¹. Ele será reconhecido pela sua intencionalidade emancipatória. Fora disso, em nosso entender, qualquer grupo político que actue em seu nome será *poder*, mas não *constituinte*. Entendimento este que nos impediria de partilhar do sentimento de Dogliani que, na crise italiana dos anos noventa, temia que o poder constituinte, caso viesse a ser convocado, surgisse determinado a fazer mocha nos princípios democráticos da constituição em vigor. Esses princípios poderiam, de facto, não estar seguros se as eleições fossem ganhas pelas forças conservadoras. Porém, se tal acontecesse, nessas forças não estaria presente o poder constituinte, pois este só é tal quando cria e generaliza o direito e não quando o destrói e particulariza.

É nesse sentido e com esse sentido que dizemos com Böckenförde que “o poder constituinte é conceptualmente o poder constituinte do povo”. Significa, segundo a nossa interpretação, que nenhum direito é *direito* contra o povo (teoricamente nunca o será no pressuposto de que seja ele mesmo o autor e o destinatário das normas jurídicas) e que nenhum poder é poder constituinte senão quando a *ideia de direito* que pretende constitucionalizar traz consigo um aumento ou um aprofundamento dos direitos de que o povo já desfruta².

A partir daqui podem adivinhar-se os perigos emergentes de uma teoria necrológica do poder constituinte. Desde logo, a constituição ficaria desvinculada da sua função (ou missão) originária, qual seja a de estender os benefícios da associação política a todos os associados, em conformidade com o paradigma democrático do contrato social. Por esta sua matriz genética, a constituição jamais deveria deixar de ser o instrumento da emancipação dos grupos e das pessoas que permanecem sob antigas ou

¹ A expressão remete para MARCEL GAUCHET que distingue “o povo autenticamente constituinte do povo do momento” (*La révolution des pouvoirs. La souveraineté, le peuple et la représentation, 1789-1799*, Gallimard, Paris, 1995, 47). Como adiante veremos, o autor faz a distinção para atribuir ao juiz a mediação entre o primeiro povo, o povo jurídico, e o segundo, o povo empírico: “O juiz é, por outras palavras, o guardião do princípio de composição do corpo político. Ele está encarregado de o manter inalterado, isto é, de preservar as condições que tornam o seu poder soberano igual a ele mesmo em todos os instantes do tempo”.

² A ideia remete para algo ainda não realizado, mas que se impõe realizar. É por isso que não se esgota num *fiat* de qualquer poder. Nesse sentido FRANÇOIS OST interpreta a ideia de direito de BURDEAU como projecto de realização no futuro. “Uma ideia de direito, como a de nação, «sonha com um futuro partilhado», tem «toda a fecundidade da imaginação, todos os poderes do desejo, todos os prestígios das origens». Sem dúvida, tais antecipações não são desprovidas de uma parte de ilusão, da mesma forma que não estão ao abrigo de manipulações políticas sempre possíveis; mas pelo menos contêm um projecto, sem o qual o grupo não conseguiria sequer identificar-se como tal” (*O tempo do direito*, Instituto Piaget, Lisboa, 2001, 231).

novas formas de dominação social. É previsível, no entanto, que ela mude de orientação a partir do momento em que se torne órfã. Perdendo a sua referência ancestral, perderá igualmente a sua referência histórica e, logo também, a memória das “promessas que o corpo social fez a si mesmo” e de que é receptáculo, sendo ao mesmo tempo declaração de compromisso¹. Desta forma, a constituição (dizendo-o com palavras tomadas de empréstimo a Ost), revelar-se-ia, literalmente, *sem amanhã*, ficando o futuro retido no *tempo imóvel da norma*, “o ‘fora-de-tempo’ do positivismo jurídico”². Na prática, quer isso dizer que nenhuma “mudança metamórfica” no sentido da realização e aprofundamento da justiça e do bem-estar (“a exigência fundadora”) seria entendida como uma obrigação imposta pela constituição – e, através dela, pelo poder constituinte *originário* – às forças políticas com assento nos governos nacionais.

Mas não é apenas pela necessidade de manter vivas e actuates as promessas do passado que a ideia do poder constituinte deve ser preservada e defendida. Nas actuais condições geradas pela globalização da economia, ela urge também como ideia reguladora para entrar a tendência autodestruidora de uma sociedade alegremente mergulhada no “voo cego” de que fala Luhmann³. “Pois bem, eliminado o poder constituinte como máxima expressão do princípio democrático e como força criadora da organização política, a interrogação que a teoria constitucional não pode nem deve iludir é a da fundamentação e delimitação dessa sociedade, pluralista ou não, que se toma como ponto de partida. E é aqui que reside o problema”⁴. Um problema que, segundo Pedro de Vega que acaba de ser citado, a teoria da *constituição aberta*, imbuída de positivismo sociológico, agrava em vez de resolver. “Ao suprimir a noção de poder constituinte, por considerá-la uma abstracção metafísica, e ao substituí-la, desde um pretense realismo histórico, pela noção mítica da ‘sociedade aberta’, cujos limites espaciais e cuja localização real se tornam impossíveis de determinar, a Teoria Constitucional reiniciará a sua marcha com a proclamação quase religiosa de um acto de fé. Ninguém pôde dizer ainda onde se encontra essa nova Arcádia da liberdade baptizada por Popper como ‘sociedade aberta’. Face a ela, pelo contrário, o que o mercado mundial oferece é o hobbesiano *bellum omnium contra omnes*”⁵.

¹ F. OST, *ibidem*, 265.

² *Idem*, *ibidem*, 234.

³ NIKLAS LUHMANN, *Teoria politica nello stato del benessere*, Franco Angeli, Milano, 1987, 92.

⁴ PEDRO de VEGA, “Mundialización y derecho constitucional...”, *loc. cit.*, 52.

⁵ *Ibidem*, 52.

Estamos, pois, com este autor na convicção de que, em vez de declinar no pluralismo das interpretações uma adaptação simplesmente oportunista da constituição à mutabilidade do mundo social e político, melhor seria que a teoria constitucional se empenhasse em “resgatar e dar continuidade histórica ao poder constituinte”. Consideramos ser esta uma sugestão irresistível. Não sabemos se a hipótese continuísta do poder constituinte resistirá ao confronto com a especificidade dos diferentes tempos e lugares da sua manifestação política e da sua autocompreensão teórica. Pensamos, contudo, que nenhum novo perfil ganhará credibilidade se for desleixado o conhecimento do seu passado. Poderíamos, pois parafraseando Jellinek, quando se referia ao conceito de soberania, afirmar que “nenhum dos conceitos fundamentais do Direito político está tão necessitado de uma investigação acerca da sua evolução histórica como o de [poder constituinte]”. Isto porque, evocando desta feita Hesse, cada vez se torna mais necessária uma teoria do poder constituinte “adequada ao tempo”.

Sendo esta a nossa perspectiva, propusemo-nos seguir o trajecto das manifestações do poder constituinte, na história e na teoria, com o propósito já confessado de contradizer o ponto de vista daqueles que o incluem entre os seres (conceitos e realidades) condenados a extinguir-se com o fim da modernidade. Acompanhámos, assim, o poder constituinte desde a sua génese conceptual até ao momento em que se anuncia a sua morte. Simplesmente, consideramos que existe um falso diagnóstico: os sinais que se interpretam como anunciadores do fim do poder constituinte, em nossa opinião, apenas indiciam o advento de uma nova etapa da sua evolução teórica e histórica. As mudanças que ocorrem no mundo, com reflexos problemáticos no âmbito do Estado e do constitucionalismo, exigem uma compreensão historicamente esclarecida do significado social e humano do poder constituinte. É preciso descobrir o potencial de emancipação que o conceito transporta desde a sua origem, independentemente das suas vicissitudes, da suas alternâncias de luz e sombra, para que se torne possível identificar o *sujeito adequado* (o titular autêntico, legítimo) do poder constituinte na era da globalização.

Desacreditada a inocência do seu momento filosófico, vencida a fogueira idealista do seu momento revolucionário, descoberta a natureza contraditória das suas manifestações históricas, nem por isso ele deixa de ser um fundamento e uma exigência de validade universal de toda a acção política e de toda a produção do direito. Desfeita a crença ingénuo na homogeneidade do povo, reconhecida a irreversibilidade do processo

da globalização, admitidos como benignos os ataques à soberania dos Estados nacionais, ou seja, precisamente à obra histórica do poder constituinte, não resulta daí que este tenha perdido a razão de ser da sua existência. Numa época diferente, é natural que ele assuma uma identidade diferente, integrando o positivo da sua experiência nas novas condições da sua actuação possível. Para a tese que aqui se defende, tal quer dizer que o poder constituinte retoma, agora nos globalizados contextos do mundo da vida pública e privada, o seu primacial sentido utópico como impulso de libertação dos *ainda não* emancipados.

Posto isto, é altura de apresentar o itinerário da nossa investigação.

Começámos (cap. 1) com a gestação teórica do poder constituinte, seguindo a evolução dos nutrientes conceptuais fornecidos pelas teorias da soberania e do contrato social. Facilmente as lutas político-partidárias induziram à denúncia da falácia holística das ideias de povo e nação contidas na teoria do poder constituinte.

Revisitámos, então, as versões clássicas da compreensão empírico-sociológica do poder constituinte (cap. 2). Este anda, no processo da história, invariavelmente associado a formas revolucionárias de substituição de constituições. Uma fenomenologia do processo constituinte (ilustrada com a experiência constituinte portuguesa) fez-nos ver o tempo desse processo desdobrado em dois momentos: o momento *des-constituinte* da ruptura constitucional e o momento *re-constituinte* da produção da nova constituição. O primeiro é o tempo de actuação do poder revolucionário; o segundo é – em regra – o tempo de actuação da assembleia constituinte. Este modelo de análise (importado de Oliver Beaud) permitiu-nos ainda estimar o efeito das decisões pré-constituintes sobre a autonomia da vontade do órgão constituinte, efeito esse que é tanto mais perturbador quanto mais este órgão se afasta da matriz sociológica e política do sujeito da iniciativa revolucionária.

Entretanto, nas últimas décadas do século XX, algo de aparentemente inédito surgiu na prática (e na teoria) da elaboração de novas constituições: regimes totalitários cederam lugar a regimes democráticos mediante procedimentos regulados pela própria constituição que se queria abolir (cap. 3). Logo autores de diversas filiações teóricas, partilhando todos de igual optimismo histórico, viram nas chamadas transições constitucionais ou transições democráticas o triunfo definitivo do direito sobre a força. O que ficou provado foi a possibilidade de mudar de regime constitucional usando os mecanismos previstos para a revisão da constituição em vigor. Verificámos, no entanto, que a experiência não constituiu verdadeiramente uma novidade, recordando que a

mesma metodologia legalista havia já sido usada nas transições que instalaram as ditaduras europeias depois da primeira Grande Guerra (*revoluções comunitárias*). Neste quadro, tornou-se pertinente rever as controvérsias da doutrina sobre a questão dos limites do poder de revisão e sobre as consequências teóricas e práticas da sua equivalência, em capacidade de decisão, ao poder constituinte originário.

Indiscutivelmente, o sucesso efectivo das transições democráticas tornou evidente o anacronismo da imagem de um poder constituinte auto-assumido como fora-da-lei. Tal imagem não é, de facto, compatível nem com a cultura democrática entretanto adquirida e institucionalizada no “modelo de Estado constitucional”, nem com as actuais tendências de uma globalização que põe inexoravelmente em causa as tradicionais formas de organização nacional e estatal. Vimos então (cap. 4) como a doutrina juspublicística, tendo incluído o poder constituinte na proclamação pós-moderna da morte do sujeito, desenvolveu argumentos para sustentar a inevitabilidade (e a conveniência) de uma dinâmica social sem projecto ou “direcção política” e de uma constituição sem soberano.

Sendo, porém, verdade que o pragmatismo do tempo actual não é propício a uma “constituição metanarrativa”, tal não quer dizer que tenhamos de renunciar à força normativa do conceito de poder constituinte enquanto expressão de inconformidade perante as injustiças, as desigualdades fácticas e os abusos do poder. Prevenidos pelas lições do século passado contra os perigos das “tentações voluntaristas”, não abdicamos, contudo, do optimismo dos modernos “quanto ao projecto de fazer do homem o dono do seu destino e, desde logo, dos seus actos”¹. Nessa antropologia optimista repousa a nossa *compreensão humanista* da constituição e do Estado de Direito.

É nesse sentido que, na fase final do nosso trabalho (cap. 5), procedemos a uma retoma hermenêutica da ideia de poder constituinte. Com efeito, ela nasceu e justificou-se na história como direito e impulso de emancipação de todo o povo numa situação de exclusão política. Actualmente, numa época dominada pelas leis humanamente indiferentes do mercado, a situação de opressão e exclusão em que vive (sobrevive ou agoniza) a parte mais significativa da humanidade – “o povo do povo” na dimensão global – deve fazer dessa ideia, em permanência e com premência, o referente ético e deontológico da actualização, interpretação e aplicação do direito constitucional. Em nossa tese, o povo que, nos Estados nacionais ou pós-nacionais, em qualquer parte

¹ “*Brançosos*” e *interconstitucionalidade*, ed. cit., 157

do mundo, carrega nos ombros todo o ónus do progresso baseado na competição e na guerra, é o sujeito adequado do poder constituinte, porque é ele que, mais cedo ou mais tarde, por qualquer forma que seja, até por simples efeito do escândalo da injustiça na *opinio communis* universal, obrigará a uma aplicação mais extensa e aprofundada dos direitos humanos.

1. A gestação teórica do poder constituinte

1.1. Evolução semântica e transformação da realidade.

As transformações da ordem política são processos que se anunciam, que se fazem acompanhar ou que se repercutem na linguagem. Conforme T. Ball e Pocock observam, a mudança semântica ocorre ao mesmo ritmo da evolução política, a saber, umas vezes de forma gradual, outras, porém, de forma tão brusca quanto os próprios acontecimentos que as palavras têm que exprimir. “A inovação política e a mudança conceptual caminham lado a lado”¹. Em todos os casos, há sempre recurso a neologismos, ora pela emergência de palavras e conceitos novos, ora pela transformação do significado de palavras antigas. Simultaneamente, há desactualização e abandono de signos que deixam de ser funcionais relativamente à descrição e inteligibilidade dos respectivos referentes. Na evolução lenta da história social, as mudanças que se observam na ordem da linguagem política são mais ou menos pacíficas e, conseqüentemente, quase imperceptíveis. Coisa bem diferente é o que se passa num período de ruptura, altura em que “a linguagem revolucionária se converte por sua vez em actor fundamental das mudanças em acto”². Por maior que seja, nesse contexto, o ruído das eventuais escaramuças físicas, não há dúvida de que é no confronto das palavras e dos conceitos que se decide o desfecho do jogo político da ocasião. Em questão nos debates políticos está o efeito da linguagem sobre o rumo da evolução social e política³. Foi, seguramente, a intuição (uma consciência porventura ainda não

¹ TERENCE BALL e J. G. A. POCKOCK (ed.), *Conceptual change and the constitution*, University Press of Kansas, *Introduction*, 1.

² PAOLO COLOMBO, *Governo e costituzione*, Giuffrè Editore, Milano, 1993, 36-37.

³ “Todo o debate político da revolução aparece, assim, ‘ritmado’ (...) pelos reiterados esforços realizados nas discussões constitucionais para ‘domesticar’ aquilo a que Emmanuel Sieyès chama ‘nova língua política’ em vias de afirmação: esforços realizados na contraditória tentativa umas vezes para resolver as ambiguidades terminológico-conceptuais logo que são encontradas, outras vezes para alimentar essas mesmas ambiguidades com o fim de sacar daí outras tantas bases de apoio para as argumentações ideológicas e para as construções retóricas. Acima de tudo... as maiores energias dos ‘revolucionários’ vão no sentido de ‘dilatam’ o campo de aplicação semântica dos vocábulos de que dispõem.... Pode-se

reflexiva) da força performativa das palavras e das ideias verbalizadas que determinou a radicalização linguística dos primeiros processos constituintes. Como refere James Farr, parafraseando J. L. Austin, os protagonistas desses processos estavam “a fazer coisas constitucionais com palavras”¹.

Necessariamente, a radicalidade das inovações linguístico-políticas predispõe a pensar os chamados períodos de ruptura na perspectiva da descontinuidade histórica. De facto, a própria definição de ruptura sugere a ideia de que algo chegou ao fim e que algo diferente tem aí o seu princípio. Sabe-se, no entanto, que nenhuma investigação é capaz de confirmar a existência de criações *ex-nihilo* na história que é feita pela humanidade. “De resto, pertence a um historicismo ingénuo sustentar que, na história da humanidade, aparecem ideias totalmente ‘novas’, originais e irrepitíveis como as circunstâncias históricas nas quais se supõe que elas foram produzidas. Um exame atento demonstra sempre que se procede por ajustamentos e modificações sucessivas de categorias conceptuais existentes, mesmo quando se verificarem revoluções sociais e políticas profundas”².

O novo surge sempre de um nascimento que pressupõe um processo mais ou menos longo de gestação durante o qual muitas mudanças vão ocorrendo na gramática das formas de vida e, logo também, na gramática das formas de expressão³. Há palavras que vão transformando o seu significado por adaptação às próprias mudanças da realidade política, de tal forma que chegam actualizadas nos momentos de ruptura. E outras há que, na sua novidade terminológica, não fazem mais do que concentrar em si o resultado de transformações semânticas a que foram sujeitas outras palavras durante a evolução social e política que conduziu à ruptura. Está neste último caso o aparecimento do signo que dá suporte linguístico ao conceito de poder

efectivamente dizer que a revolução desenvolveu uma função de aceleração semântica” (P. COLOMBO, o. cit., 37-38).

¹ “Conceptual change and constitutional innovation”, in TERENCE BALL e J. G. A. POCKOCK (ed.), o. cit., 17.

² GAETANO SILVESTRI, “La parabola della sovranità. Ascesa, declino e trasfigurazione di un concetto”, *Rivista di Diritto Costituzionale*, 1/1996, p. 4.

³ ANTONIO RUGGERI, observa este facto referindo-se a expressões como Estado, soberania e direitos humanos: “Os termos que são objecto desta minha reflexão têm estado (e estão ainda) sujeitos a profundas transformações semânticas que, ainda por efeito do peso incomum de antigas doutrinas e correntes de pensamento, têm ora antecipado e suscitado... incisivas inovações histórico-políticas e positivas, ora – e isso em maior medida – têm-nas acompanhado, “fotografando-as” e dando-lhe várias representações (“Sovranità dello Stato e sovranità sovranazionale, attraverso i diritti umani, e prospettive di un diritto europeo «intercostituzionale»”, in *Diritto pubblico comparato ed europeo*, 2001 – II, 544).

constituente no *tempo metamórfico* da revolução¹. Esse signo aparece em resposta a uma necessidade histórica e irá desempenhar uma função determinante na reconfiguração da realidade política moderna. Mas ele deve o seu conteúdo conceptual e funcional a outros que indubitavelmente o anteciparam.

A formação da ordem jurídica moderna como *novo regime* não é, portanto, um acontecimento súbito. Tem causas que se desenvolvem, contradições que se agudizam, incompatibilidades que crescem até que o corte revolucionário com a época anterior se torne inevitável. Enquanto isso, há um conjunto de mutações que se vão produzindo no duplo plano da infra e da supra-estrutura. Trata-se da passagem de um modo de produção a outro. Em gíria cultural, é costume falar-se em modernização, mas, com semelhante rigor, se poderia falar em *desfeudalização*. Embora a excessiva visibilidade da revolução ponha na sombra os passos históricos que a precederam, o ciclo da destruição do *ancien régime* foi bastante longo e implicou vários processos de mudança.

A desfeudalização é global; quer dizer que é todo o sistema social que muda. Consumada a mudança, as diferenças entre o novo sistema e o antigo tornam-se de tal modo salientes que ficam na sombra os laços de continuidade que permitem a passagem histórica de uma ao outro. Podemos utilizar os traços com os quais Jacques Ellul² desenha a sociedade medieval para realçar os contrastes. A) A sociedade medieval é uma *sociedade anárquica*. O que justifica este qualificativo é a fragmentação do poder político e de tudo quanto é da competência deste: a administração da justiça, a cobrança de impostos, a cunhagem da moeda, a direcção militar, etc.. B) A sociedade medieval é uma *sociedade hierarquizada*. Mau grado a ausência de um poder central, existe contudo uma organização assente no princípio da hierarquia. No topo da pirâmide, embora sem capacidade para fazer valer a sua supremacia, está o rei, o suserano dos suseranos. C) A sociedade medieval é uma *sociedade universalista*. Por uma lado, existe o sentimento de pertença a uma comunidade espiritual, a *respublica christiana*, que supera todos os fraccionamentos da ordem feudal pela identidade do culto. Por outro lado, os reinos não formam verdadeiras nações no sentido de serem geográfica, cultural e politicamente delimitadas. D) A sociedade medieval é uma *sociedade estruturada em ordens*. Cada ordem tem a sua

¹ A relação entre poder constituente e tempo metamórfico é sugerida por FRANÇOIS OST, *O tempo do direito*, Instituto Piaget, Lisboa, 2001, *passim*.

² *Histoire des institutions*, Presses Universitaires de France, Paris, 1971, 2, 13 e ss.

função própria e goza de um estatuto jurídico particular. A perspectiva é rigorosamente orgânica, não consentindo desvios individualistas à lógica integradora da respectiva ordem.

A sociedade moderna poderia agora ser descrita parafraseando Ellul com os antónimos do que ele disse sobre a medieval. O Estado centraliza o poder; os cidadãos são iguais perante a lei (depois de, no absolutismo, o terem sido perante o príncipe); a sociedade está politicamente organizada num Estado-nação; o Estado é (tendencialmente) laico; e, enfim, na sociedade quem conta são os indivíduos (embora, a modernização capitalista tenha acabado por criar as classes sociais como uma espécie de sucedâneo das ordens, elas não têm reconhecimento jurídico).

Sabemos, porém, com Hegel que as formações superiores são produzidas pela elaboração das formações inferiores, isto é, que "cada forma é a transfiguração da forma precedente"¹ e que a transição "relewa de um princípio que é simultaneamente conservador e transformador"².

Assim, o que acontece na ordem dos factos acontece na ordem dos conceitos que dão inteligibilidade ao processo real. Muda a realidade e, paralelamente, logo mudam, no dizer de Luhmann, os "pressupostos mentais" da sua compreensão. Às mudanças que se observam na estrutura social responde a linguagem com variações da semântica. Aquele autor entende por semântica de uma sociedade "a sua reserva de regras de elaboração do sentido previamente dadas"³. Uma situação nova é explicada mediante transformações operadas no interior do "aparelho semântico" disponível. Mesmo quando o signo é novo (como acontece com o de poder constituinte), ele irrompe com fundamento em práticas preexistentes, embora com outras formulações enunciativas.

A crer em Luhmann, cada vez mais cresce entre os juristas a tendência para compreender as inovações constitucionais no quadro de uma teoria da evolução que denega a ideia, todavia ainda dominante, segundo a qual essas inovações resultariam de uma planificação intencional. Uma observação atenta dos factos políticos ou uma análise rigorosa dos textos jurídicos deixarão ver que certas funções de ordem constitucional preexistiam como condição prévia do que viria a ser posteriormente explicitado. "Em termos ainda mais nítidos, tal constatação vale para as transformações

¹ HEGEL, *La raison dans l'histoire*, Plon, Paris, 1965, 182.

² Idem, *ibidem*, 93.

³ LUHMANN (Niklas), *Struttura della società e semantica*, Laterza, Roma, 1983, 17.

dos direitos individuais frente a confiscações, a restrições políticas e religiosas da liberdade de imprensa, a limitações relativas ao sufrágio e, sobretudo, ao persistir da escravidão. Claramente o *Bill of Rights* descreve a situação jurídica existente e não introduz nada de novo”¹

Com esta perspectiva podem ser abordadas as investigações medievalistas que eminentes juspublicistas, embora com precompreensões distintas, prosseguiram na rota de McIlwain. A partir delas torna-se, com efeito, possível refazer a genealogia dos conceitos do direito público moderno e, dessa maneira, pôr em evidência a gestação do novo pela transformação do velho.

1.2. A experiência medieval de um poder público limitado.

O postulado de um direito indisponível remete para fundamentos de limitação da autoridade que coexistiram na Idade Média e que concorreram de igual forma para que fosse feita a aprendizagem histórica da distinção entre um direito (ou poder) originário e um direito (ou poder) derivado, distinção que se tornou exactamente a razão de ser da constituição escrita. Desde logo, o soberano medieval estava vinculado a imemoriais tradições, leis não escritas nas quais se inscreviam as chamadas leis fundamentais do reino. "O seu estatuto estava previamente fixado por um conjunto complexo de tradições, usos, precedentes, princípios cuja reunião formava um direito constitucional consuetudinário"². É o que na *Magna Charta* imposta a João Sem Terra aparece designado por *lei do país* (*lex terrae*). Se – conforme observa McIlwain em análise à obra de um célebre jurista (Bracton) do século XIII – o rei tinha poder ilimitado na esfera do governo (*gubernaculum*), “onde não deveria ter um par e muito menos um *superior*”, já no que respeita à produção das leis (*iurisdictio*)³ o seu poder era limitado: nesse domínio a vontade régia só adquire estatuto de lei (legítima) na dupla condição de ter o consentimento dos grandes e respeitar as leis não escritas e os costumes da comunidade (*ius commune*). A *Magna Charta* foi imposta a João Sem

¹ Idem, “La costituzione come acquisizione evolutiva”, in *Il futuro Della costituzione*, ed. cit., 84-85.

² GEORGES BURDEAU, *Traité de Science Politique*, Tome III, ed. cit., 15.

³ “Um dos traços essenciais do constitucionalismo de Bracton é certamente a nítida separação que ele faz entre *gubernaculum* e *iurisdictio*, reconhecendo ao rei uma autoridade irresponsável e autocrata no que concerne ao primeiro, mas só para esse” CHARLES H. McILWAIN, *Costituzionalismo antico e moderno*, Il Mulino, Bologna, 1998, 99. Quanto ao segundo, à *iurisdictio*, BRACTON atribui aos juizes o poder de infirmar disposições do rei ou de um seu predecessor que violem direitos estabilizados na tradição.

Terra quando ele, no seguimento de uma política centralizadora, tentou sobrepor a sua vontade (*voluntas principis*) à *lex terrae*, ao direito consuetudinário. A rebelião foi então desencadeada em nome dos “direitos prescritivos dos súbditos, que estão totalmente fora e além dos limites da administração real e que caem precisamente sob a *iurisdictio* e não sob o *gubernaculum*”¹. E embora tais direitos não tivessem ainda a dimensão universal que mais tarde lhes foi conferida pelo jusnaturalismo (apenas reafirmavam prerrogativas da baronia feudal às quais se juntavam agora somente os interesses das cidades), a verdade é que a *Magna Charta* “fornecia já ‘aberturas’ para a transformação dos direitos corporativos em direitos do homem”².

Os percursos históricos dos países ao longo da Idade Média são diferentes e, por isso, são também diferentes as formas concretas das respectivas organizações políticas. Além disso, há que ter em conta os acidentes de percurso ou as crises que proporcionam saltos qualitativos na evolução do direito e, em particular, do direito público. É esse o significado da *Magna Charta* inglesa. Segundo a interpretação de Fioravanti, ela representou a passagem de um contrato pressuposto, não escrito, a um contrato explícito entre a comunidade política e o rei. “Certamente, tudo isto não poderá jamais assumir na época medieval o significado, que é só moderno, de uma sociedade, civil e política, que se auto-representa, como sociedade de indivíduos, que querem instituir o seu poder político (...) E, no entanto, não existe nenhuma dúvida sobre o facto de que a comunidade política medieval – partindo da sua integridade e, por isso, da sua supremacia – quer saber cada vez mais quais são as regras que governam a relação entre o príncipe e cada uma das suas partes, começa a pensar estas regras nos termos de um contrato, pede ao príncipe cada vez mais que jure fidelidade a essas regras”³. Muito naturalmente, no contexto de uma rebelião triunfante, algumas novidades vão sendo introduzidas no costume constitucional. Poderíamos usar aqui a expressão de Fioravanti, dizendo tratar-se de uma “evolução em acto”. É assim que a *Magna Charta* transforma o *commune consilium regni*, dantes com funções meramente consultivas,

¹ McILWAIN, o. cit., 101

² GOMES CANOTILHO, *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*, 5ª ed., Almedina, Coimbra, 2002, 380-1. “O seu vigor ‘irradiante’ no sentido da individualização dos privilégios estamentais detecta-se na interpretação que passou a ser dada ao célebre art. 39º, onde se preceituava que *Nenhum homem livre será detido ou sujeito a prisão, ou privado dos seus bens, ou colocado fora da lei, ou exilado, ou de qualquer modo molestado, e nós não procederemos, nem mandaremos proceder contra ele, senão em julgamento regular pelos seus pares ou de harmonia com a lei do país*. Embora este preceito começasse por aproveitar apenas a certos estratos sociais – os cidadãos *optimo jure* – acabou por ter uma dimensão mais geral quando o conceito de *homem livre* se tornou extensivo a todos os ingleses” (*ibidem*).

³ MAURIZIO FIORAVANTI, *Constitución de la Antigüedad a nuestros días*, Trotta, Madrid, 2000, 46-7.

num órgão de efectivo poder que passa a fazer parceria com o rei no exercício da função legislativa. A partir de então, o direito criado ou declarado (fundado na *law of land*), passou a ser comum ao rei e ao reino (*common law*). Pouco tempo depois, em 1216, o Conselho Comum passou a denominar-se Parlamento, convertendo-se numa autêntica assembleia política com representação de todos os sectores da sociedade (1295). Progressivamente, conforme o manifesta uma declaração emanada, em 1322, do próprio Parlamento, ele foi-se tornando a sede do poder decisório do Estado: “Tudo o que deve decidir-se pelo reino e pela totalidade da comunidade política, deve ser discutido e determinado no Parlamento, pelo rei nosso senhor, com o consenso dos prelados, dos condes, dos barões e dos *commoners* do reino, segundo o antigo costume”¹.

Mau grado estas inovações políticas e semânticas, que desmentem a ideia de uma Idade Média paralisada no tempo e homogénea no espaço, será possível, segundo alguns autores, reportar a diversidade das formas de organização do poder público a uma “constituição unitária” que teria estado em vigor na Europa ocidental ao longo de cerca de um milénio². Afirma-se, por um lado, a existência de uma *verdadeira e autêntica constituição medieval* (Fioravanti), *compactíssima na sua unitariedade* (Grossi); sublinha-se, por outro, a singularidade dessa constituição, advertindo que ela não deve ser encarada nem como um prolongamento do constitucionalismo antigo nem como uma antecipação do moderno³.

A ideia de constituição postula a existência de um direito preexistente e regulador do exercício do poder público. É com esse sentido que se interpreta a experiência jurídica medieval (*uma experiência jurídica com múltiplos ordenamentos jurídicos*)⁴) como uma modalidade histórica do constitucionalismo. A sua especificidade manifesta-se mediante duas características: a rarefacção do poder e a diversidade das fontes que alimentam o direito constitucional.

À primeira destas características referiu-se Paolo Grossi com a designação de *poder político imperfeito*: “Entendo por isso não só a falta de efectividade (a qual, pelo contrário, existe com frequência, podendo até traduzir-se em manifestações de tirania), mas também a ausência de um projecto totalizador, omnicomprensivo. Por outras palavras, o poder político não pretende controlar todos os âmbitos da sociedade;

¹Citado por FIORAVANTI, o. cit., 51.

² PAOLO GROSSI, *El orden jurídico medieval*, Marcial Pons, Madrid, 1996, 48.

³ FIORAVANTI, *Constitución de la Antigüedad a nuestros días*, ed. cit., 34. “Em poucas palavras, a constituição mista dos antigos visa legitimar fortes poderes públicos comumente reconhecidos, a constituição mista medieval visa *limitar* esses mesmos poderes” (idem, *ibidem*, 56).

⁴ P. GROSSI, o. cit., 56.

caracteriza-se por uma substancial indiferença face às zonas da sociedade – amplas e mesmo amplíssimas – que não interferem directamente com o governo da coisa pública”¹. Admitindo-se que a acção dos poderes constituídos (mesmo na sua deriva tirânica ou imperialista) pouco se reflectia no quotidiano da vida social², a característica da rarefacção deverá, acima de tudo, ser referida à partilha do poder entre o príncipe, os senhores feudais, laicos e clericais, e, cada vez mais, os plebeus livres. A consequência desta partilha exprime-se no facto de que nenhuma decisão que tivesse por objecto o interesse geral ou o *bem comum* e que, portanto, projectasse efeitos sobre toda a comunidade – como era, por exemplo, o caso de uma tributação excepcional e universal – poderia ser tomada sem o consentimento daqueles que no reino representavam as partes implicadas (*quod omnes tangit ab omnibus approbetur*: o que respeita a todos por todos deve ser aprovado³). É essa característica, segundo Fioravanti, que faz da constituição medieval uma constituição mista. E isso, como se vê, não por consagrar uma divisão de poderes – como mecanismo de freios e contrapesos – mas por estabelecer e assegurar um poder público *limitado* mediante a *mistura* na estrutura política das diferentes ordens ou estados existentes na Idade Média. “No essencial, a constituição mista serve nesse tempo para defender o carácter de facto plural e compositivo da sociedade e dos poderes que ela expressa e o que nela se teme é o nascimento de um poder público que rompa este equilíbrio, que se sinta legitimado para alimentar sem medida pretensões de domínio”⁴.

No que concerne à segunda característica, a diversidade das fontes jurídicas da constituição, diremos com Mario Dogliani que o ordenamento medieval resulta da conjugação de três princípios. Antes, porém, de os enunciar, forçoso é referir, para acautelar a posição do autor, que ele desenvolve este tema sob o expressivo título de *O*

¹ *Mitologia jurídica de la modernidad*, Editorial Trotta, Madrid, 2003, 24.

² PAOLO GROSSI tanto sobre-exalta a constituição medieval como deprecia a constituição dos modernos. E, nesse preconceito, parece pretender convencer que o ideal anti-estatista do Estado liberal foi realizado pela ordem jurídica medieval (“a sociedade medieval é, de facto, uma sociedade sem Estado...”: *El orden jurídico medieval*, ed. cit., 52) e destruído pela redução moderna do direito à lei. Em contraposição, pode apresentar-se o ponto de vista de FIORAVANTI, segundo o qual se os poderes públicos medievais “se detinham sempre e sem excepção diante de um umbral concreto – além do qual se desenvolvia a parte mais relevante e quotidiana da vida da comunidade –, não era por uma deliberada e consciente vontade de respeitar a chamada autonomia dos particulares...”. Pensar isso “seria uma maneira de deformar a constituição medieval” (*Constitución de la Antigüedad a nuestros días*, ed. cit., 36).

³ Quer dizer que, como observa ULLMANN, “com o alargamento do número daqueles que conseguiam ser qualificados para dar o seu consenso e assentimento à promulgação de determinadas normas jurídicas, o direito torna-se comum a todos (...) A sociedade feudal (...) torna-se o *populus*, cujos membros constituintes eram os indivíduos na sua nova veste de cidadãos, com direitos e deveres” (cit. por DOGLIANI, *Introduzione al diritto costituzionale*, Il Mulino, Bologna, 1994, 144).

⁴ FIORAVANTI, *Constitución de la Antigüedad a nuestros días*, ed. cit., 56

eclipse da ideia de constituição na Idade Média. Não é que o milénio medieval seja uma sequência de “séculos sem constituição”, mas sim que “a constituição dos séculos sem constituição” passou a exprimir-se por outros significantes porque mudou de significado. Assim, e conforme assinala McIlwain, a palavra *constitutio* é usada naquele tempo para designar um puro acto administrativo, de procedência eclesiástica ou secular, e não com o sentido moderno de estatuto jurídico da organização política. Mas o que mais afasta o constitucionalismo medieval da precedente experiência da república romana é, segundo Dogliani, a inversão do fundamento do poder: de uma concepção ascendente, na república romana, passou-se a uma concepção descendente na Idade Média (poder teocrático)¹. A experiência do constitucionalismo moderno caracterizar-se-á por uma nova inversão do fundamento originário, mas, sobretudo, pela novidade da autoconsciência do poder constituinte.

Dito isto, assinale-se como primeiro dos princípios em que assenta a constituição medieval o dogma cristão segundo o qual todo o poder legítimo procede de Deus. O mesmo princípio comanda tanto o poder secular como o poder eclesiástico, permitindo, contudo, sustentar as pretensões de supremacia deste relativamente àquele. Porém, o que importa assinalar do ponto de vista constitucional é o pressuposto da existência de um direito anterior e superior que condiciona a liberdade de decisão do poder político. Mesmo na fase de maior esplendor do absolutismo, a teocracia que legitimava o poder real não deixava de lhe impor a subordinação a normas prévias de direito divino.

O segundo pilar do edifício constitucional está na tradição. Ela tem tanto mais força normativa quanto mais a sua origem se perde no tempo. Como observa Nicola Matteucci: “O verdadeiro direito é o consuetudinário porque, na medida em que resistiu por um longo decurso do tempo, obtendo o consenso de infinitas gerações, demonstrou ser justo... é uma espécie de segunda natureza”². Não é apenas um direito indisponível para os titulares do poder público, mas um direito que estes devem simplesmente actualizar: “com efeito, para a mentalidade medieval, a lei não é criada, mas declarada, não é feita, mas recordada; em suma, a lei é uma confirmação solene daquilo que já era direito desde tempos memoráveis”³.

¹ MARIO DOGLIANI, *Introduzione al diritto costituzionale*, Il Mulino, Bologna, 1994, 115.

² *Organizzazione del potere e libertà. Storia del costituzionalismo moderno*, UTET, Torino, 1976, 15.

³ *Ibidem*, 15.

Finalmente, o terceiro princípio reporta-se à natureza contratual das relações feudais, um sistema de laços interpessoais que, vinculando reciprocamente suseranos e vassallos, implicava igualmente o rei na sua condição de suserano dos suseranos. “Trasladado para a esfera do governo, isso significa que, em virtude do pacto feudal, existia um contrato entre o rei e os seus feudatários directos. Esta natureza contratual do vínculo feudal era da maior importância para consideração do rei medieval do ponto de vista feudal. Assim, ainda que do ponto de vista teocrático fosse praticamente impossível falar de contrato entre o rei e os súbditos, da perspectiva feudal, pelo contrário, o que importava era o contrato exclusivamente”¹. A rebelião que conduziu à *Magna Charta* teve como fundamento a figura da felonía, uma quebra da relação contratual entre o suserano e os vassallos. De facto, conforme observa Ullmann, o que não era legítimo para a concepção teocrática do poder, era-o no quadro das relações feudais, ainda que só para os barões e não para os súbditos em geral. “Tal resistência ao rei feudal, que não era uma revolução, mas somente a efectuação da ideia implícita no próprio contrato, acabava por consistir, em última instância, no repúdio desse mesmo contrato (*diffidatio*), o que, em termos práticos, não era outra coisa senão a retirada da lealdade, da *fides*, ao rei. O governo teocrático era unilateral; o feudal era bilateral”².

Na opinião de Dogliani, o constitucionalismo moderno está, sobretudo, ligado ao desenvolvimento deste último princípio: “Se o entrelaçamento destas três matrizes (o princípio da tradição, o princípio teocrático e o princípio pactício) explica a profundidade da ideia medieval da soberania do direito (que os modernos herdaram), é a terceira matriz, a feudal-pactícia, que está na base do ressurgimento da ideia de constituição”³.

Foi uma viragem coperniciana que ocorreu na referência utilizada para alegar o carácter não originário, mas constituído, do poder real. Recorrendo à observação de Water Ullmann, dir-se-á que a concepção descendente do governo e da lei foi substituída pela concepção ascendente: “A autoridade governativa e a lei ascendem a partir de uma base larga, numa estrutura em forma de pirâmide. Qualquer que seja o poder que exista nos órgãos de governo, qualquer que seja o seu poder na criação da lei, isso reporta-se em última análise ao povo: é ele que, por motivos de eficácia prática, confia um determinado poder a determinados órgãos por um

¹ WALTER ULLMANN, *Principios de gobierno y política en la edad media*, Ediciones de la Revista de Occidente, Madrid, 1971, 156.

² *Ibidem.*, 156.

³ MARIO DOGLIANI, *Introduzione al diritto costituzionale*, ed. cit., 141.

determinado tempo"¹. A constituição moderna, entendida como manifestação da vontade fundadora do sistema político, tem aqui a sua raiz. Depois da inversão do ponto de partida do poder, houve ainda que pulverizar em átomos o conceito de sociedade, individualizando os componentes do povo e repudiando os corpos políticos intermédios. A pirâmide social da constituição moderna só terá base e vértice.

Naturalmente, os *pressupostos mentais* da compreensão da realidade – os conceitos-chave da decifração social – vão mudando uns por efeito da mudança de outros ("o valor de um termo pode ser alterado... só porque um termo vizinho sofreu uma modificação"²), sem que seja possível, contudo, estabelecer entre eles qualquer relação unívoca de precedência causal. A transição da ideia de uma constituição que não supõe um acto constituinte histórico – mesmo na concepção ascendente do princípio pactício-feudal – para a ideia de uma constituição produtível *ex novo* pelo povo num determinado momento da sua história (concepção racional-voluntarista) interage com a transformação concomitante de outros conceitos da mesma família. A ideia moderna de constituição, que há-de suscitar a aparição pública do conceito de poder constituinte, não chegaria ao estágio evolutivo a que chegou se metamorfoses paralelas não se verificassem, designadamente, na ideia de soberania. Será, pois, necessário ir à procura das transformações operadas nesta última ideia para apoiar nela a irrupção conceptual do Estado, "coisa que não aparece senão com Bodin"³.

¹ Citado por DOGLIANI, *ibidem*, 117. WALTER ULLMANN assinala a tensão histórica, que se projecta e que persiste na política medieval até ao advento da modernidade, entre as concepções ascendente e descendente relativas à procedência originária do poder. "Na Roma republicana encontramos na sua forma pura a tese ascendente do governo e do direito, segundo a qual os magistrados recebiam o seu poder dos cidadãos. Os últimos constituíam o órgão supremo, os *domina*; os primeiros eram os seus servidores. Esta concepção populista cedeu lugar ao principado, no qual os magistrados substituíram os antigos cidadãos numa hierarquia que culminava no próprio imperador. Com a adopção do cristianismo, o principado, por sua vez, cedeu lugar à plena concepção descendente (teocrática) que começou a ser uma realidade na doutrina e na ordem jurídica desde o século IV em diante [...] Apesar desta concepção descendente ter dado o tom aos governos papal e real, nos estratos menos articulados da sociedade medieval houve remanescentes atavismos da concepção ascendente que podem ser considerados como precursores do desenvolvimento posterior. Em si mesmas, estas manifestações populistas (...) foram inofensivas e sem influência, mas (e isto é importante) constituíram um ponto vivo entre o primitivo período europeu e a nova Europa (...) No entanto, não devemos menosprezar a eficácia e o papel do feudalismo em facilitar a passagem da concepção descendente do governo e do direito para a ascendente (...) O caminho que leva do *point d'appui* teocrático ao governo constitucional está regado de sangue e marcado por revoluções; a via que leva do *point d'appui* feudal ao constitucionalismo caracteriza-se pela evolução paulatina" (W. ULLMANN, *Principios de gobierno y política en la edad media*, ed. c.,27).

² SAUSSURE, *Cours de linguistique générale*, Payot, Paris, 1979, 166.

³ OLIVIER BEAUD, *La puissance de l'État*, PUF, Paris, 1994, 35.

1.3. As metamorfoses evolutivas do conceito de soberania.

Soberano é aquele que não tem superior ("porque aquele que tem um superior não pode ser um ser supremo e soberano"¹). Na Idade Média, a soberania era referida a Deus e ao rei, mas também à nobreza feudal: "Cada barão é soberano na sua baronia". A partir de certa altura, à ideia de soberania real passou a associar-se o poder de decisão judicial em última instância. Nos conflitos de interesses que requeriam arbitragem, a sentença proferida pelo rei tornava-se inapelável². Sem invadir a esfera da acção soberana dos barões, dos senhores feudais, o rei sobrepunha-se na qualidade de juiz de último recurso. Mas, no mais, continuava detentor de uma soberania limitada, uma soberania "que repousa, na sua estrutura interna, sobre o princípio constitucionalista do consenso entre o rei e os estados³ para o que concerne às decisões políticas essenciais e, na sua estrutura externa, sobre a existência de uma *República cristã* que testemunha a dominação da igreja sobre os reinos"⁴. É verdade que a supremacia do rei no domínio judicial não deixa de indiciar um processo de concentração da soberania. Porém, antes da génese histórica do Estado, faltava às prerrogativas reais o poder criar o direito. O rei decidia sobre a sua aplicação, mas não sobre o seu conteúdo que era de ordem transcendente e imutável. "Neste sentido, o direito é superior à vontade do rei que é *legibus alligatus* e não *legibus solutus*"⁵.

O que fez mudar o conceito de soberania foi a inclusão de uma nova prerrogativa da realeza: a de promulgar ou ab-rogar leis. A superioridade jurídico-política do rei passava da competência judiciária para a legislativa e assim a instituição real entrava na modernidade. "O rei como juiz é medieval, o rei como legislador é moderno"⁶.

¹ C. L'OISEAU, *Traité des Seigneuries*, Paris, 1609, citado por BERTRAND DE JOUVENEL, *De la souveraineté*, Éditions Guénin, Paris, 1955, 230.

² "O apelo ao grau superior de autoridade é da essência do regime feudal. Salvo erro, é do regime feudal que provém o direito de apelo que nos parece quase natural" (B. JOUVENEL, o. cit., 219).

³ Como observa O. BEAUD, o signo Estado em sentido moderno reclamará um E maiúsculo para se distinguir semanticamente dos estados em sentido medieval. O Estado concebido por BODIN é um neologismo (cf. O. BEAUD, o. cit., 37).

⁴ Idem, ibidem, 43.

⁵ Idem, ibidem, 44.

⁶ Sobre esta evolução cf. O. BEAUD, o. cit., 42 e ss..

Se Bodin é o autor que concretiza esta transfiguração conceptual¹, outros foram preparando a mudança. De facto, não pode ignorar-se o papel que, nesse processo, desempenharam os legistas pré-bodinianos. Recorrendo à doutrina romana do *Princeps (quod principi placuit habet legis vigorem)* e à metáfora da monarquia divina (*Rex... est in regno suo tanquam quidam corporalis deus*), eles foram impondo pouco a pouco a imagem do rei como soberano em sentido pós-feudal. A efectivação histórica do conceito moderno de soberania é indissociável do "triunfo dos profissionais"². Se a *constituição real* do feudalismo logrou resistir longamente à unificação do Estado pela qual os legistas pugnavam na prática e na teoria, o facto é que "a repetição regular de pretensões a uma autoridade suprema ia pelo menos acrescentado um pouco de carne ao esqueleto. E quando, por altura do fim da Guerra dos Cem Anos, um grande poder se juntou à autoridade, os elementos fundamentais da posição de Bodin estavam já reunidos"³.

As boas teorias distinguem-se por ajudarem a resolver as contradições do seu tempo. No século de Bodin, as contradições situavam-se entre as novas guerras internacionais de comércio, que exigiam um exército disciplinado de âmbito nacional, e as lutas por motivos religiosos (Reforma e Contra-Reforma), que dividiam e enfraqueciam o reino (a guerra externa precisava de paz interna); entre a necessidade de um poder único e eficaz e a subsistência de um sistema de poderes dispersos (políticos, militares, religiosos); entre a rigidez dos fundamentos tradicionais do direito e as exigências de flexibilização jurídica impostas pela nova dinâmica social ("A questão que se põe doravante é a da adequação do direito à evolução da sociedade que a ele incumbe acompanhar ou mesmo provocar"⁴). Neste contexto de grande complexidade, *Les six livres de la République* (1576) de Bodin cumpriram a sua missão. Neles se constrói a representação de uma nação transformada num Estado sob o princípio da unicidade do poder público, um *poder supremo, original, primeiro*, ao qual pertence o monopólio do direito positivo e da força militar nacional.

Na definição que Bodin dá de soberania (*la puissance absolue et perpétuelle d'une République*)⁵, o que talvez constitua verdadeira novidade relativamente ao

¹ Ao contrário desta tese de nascimento súbito e de pai único, BERTRAND DE JOUVENEL considera que "a noção moderna da soberania foi-se constituindo lentamente..." (o. cit., 217).

² DONALD R. KELLEY, "Le droit", in BURNS (J. H.), *Histoire de la pensée politique Moderne*, PUF, Paris, 1997, 64.

³ Idem, *Histoire de la pensée politique Moderne*, PUF, Paris, 1997, 464.

⁴ O. BEAUD, o. cit., 61.

⁵ JEAN BODIN, *Los seis libros de la República*, Tecnos, Madrid, 1985, 47.

conceito já elaborado por outros legistas é a afirmação do carácter *perpétuo* da soberania. Carl Schmitt considera que, pela característica da perpetuidade, Bodin apenas quis estabelecer a diferença específica entre ditadura e soberania. O ditador era detentor de um poder ilimitado que o colocava acima da lei; só que exercia esse poder apenas por um tempo determinado e para uma missão concreta (fazer a guerra, reprimir uma rebelião, reformar a administração pública, etc.). Esgotado o tempo ou finalizada a missão, cessava a ditadura. O ditador tinha recebido uma comissão, ele era um simples comissário ("le commissaire est la personne publique qui a charge extraordinaire, limitée par simple commission"¹). O rei soberano tinha prerrogativas semelhantes às do ditador (também ele estava acima da lei), mas, ao contrário do ditador, o seu estatuto era irrevogável. Não exercia funções por comissão de qualquer outro poder (humano) que fosse fundamento do seu (só reconhecia a superioridade do poder divino).

Mas, ao afirmar a perpetuidade da soberania, Bodin não se limitava a postular o seu carácter vitalício. Se não explicitamente, pelo menos de uma forma implícita, ele oferecia condições para que uma interpretação historicamente justificada do seu conceito acabasse por tornar a soberania transcendente à circunstância física do soberano. Começavam, pois, a aparecer claramente dissociados “os dois corpos do rei”, um tema já dramatizado por Shakespeare na peça *Ricardo II* (1595), e à qual Kantorowicz foi buscar inspiração para a sua conhecida obra sobre a natureza dual, ao mesmo tempo física e mística, da figura do monarca na Idade Média (*The King's two bodies, A study in Medieval Political Theology*, 1957)².

Esta inovação semântica pode ter encontrado o seu gérmen na distinção que Bodin, a fim de definir os limites jurídico-políticos da ditadura, estabeleceu entre magistrado e comissário. Basta isolar algumas das diferenças postas em destaque por Carl Schmitt: o cargo do magistrado tem carácter permanente, mesmo quando o titular muda com frequência (por exemplo, os cônsules que mudam anualmente) e, porque o cargo está legalmente regulado, o magistrado tem uma espécie de direito ao cargo; pelo contrário, o comissário exerce um cargo extraordinário que tem a duração da própria

¹ CARL SCHMITT, *La dictadura, desde los comienzos del pensamiento moderno de la soberania hasta la lucha de classes proletária*, Ediciones de la *Revista de Occidente*, Madrid, 1968, 64.

² ERNST H. KANTOROWICZ, *Os dois corpos do rei: um estudo sobre teologia política medieval*, Companhia das Letras, São Paulo, 1998. Dito e resumido por FRANÇOIS OST: “Conhecemos o resultado mais célebre dessa doutrina: a imagem dos «dois corpos do rei», elaborada pelos juristas ingleses na época dos Tudor, e o adágio, célebre em França desde o século XVI, segundo o qual «o rei nunca morre». Numa só pessoa, o Rei concentrava duas qualidades: o ser de carne, hoje poderoso mas destinado a morrer, e o titular abstracto de uma dignidade que lhe sobreviveria” (*O tempo do direito*, ed. cit., 258).

execução da tarefa e, por isso, o comissário não tem direito ao cargo nem este subsiste terminada a comissão.

A ditadura é uma comissão muito especial. Tendo que responder de forma eficaz a uma situação de excepção na ordem política, o ditador recebe poderes excepcionais: ele pode fazer tudo o que entender ser necessário ao êxito da sua missão. O corolário imediato é este: o ditador não pode ver dificultada a sua acção (ele é um "comissário de acção", segundo a definição de Schmitt) por embaraços criados pelo direito. Todas as leis ficam suspensas do ditame do ditador (*dictator est qui dictat*); não há outra fonte de direito.

O conceito de soberano em Bodin forma-se pela síntese da característica da magistratura com a característica da ditadura. Como acontece no primeiro caso, a soberania tem um carácter não precário, existe *à perpétuité*; e como acontece no segundo, a soberania supõe um poder *legibus solutus*. Mas, do mesmo modo que o magistrado não se confunde com a magistratura (é o cargo que é perpétuo, não a pessoa que o exerce), assim também o soberano não se confunde com a soberania. E é isso que, como observa J. Freund, coloca a soberania na esfera do direito e não da força. "O soberano não tem senão a sua própria vontade por regra, ele governa e não é governado, ele julga e não é julgado (...) A estas considerações, Bodin acrescenta uma precisão que ninguém esperava. Enquanto que a lei não poderia vincular o soberano, o contrato pode. Ele não poderia derogar (...) uma convenção que se interpusesse entre ele e os súbditos, por exemplo as leis fundamentais a que nós chamamos hoje constituição. Isto conduz Bodin a olhar finalmente a soberania já não como um fenómeno de poder e força, mas de direito (...) Aí onde há convenção e direito cessa o direito do mais forte"¹.

Isto quer dizer que o soberano não é o titular originário da soberania: ele exerce um poder derivado. Freund acusa Bodin de ter formulado um conceito de soberania ambíguo: "A definição que ele dá é puramente política, mas ao mesmo tempo tenta fazer da soberania um conceito jurídico e mesmo um fenómeno de direito"². O aspecto determinante da definição bodiniana será político, mas esse não é o ponto de vista que prepondera na doutrina. A maior parte dos juristas, com efeito, toma por fundamental o aspecto jurídico do conceito, facto que faz abespinhar

¹ J. FREUND, *L'essence du politique*, Éditions Sirey, Paris, 1965, 118.

² Idem, *ibidem*, 118.

Freund que se confessa decidido a "restituir a soberania à sua esfera própria: a política"¹.

A questão é saber se a ambiguidade existe no interior do conceito de soberania ou se ela é antes produto da confusão entre soberania e soberano, dois conceitos distintos. BODIN tomou por referência o modelo a constituição familiar. Dentro de cada família, o chefe podia exercer a sua soberania sobre os seus sem depender de alguém a não ser de Deus; soberano absoluto, ele tinha poderes de vida ou de morte sobre a mulher e os filhos. Por ambição, vontade de poder, etc., os chefes de família envolveram-se em lutas que tiveram por efeito reduzir os vencidos à servidão dos vencedores. Estes, por seu lado, tiveram que reconhecer o *condottiere* como seu chefe supremo, com direitos sobre si semelhantes aos que cada um tinha sobre os membros da sua própria família. "Deste modo, palavras como senhor e servo, príncipe e súbdito, até então desconhecidas, entraram em circulação"². Dessa forma terá nascido o Estado. "A razão e a luz natural levam-nos a crer que a força e a violência estiveram na origem de todas as repúblicas"³. No quadro desta descrição, não existe anterioridade histórica nem lógica da soberania em relação à figura individualmente concreta do soberano; ou, por outras palavras, do Estado em relação ao príncipe. Mas, ao longo dos tempos, os príncipes vão-se sucedendo qualquer que seja a causa que gera a sucessão: morte ou usurpação. O que sempre permanece é o povo: "o povo nunca morre"⁴. Pouco a pouco vai-se fixando na tradição imemorial um conjunto de direitos e costumes, regras e práticas, que, imperceptivelmente, se transformam em leis fundamentais que escapam à disponibilidade dos príncipes. Bodin dá um exemplo: "Quanto às leis concernentes ao estado e à fundação do reino, o príncipe não as pode derrogar por estarem incorporadas na coroa, como acontece com a lei sálica"⁵. Reside aí um manifesto limite ao poder do príncipe que contrasta com o carácter ilimitado da soberania estatal.

O príncipe (o rei) não entra nos termos com que Bodin define a república ("quer dizer, o Estado"⁶). "República é um governo justo que se exerce com poder

¹ Idem, *ibidem*, 121.

² J. BODIN, *o. cit.*, 35.

³ Idem, *ibidem*, 35.

⁴ Idem, *ibidem*, 16.

⁵ Idem, *ibidem*, 56.

⁶ O. BEAUD, *La puissance de l'état*, ed. cit., 51

soberano sobre várias famílias e sobre tudo aquilo que lhes é comum"¹. Um governo justo é a condição de uma "república bem ordenada"², aquilo que o distingue de um bando de salteadores. "Antes de tudo, digo *governo justo* para salientar a diferença que existe entre os Estados e os bandos de ladrões e piratas com os quais não pode haver qualquer espécie de pacto, nem comércio, nem aliança"³. O que confere ao rei a legitimidade para o exercício da soberania é, pois, o pressuposto de que ele governa rectamente no interesse das famílias que, juntamente com ele, formam organicamente o Estado. Doutra forma, ele poderá ser rei, mas não soberano; rei de nome, mas não de direito. Com efeito, "há piratas que mereciam mais que lhes chamassem reis do que alguns que são portadores de ceptros e coroas sem justificação nenhuma, verdadeira ou aparente, devido aos roubos e crueldades com que oprimem os súbditos"⁴. Bodin é, portanto, categórico: a soberania pertence ao Estado e não aos indivíduos que só possam invocar a força como argumento para a sua supremacia. E não só lhe pertence como é a condição da sua existência: "a soberania é o verdadeiro fundamento, a base sobre a qual se apoia toda a estrutura do Estado....".

A teoria (política) da génese violenta do Estado transformou-se na teoria (jurídica) da transferência da soberania por contrato. Dizer que a soberania é transferida é dizer que quem a recebe fica doravante com um poder equivalente ao que era possuído por aquele que a cede: um poder *perpétuo* (quer dizer: para toda a vida) e um poder *absoluto* (quer dizer: não partilhado). O rei pode então considerar-se um monarca soberano "já que o povo se despojou do seu poder soberano para lhe dar posse e investi-lo, pondo nele todo o seu poder, prerrogativas e soberanias". Mas não significa isso que o soberano esteja legitimado para governar despoticamente. Locke dirá mais tarde que só por idiotice é que o povo daria a alguém o poder de pôr arbitrariamente em risco as suas vidas e os seus bens. O poder absoluto da soberania, segundo Bodin, exclui a arbitrariedade. "Se dizemos que tem poder absoluto aquele que não está sujeito às leis, não se encontrará no mundo príncipe soberano, posto que

¹ J. BODIN, *ibidem*, 9.

² *Idem*, *ibidem*, 9.

³ Não é difícil ver aqui uma exigência de validade jurídica que HANS KELSEN, com o mesmo exemplo, faz remontar até ao pressuposto da *Grundnorm* (cf. *Teoria pura do direito*, Arménio Amado, Coimbra, 1962, 5 e ss.; 84 e ss.) Nem todo o acto de vontade imperativa pode ser interpretado como acto de vontade soberana. Só que, em BODIN, a diferença, em vez de assentar num fundamento produzido pela razão lógica, remete antes para uma tradição de soberania construída ao longo da história.

⁴ J. BODIN, *ibidem*, 10.

todos os príncipes da terra estão sujeitos às leis de Deus, às leis da natureza e a certas leis humanas comuns a todos os povos"¹. Assim, à questão de saber se o príncipe, que proíbe o homicídio sob pena de morte, está ou não sujeito à proibição, Bodin responde que está porque "esta lei não é sua, mas sim de Deus e da natureza, à qual ele está mais estritamente obrigado que qualquer dos seus súbditos"². O rei está acima das leis que ele próprio promulga, mas deve obediência àquelas que veiculam decisões que têm a ver com questões de honestidade. "Quando digo honesto, quero referir-me ao que é honesto por direito natural; em tal caso, é evidente que todos os príncipes estão sujeitos a elas, visto que tais leis são naturais ainda que seja o príncipe quem as faça publicar. Por maioria de razão, estão obrigados se a lei, além de ser justa, é também útil"³.

Vê-se claramente o esforço de Bodin para realizar a síntese que Cattaneo atribuirá a Hobbes e que é a de reunir o absolutismo com o liberalismo num regime que aquele autor designará com a expressão aparentemente contraditória de *absolutismo liberal*. Esta fórmula híbrida é própria da transição do feudalismo para o liberalismo. É necessário, por um lado, concentrar o poder e afirmar com isso a unidade do Estado; é necessário, por outro, prevenir os abusos do poder contra os interesses privados da nova classe em ascensão. Vejamos esses dois lados do problema.

A unidade do Estado assenta no facto da existência de uma única fonte de direito positivo⁴. Dois séculos antes de Rousseau, Bodin identificará o soberano com o legislador. "No poder de dar e anular a lei estão compreendidos todos os demais direitos e atributos da soberania, de modo que, falando com propriedade, poderemos dizer que só este atributo define a soberania. Todos os demais direitos estão compreendidos nele"⁵. O soberano é, assim, o legislador e só é verdadeiramente soberano na medida em que detém em exclusividade absoluta aquele poder. Olivier Beaud vê neste entendimento da soberania como monopolização da produção do direito positivo por parte do príncipe o golpe de

¹ Idem, *ibidem*, 52.

² Idem, *ibidem*, 60.

³ Idem, *ibidem*, 61.

⁴ MASSIMO LUCIANI afirma que « Reduzida ao essencial a teoria bodiniana da soberania não vai além de duas afirmações : a) que a prerrogativa essencial da soberania é o «dar a lei aos súbditos ; b) que soberano é aquele que não está «de nenhum modo sujeito ao comando de outro» (“L’antisovrano e la crisi delle costituzioni”, ed. cit., 141).

⁵ J. BODIN, *ibidem*, 75.

misericórdia dado pela teoria do Estado de Bodin ao modelo feudal de organização do poder¹.

O mesmo autor salienta alguns corolários implicados nesse monopólio. Em primeiro lugar, a unilateralidade da lei. Diz, com efeito, Bodin que a característica principal da soberania consiste em poder dar a lei aos súbditos sem o seu consentimento. "Esta definição – observa O. Beaud – tem por efeito decisivo excluir do poder público as antigas autoridades que, em virtude da tradição do constitucionalismo medieval, deviam expressar, em nome da comunidade, o seu consentimento"². A supressão do princípio medieval do consentimento torna a obrigação da obediência independente do conteúdo da lei. "A unilateralidade da lei não tem por única consequência a exclusão processual de certas pessoas da lista dos autores da lei; ela tem também por corolário a regra da obediência prévia (...) Esta significa em direito que o assentimento dos destinatários da lei não é uma condição de validade da norma"³. Outro corolário diz respeito à supremacia normativa da lei. O. Beaud salienta aqui a segunda dimensão do poder legislativo do soberano: o poder de ab-rogar a lei. A ab-rogação remete para o problema da hierarquia das normas e dos poderes. "Dizer que a lei do Soberano é um acto jurídico unilateral capaz de ab-rogar todas as outras normas é dizer que apenas uma lei pode ab-rogar outra lei. A lei do soberano é, pois, inab-rogável por um terceiro e ab-rogável somente pelo soberano"⁴. A par da rejeição da prática medieval da anulação dos actos do rei pela autoridade religiosa, é afirmada a superioridade da vontade do soberano sobre a lei. O soberano pode sempre anular uma lei e substituí-la por outra, tenha ela sido editada por si ou proceda da vontade de um antecessor. A lei – e, por maioria de

¹ O. BEAUD refere-se a BODIN como sendo o "grande legista que, inventando a noção de soberania, foi o primeiro a teorizar o Estado" (*La Puissance de l'État*, ed. cit., 29. Posição diferente é a de PÉREZ ROYO para quem a teoria do Estado não aparece senão com HOBBS. Segundo ele, é "de maneira errónea" que alguns autores consideram BODIN um teórico do Estado (*Introducción a la teoría del Estado*, Editorial Blume, Barcelona, 1980, 18). PÉREZ ROYO integra o conceito de soberania de BODIN no pensamento político medieval e, neste, não há ainda a ideia da concentração e monopolização do poder político, características essenciais para a transformação do reino num Estado, uma transformação que apenas se operou com a instalação do modo de produção capitalista. "A soberania não é, portanto, no pensamento político feudal uma característica do poder político, mas uma característica específica de um dos poderes políticos que existem no país e que, precisamente por ela, se diferencia de todos os demais poderes políticos. Longe de existir uma concentração e monopolização do poder, o que existe é uma pluralidade de poderes entre os quais é necessário estabelecer uma ordem hierárquica. O conceito de soberania é o instrumento para a fixação desta ordem" (ibidem, 22).

² O. BEAUD, o. cit., 70.

³ Idem, ibidem, 73-74.

⁴ Idem, ibidem, 95.

razão, se dirá o mesmo de decisões com estatuto inferior à lei – não obriga nem o autor nem os sucessores deste.

Bodin dá a seguinte explicação: "É preciso que aqueles que são soberanos não estejam submetidos ao império de outro e possam dar lei aos súbditos e anular ou emendar as leis inúteis; isto não pode ser feito por quem esteja sujeito às leis de outra pessoa. Por isso, se diz que o príncipe está isento da autoridade das leis... Não há dúvida de que as leis, ordenanças, patentes, privilégios e concessões dos príncipes só têm força durante a sua vida, a menos que haja ratificação expressa ou tácita pelo príncipe que tem conhecimento da sua existência..."¹.

O. Beaud pôs em relevo a vertente absolutista do *absolutismo liberal* de Bodin. Na sua opinião, os *Seis Livros da República* podem ser encarados como uma obra de filosofia política ou como um tratado jurídico susceptível de ser descodificado com as categorias do direito moderno e as noções da teoria geral do direito e do Estado. O. Beaud optou por esta segunda hipótese confessando que, por efeito dessa escolha, a sua interpretação "teria desde logo tendência para acentuar o carácter moderno e jurídico do pensamento [de Bodin]. Esta interpretação, em parte anacrónica, conduz a sublinhar a lei como acto de criação e como norma jurídica suprema (como acto de soberania). A este propósito, a emergência da soberania dá testemunho de uma revolução na história do direito que é a emergência da *positividade* do direito..."². Na perspectiva da filosofia política a obra do legista valeria, certamente, mais pelo seu papel na transição histórica do feudalismo para a modernidade. "Entre os defensores da monarquia absoluta, Bodin destaca-se pelo vigor da suas máximas jurídicas, mas sobretudo porque sente de forma mais profunda e concreta do que os outros o que liga esse regime às necessidades do momento histórico, ao impulso da unificação nacional de que ele é ao mesmo tempo o cenário e o instrumento"³.

Enquanto obra escrita em contexto de transição, os seis livros da *República* comportam a ambiguidade de uma dupla intenção: justificar um poder sem limites visando a destruição do antigo regime e, ao mesmo tempo, estabelecer limites a esse poder que salvaguardem a propriedade burguesa dos abusos que, todavia, lhe

¹ J. BODIN, o. cit., 52-53.

² O. BEAUD, o. cit., 55.

³ JEAN TOUCHARD, *História das ideias política*, 3, Publicações Europa-América, Lisboa, 1970, 66.

são permitidos relativamente à propriedade senhorial. Conforme observa Jean Touchard, Bodin não se furta a uma certa dose de contradição ao pretender conciliar o absoluto da soberania e a liberdade dos súbditos "quer dizer, essencialmente a propriedade privada"¹.

Existe, pois, na obra de Bodin uma vertente liberal que a torna articulável com o constitucionalismo moderno. O príncipe da soberania moderna ficará limitado de modo semelhante ao que acontecia na soberania medieval, só que por razões diferentes.

Na perspectiva absolutista, o príncipe soberano fica com o poder de anular compromissos assumidos pelos seus predecessores se tal for considerado do interesse público e se a concessão tiver sido feita sem o consentimento "dos estados, das cidades, das comunidades principais, dos parlamentos ou dos príncipes e grandes senhores"². Assim, por exemplo, "se um príncipe contratou com o estrangeiro ou com um súbdito em matéria atinente à coisa pública sem o consentimento dos acima citados e se o contrato acarretar grande prejuízo para a coisa pública, o sucessor não fica de modo nenhum obrigado..."³. Quer dizer que os burgueses das cidades ficam com a possibilidade de pedir a anulação de privilégios senhoriais bastando-lhes o pretexto de terem sido obtidos sem o seu consentimento e de serem contrários ao interesse público. O rei usa nesse caso as prerrogativas do seu *absolutismo legítimo*.

Em contrapartida, na perspectiva liberal, o mesmo príncipe fica impedido – pelas leis de Deus e da natureza e por certas leis humanas comuns a todos os povos – de lesar a propriedade privada burguesa em função da qual o interesse público passa a ser definido: "nenhum príncipe do mundo tem poder para levantar arbitrariamente impostos sobre o povo nem apoderar-se dos bens alheios"⁴. O absolutismo do rei não é um *despotismo arbitrário*. "É impróprio dizer que o príncipe soberano tem poder para roubar os bens alheios (...) Se o príncipe soberano não tem poder para ultrapassar os limites das leis naturais que Deus (...) prescreveu, tão-pouco poderá tomar os bens alheios sem causa justa e razoável, quer dizer, por compra, troca ou confiscação legítima..."⁵.

¹ Idem, *ibidem*, 62.

² J. BODIN, *o. cit.*, 66.

³ Idem, *ibidem*, 66.

⁴ Idem, *ibidem*, 57.

⁵ Idem, *ibidem*, 64.

O rei não precisa de jurar aquelas leis para que seja obrigado a respeitá-las. No entanto, é subentendido que o rei firmou com o povo um contrato nesse sentido. Bodin dá o exemplo da investidura do rei de Tartária: "Fazem-no sentar num trono de ouro e dizem-lhe estas palavras: *Suplicamos-te (...) que reines sobre nós*. O rei responde: *Se quereis isso de mim, é preciso que estejais dispostos a fazer o que eu mandar (...)* O povo respondeu: *assim seja (...)* Dito isto, tiram-no do trono e põem-no no chão e sentam-no sobre uma tábua (...) *Olha para o alto e reconhece Deus (...)* *Se governares bem, terás tudo o que desejares; se não, cairá tão baixo e será despojado de tal forma que não te restará nem a tábua sobre a qual te sentas*. Dito isto, levantam-no e vitoriam-no como rei dos tártaros. Este poder é absoluto e soberano porque o rei não está sujeito a outra condição senão a de obedecer ao que a lei divina e a natural mandam"¹. Se, em princípio, o rei está acima das suas leis, ele não está, contudo, acima dos contratos que faça. É preciso não confundir as duas coisas. "A lei depende daquele que detém a soberania, daquele que pode obrigar todos os súbditos, mas não pode obrigar-se a si mesmo. A convenção é mútua entre o príncipe e os súbditos, obriga as duas partes reciprocamente e nenhuma delas pode infringi-la em prejuízo e sem o consentimento da outra; neste caso, o príncipe não está acima dos súbditos"². E é precisamente o contrato que obriga o rei a respeitar também as suas próprias leis quando estas são justas e úteis.

Pelo que acaba de ser transcrito, facilmente se depreende que a vertente liberal do absolutismo bodiniano é mais medieval do que moderna³. Ela é, se quisermos, sociologicamente moderna, mas politicamente medieval. Com efeito, o modelo da limitação do poder do rei não reproduz outra coisa que a velha instituição

¹ Idem, *ibidem*, 51-52.

² Idem, *ibidem*, 55.

³ FIORAVANTI considera que BODIN se mantém preso ao feudalismo, sendo por isso que o pai da soberania moderna não escapa à ambiguidade do conceito. Há, realmente, a vinculação do poder real ao *direito radicado nas coisas e nos bens*, só que, no entanto, os bens protegidos pela inibição tradicional do príncipe são agora os da nova classe ascendente. A grande originalidade teórica de BODIN, segundo FIORAVANTI, está na distinção que ele faz entre *regime político* e *governo*, ficando aquele imune às contingências deste. "A constituição mista medieval sobrevive ainda, mas limitada a ser – no máximo – um conveniente e reconhecido modo de organizar o governo. Através dela já não se alcançam as características fundamentais da comunidade política, que, pelo contrário, vêm dadas pelo *tipo de regime político* nela presente (...) Esta ideia, que verdadeiramente percorre toda a obra de Bodin, segundo a qual inclusive o mais complexo e mediato dos governos não pode nem deve fazer mossa no núcleo duro do regime político, dentro do qual está contido o momento da soberania, é a *primeira grande ideia* que está nas origens da constituição dos modernos. Com efeito, esta constituição começa a nascer no momento em que começa a tornar-se forte e sensível a necessidade de individualizar um núcleo rígido e inalterável do poder político, subtraído pela sua natureza à força corrosiva do intercâmbio, do pactuado" (o. cit., 77; sublinhados dele). Ainda sobre as raízes feudais da teoria política de BODIN, recordar *supra*, nota 2, p 17.

do *pactum subjectionis*. O que mudou foi o grupo social que fala em nome do povo, que assume o papel de guardião do pacto. Esse já não é constituído pelos grandes do clero e da nobreza, mas sim pelos homens ricos da burguesia. O que prevalece é a ideia de que há um compromisso por parte do rei que o obriga a governar para o bem público sob pena de desobediência civil. E isso permitiria a Paolo Grossi dizer que, com Bodin, se conservava o *carácter sapiencial do direito*¹. A definição do bem público é que será outra porque outros são também aqueles que passaram a estar em condições políticas de o definir.

1.4. Confluência da teoria da soberania com o paradigma contratualista. Da teoria do contrato social à teoria do poder constituinte.

A vertente liberal tornar-se-á moderna com a teoria do contrato social. Conforme Burdeau esclarece, a diferença consiste nisto: "no pacto de sujeição estão de um lado os governantes (monarca, príncipe ou senhor) e do outro os governados; no contrato social são os indivíduos que se comprometem uns em relação aos outros; os governantes não aparecem porque o contrato tem justamente por objectivo instituir a autoridade"². É dessa maneira que, na terminologia de O. Beaud, o *Estado dos súbditos* se transforma em *Estado dos cidadãos*. A teoria do contrato social ajudará a estabelecer a separação entre a sociedade civil e o Estado e a redução da ideia de bem comum à de interesse privado perseguido com igual liberdade por todos os indivíduos. "Sob a validade das premissas burguesas relativas à capacidade de autogestão da sociedade, o soberano perderá a responsabilidade pelo bem-estar individual e pela justiça social (...) Ao Estado não vai restar senão aquela única função que a sociedade não podia realizar por seus próprios meios, ou seja, a defesa da liberdade diante dos perigos que possam

¹ E, de facto, P. GROSSI considera que BODIN, enquanto *jurista* reconhece a *onticidade* do direito, ao mesmo tempo que enquanto *político* concebe o príncipe à maneira moderna, isto é, com poder irrestrito na criação de leis. "Em suma, Bodin, ainda nos finais de quinhentos, regista a existência de dois planos, dois níveis da experiência jurídica francesa: um em crescimento, o das *leis*; outro, mais subterrâneo, arreigado na sociedade, que não titubeia em chamar-lhe *direito*. Planos distintos, mas também realidades rigorosamente distintas pelas suas qualidades intrínsecas: a lei real refere-se só à vontade do rei, não tendo importância o seu conteúdo substancial; o direito é, pelo contrário, o fruto da experiência de vida de uma comunidade e contém em si as soluções mais equitativas que, quotidianamente, a comunidade faz suas" (*Mitologia jurídica de la modernidad*, ed. cit., 36).

² *Traité de Science Politique*, T. III, *Le statut du pouvoir dans l'État*, ed. cit., 49.

obstaculizar o livre jogo das forças sociais do qual depende o bem-estar social"¹. Desta maneira, o Estado passará a ser avaliada a sua legitimidade, não pelo bem comum que produza, mas pela garantia de paz e segurança que seja capaz de dar.

No momento seguinte a teoria do contrato social irá transformar-se na teoria da constituição. A mudança significará passar da filosofia política para o direito político. A novidade, conforme observa Grimm, consiste no facto de a constituição introduzir uma categoria de direito positivo em que, pela primeira vez, o destinatário das normas será o próprio Estado e não o povo. Exactamente porque o objectivo é delimitar juridicamente a competência do poder estatal, já o direito tem que proceder de outra fonte (como dizia BODIN, nenhum príncipe pode impor a si mesmo uma lei que não possa transgredir: *nulla obligatio consistere potest quae a voluntate promittentis statum capit*). Aquela delimitação não poderá, pois, ser levada a efeito mediante uma lei produzida pelos próprios órgãos estatais. "Tal tarefa requer um direito superior à lei. Por isso, o ordenamento jurídico passa a estar dividido em duas partes: por um lado, o direito que deriva da sociedade e que vincula o Estado; por outro, o direito que deriva do Estado e vincula a sociedade"². Deslocando o ponto de mira do direito para os poderes que o produzem, a ordem política passa a ser igualmente dicotómica. Sieyès, fundamentando-os ainda no quadro teórico do contratualismo, designá-los-á por *pouvoir constituant e pouvoirs constitués*. Deu-lhes nome e ganhou fama com isso.

A emergência do poder constituinte será o resultado de um sistema de transformações que, entretanto, deverão ocorrer no interior do paradigma contratualista. Ainda que a passos rápidos, iremos percorrer as etapas desse processo desde a formação não consciente do seu conceito (momento inglês) até à construção do signo completo que, desde então, passa a ligar o conceito ao ser designado (momento francês).

No momento inglês já o poder constituinte se auto-revela na configuração teórico-política do referente. Como diz Olivier Beaud a propósito da soberania, "a coisa [neste caso, o sujeito constituinte] existiria antes do nome"³. Dessa auto-revelação que antecede a identificação nominal, assinalaremos dois marcos: Hobbes e Locke.

O momento francês passa inevitavelmente por Rousseau, mas a denominação propriamente dita reporta-se especificamente a Sieyès e ao seu célebre

¹ DIETER GRIMM, "Il futuro della costituzione", *Il futuro della costituzione* (a cura de ZAGREBELSKY, PORTINARO e LUTHER), Einaudi, Torino, 1999, 134.

² "Il futuro della costituzione", ed. cit., 136.

³ La puissance de l'État, ed. cit., 35.

opúsculo *Qu'est-ce que le Tiers État?*. Coincide esse momento com o fim do ciclo da monarquia absoluta em França.

1.4.1. Momento inglês: a descoberta da “coisa”.

1.4.1.1. HOBBS: a fundamentação contratualista do absolutismo monárquico.

1) Hobbes é quem, de facto, descobre "a coisa". Só que, ainda implicado na solução absolutista, ao mesmo tempo que descobre "a coisa", também a encobre. O poder constituinte pertence originariamente ao povo, mas o povo, detentor desse poder originário, não existe na história. O rei, na Inglaterra, estará na vez desse povo meta-histórico, tão mítico como o *Leviathan*. Se existisse na história, o povo era permanentemente soberano de si mesmo. Quer dizer que, assim como delegaria as tarefas do seu auto-governo, consentindo que um *outro* governasse em seu nome, assim também em qualquer momento poderia anular a delegação concedida. Não existindo na história, o povo será apenas o referente que a teoria invoca para dar legitimidade à transformação da ordem política, um referente que, sendo puramente teórico, não representará, portanto, qualquer ameaça para o poder que ele supostamente criou. Mas, mau grado tudo, como efeito secundário, a teoria vai reforçando a ideia de que o fundamento da soberania está além do poder que a exerce, num outro que lhe é anterior e superior.

a) O princípio feudal-pactício

Se quisermos usar a dicotomia proposta por Olivier Beaud, distinguindo, como ele faz, entre *soberania do Estado* e *soberania constituinte*, diremos que esta aflora na consciência política com Hobbes, depois daquela ter já atingido o nível da reflexividade com Bodin. Em ambos os casos, a elaboração teórica correspondeu à necessidade de legitimar, em contextos históricos concretos, o poder do Estado como poder absoluto. Nesse capítulo, a teoria de Hobbes não veio acrescentar nada ao

conceito de soberania "inventado" pelo seu predecessor francês¹. A novidade está no modo como é suposto constituir-se originariamente o Estado e na concepção do sujeito constituinte. Os elementos transformadores introduzidos pela teoria de Hobbes não se referem ao conteúdo da soberania do Estado, mas sim ao processo transcendental da sua génese.

Esses elementos actuam no princípio feudal-pactício em que assentou, como atrás foi dito com apoio de Dogliani, o constitucionalismo moderno. Trata-se, em primeiro lugar, do individualismo e de tudo o que ele transporta da sociedade económica burguesa, designadamente o utilitarismo egoísta e o antagonismo de interesses. O efeito é a redução do povo à soma inorgânica dos indivíduos que o compõem. O povo transforma-se em multidão: "O nome de multidão, sendo um termo colectivo, significa várias coisas juntas e, assim, uma multidão de homens não é senão o conjunto de vários homens"². O decisivo é que a multidão não tem objectivos próprios. "Não se pode, pois, atribuir-lhe nenhuma acção, qualquer que ela seja"³. Desagregado o povo, deixa de haver lugar para a ideia tradicional de bem comum. Os indivíduos não querem senão o seu bem próprio "e na persecução desse fim (que é, principalmente, a sua própria conservação, mas que, por vezes, é tão-somente aquilo que lhes agrada), cada um se esforça por destruir ou dominar o outro"⁴. Isto é assim no estado de natureza⁵ e não é diferente no estado de sociedade. A diferença está em que, nesta última situação, existe uma força pública que define os limites de tolerância para as

¹ Já se viu, e como FIORAVANTI sublinhou, que o conceito de soberania de BODIN faz concessões à constituição mista medieval. Mas daí não resulta que se deva atribuir a HOBBS o mérito de ter reconhecido pela primeira vez a importância daquele conceito. "Levar esse juízo até sustentar, como faz Strauss, que o conceito de soberania foi uma 'inovação fundamental' de Hobbes, significa ignorar a obra de Bodin. Histórica e teoricamente, a noção de soberania é um produto francês, como a de Estado é italiano.... O que Hobbes fez foi levar o conceito até às suas últimas consequências.... Mais concretamente, é no problema da *origem da soberania* onde Bodin falha e onde se revela toda a capacidade teórica de Hobbes" JOSÉ ACOSTA SÁNCHEZ, *Teoría del Estado y fuentes de la constitución. Introducción a la teoría de la constitución*, Servicio de Publicaciones, Universidad de Córdoba, 1989, 97).

² HOBBS, *Le citoyen ou les fondements de la politique*, Garnier-Flammarion, Paris, 1982, 149.

³ Idem, *ibidem*, 149.

⁴ Idem, *Léviathan, traité de la matière, de la forme et du pouvoir de la république ecclésiastique et civile*, Sirey, Paris, 1971, 122.

⁵ A configuração do estado de natureza é determinante na construção hobbesiana. PASQUALE PASQUINO atribui mesmo a HOBBS a autoria do conceito: «um dos conceitos mais singulares, importantes e controversos da teoria política moderna, aquele a que Hobbes, que é o seu inventor, chama o «estado de natureza»" ("Thomas Hobbes. La condition naturelle de l'humanité, *Revue Française de science politique*, Vol. 44, número 2, Avril 1994, 294).

actuações egoístas. O estado de natureza é socializado pelo pacto social que, precisamente, será feito para criar essa força pública¹.

Outro factor de transformação consiste exactamente na *naturalização* do pacto social, naturalização essa que serviu de fundamento a uma concepção secular de poder político, com afirmação da independência deste e inclusive da sua supremacia sobre o religioso. Hobbes prossegue a obra maquiavélica de secularização do Estado. O materialismo e o agnosticismo – senão mesmo o ateísmo – são instrumentos teóricos desse processo. Não interessará aqui saber qual seja a convicção íntima de Hobbes relativamente à questão teológica da existência de Deus². Pode admitir-se que Julien Freund tenha razão quando assevera que o filósofo é materialista, mas não ateu. "A originalidade de Hobbes é ter sido um *cristão materialista*", sustenta esse autor³. O que sobretudo importa aqui observar é que, atendendo às finalidades atribuídas ao Estado (finalidades "para o dia seguinte às guerras religiosas"⁴), a fórmula política que se impunha era a de um Estado forte e centralizado que assegurasse a paz e a segurança. O pacto social é, pois, um acontecimento que se processa sem a intervenção divina, tendo por explicação causas somente naturais, como sejam o medo e o instinto de conservação.

Para além destas pré-condições teóricas, Michel Villey acrescenta uma outra de carácter epistemológico: "Hobbes reconstruiu a política de alto a baixo porque dispunha de um *método* novo, ... que os humanistas do Renascimento, Althusius e o

¹ "O homem não renunciou senão às consequências que decorrem da liberdade no estado de natureza, não à liberdade ela mesma. A todo o instante ele permanece em acto no próprio seio da vida civil" (MICHEL VILLEY, "Le droit de l'individu chez Hobbes", *Hobbes-Forschungen*, Duncker & Humblot, Berlin, 1968, 188.

² CARL SCHMITT não tem dúvidas: "a imagem do Leviathan não é nada mais do que uma ideia literária e semi-irónica, gerada pelo bom 'humor' inglês" (*Scritti su Thomas Hobbes*, Giuffrè Editore, Milano, 1986, 51).

³ JULIEN FREUND, "Le Dieu mortal", *Hobbes-Forschungen*, ed. cit., 34 (sublinhado por ele). FREUND atribui o materialismo filosófico e a filosofia religiosa de HOBBS ao seu racionalismo. "O que parece surpreendente é que Hobbes, que recusa os milagres e as superstições, os dogmas e os mitos precisamente em nome do racionalismo, tenha empregado nomes míticos, retirados da escritura, para designar o Estado e a revolução, a saber os de Leviathan e de Behemoth, e que tenha chamado Deus mortal ao Leviathan" (ibidem, 35). FREUND intenta uma explicação segundo a qual o filósofo teria como intuição originária do seu materialismo a ideia de que o homem não compreende senão aquilo que ele criou, isto é, aquilo de que ele é a causa, de que ele é o artesão. Deus é, então, uma espécie de modelo, mas não uma verdadeira causa que o materialismo recusaria. "Não convirá que nos fiemos na providência divina, mas o homem deve tornar-se na sua própria providência, edificando o Estado e dando-se instituições jurídicas e políticas. Numa palavra, o artifício é o meio de conquistar a natureza não somente no plano da acção, mas também no do conhecimento. Esta conquista é também um desencantamento do mundo, de que o Leviathan não é senão uma expressão, uma vez que o homem é capaz de criar um Deus artificial. Do mesmo golpe ele é também o obreiro dos seus mitos porque estes não são por seu lado senão artifícios, da mesma maneira que as palavras da nossa linguagem" (ibidem, 35).

⁴ JULIEN FREUND, *L'essence du politique*, ed. cit., 162.

próprio Grotius ainda ignoravam, e que é o método das *ciências modernas*"¹. Precisando melhor, aquele autor esclarece que o método aplicado por Hobbes à ciência política é o da escola de Pádua, ou seja, o método *resolutivo-compositivo* que procede por dissecação dos corpos e, de seguida, pela recomposição dos mesmos. Assim, a sociedade é desconstruída, pela análise, até à evidência dos seus átomos constitutivos, que são os indivíduos na sua estrita singularidade, e reconstruída, pela síntese, até à compreensão da sua unidade política no Estado. No quadro desta "nova anatomia da cidade", como diria outro autor (P. Pasquino), surge uma teoria que explica e fundamenta o poder político a partir de observações elementares referidas ao desejo de viver de cada indivíduo e à sua liberdade natural de tudo fazer para conservar a vida. Liberdade natural, entendida como possibilidade de acção sem dependência de normas produzidas por vontade externa, é o mesmo que direito natural. "O direito de natureza, a que os autores comumente chamam *jus naturale*, é a liberdade que cada um tem de usar como quiser o seu próprio poder em ordem à conservação da sua própria natureza, o mesmo é dizer da sua própria vida, e, conseqüentemente, de fazer tudo o que, segundo o seu juízo e razão, considerar o meio mais adequado a esse fim"².

É essa liberdade que cada um decide suspender na esperança de que a conservação da própria vida fique mais bem assegurada através da concentração dos poderes individuais numa *Persona repraesentativa, constituída como soberano* exclusivamente para esse fim. É a própria razão, na sua função calculadora, que prescreve essa decisão, ou seja: primeiro, a de cada um abdicar da sua liberdade "na justa medida em que pense que isso é necessário para a paz e para a defesa de si mesmo"³; e, depois, a de todos formarem um *poder comum* e confiarem esse poder a um homem ou a uma assembleia ("que possa reduzir todas as suas vontades, pela regra da maioria, numa única vontade"⁴). Trata-se de designar um soberano, individual ou colectivo, "para assumir a pessoa de todos", em condições tais que "cada um se reconheça como autor de tudo o que for feito ou mandado fazer por aquele relativamente às coisas que dizem respeito à paz e à segurança comuns".

Vemos assim que, mantendo-se embora a figura do pacto social, tudo nele se transforma na construção hobbesiana. Na versão medieval, as partes contratantes

¹ "Le droit de l'individu chez Hobbes", *ibidem*, 179.

² HOBBS, *Léviathan*, ed. cit., 128.

³ *Idem*, *ibidem*, 129.

⁴ "Se o representante consiste numa multiplicidade de homens, a voz do maior número deve ser considerada como sendo a voz de todos" (*idem*, *ibidem*, 167).

eram, de um lado, o povo e, do outro, o rei, que preexistia como força pública já constituída. Agora, não existe nem o povo nem o rei: apenas existem indivíduos¹. O pacto fundador da República é "uma convenção de cada um com cada um" (*every man with every man*), em que todos se obrigam a abdicar do exercício dos respectivos direitos de natureza a favor de um único e mesmo representante (*Persona repraesentativa*)², seja esse um homem ou uma assembleia de homens. É como se cada um dissesse a cada um: eu cedo a este homem ou a esta assembleia o meu direito de me governar a mim mesmo com a condição de que tu lhe cedas de igual modo o teu direito. O soberano (rei ou assembleia) não é parte contratante no acto que institui o Estado porque não existe, como tal, antes de consumado o pacto.

Mas o que poderia parecer uma condição limitativa da autoridade que assim se constitui é, pelo contrário, a maneira hobbesiana de justificar o absolutismo. Quem recebe o poder a nada fica obrigado: são os indivíduos que se comprometem obedecer-lhe. O compromisso de cada um com cada um dos respectivos concidadãos é recíproco, mas o de todos com o soberano é unilateral. Trata-se, neste caso, como observa Derathé, de uma *doação de direito*³. Faça o que fizer, o detentor do poder soberano não corre o risco de proceder injustamente: não está vinculado a nenhuma cláusula contratual. Ele impõe obrigações, mas não se obriga a nada. Determina pela lei⁴ o que deve ser considerado justo ou injusto, legítimo ou ilegítimo, mas, sendo o único a possuir o direito de fazer as leis e de as revogar, pode libertar-se delas quando quiser: "aquele que não está obrigado senão em relação a si mesmo, na verdade, não está obrigado"⁵. Uma vez gerado o grande *Léviathan* – a multidão unida numa única pessoa –, jamais

¹ Segundo MICHEL VILLEY, o direito subjectivo será a palavra-chave da ciência política de HOBBS, que é, afinal, uma emanção ideológica das práticas burguesas: "a descrição que ele apresenta do contrato social repousa sobre definições bastante técnicas do contrato, do pacto, da transferência de direitos..." ("Le droit de l'Individu chez Hobbes", ed. cit., 173. A política separa-se da moral, da ideia medieval de bem comum. "Sem dúvida uma mudança de perspectiva é perceptível no *De Cive* e mais ainda no *Léviathan* porque é a hora em que a Política começa a mudar de natureza" (ibidem, 174)

² O efeito das práticas burguesas sobre a construção do poder político é também assinalado por CARL SCHMITT: "ele serve-se de uma construção jurídica contratual para explicar a pessoa soberana que adquire existência graças à representação" (*Scritti su Thomas Hobbes*, ed. cit., 50. Sobre este tema ver também IVES-CHARLES ZARKA: «A teoria da representação jurídica – de que a teoria da representação política é um caso particular – formulada no capítulo XVI do *Léviathan*, não é somente um dos aspectos completamente novos desta obra em relação aos *Elements of law* e ao *De cive*, é além disso uma peça mestra a partir da qual Hobbes reconstrói o conjunto da sua teoria da convenção social e do Estado» ("Personne civil et représentation politique chez Hobbes", *Archives de Philosophie* 48, 1985, 288).

³ ROBERT DERATHÉ, *Jean-Jacques Rousseau et la science politique de son temps*, J. Vrin, Paris, 1974, 220.

⁴ Sobre a lei como fonte exclusiva de todas as obrigações, ver MARIO A. CATTANEO, "Hobbes théoricien de l'absolutisme éclairé" in *Hobbes-Forschungen*, ed. cit., 203.

⁵ *Leviathan*, ed. cit., 283.

qualquer dos súbditos poderá libertar-se da sua sujeição alegando injustiça cometida pelo soberano. A injustiça é, pura e simplesmente, a violação de um contrato, o não cumprimento de uma obrigação pactuada. Ora, o soberano não é parte contratante no acto que institui o Estado¹. Consumada a doação da soberania, os indivíduos voltam a ser uma multidão desunida (*dissoluta multitudo*), perseguindo cada um os seus interesses egoístas e inconciliáveis, só que, porém, num clima de paz e segurança proporcionado pela certeza do direito positivo e pela força da autoridade constituída. Na realidade, o povo continua a persistir, não porém como totalidade dos súbditos, antes como soberano, coincidindo com a pessoa (individual ou colectiva) que, pelo pacto, se tornou titular da soberania². "Numa monarquia, os súbditos formam a multidão e (embora isso pareça muito estranho) é ao rei que chamo *povo*"³. Talvez seja de ver nessa estranheza que Hobbes referiu num parêntesis o sinal objectivo do seu esforço para dissimular a incoerência que consiste em fundar o absolutismo do poder monárquico num princípio democrático de formação do Estado. O povo não está apenas na origem da soberania, não é apenas a condição do seu nascimento: ele está sempre implicado na soberania como fundamento de legitimidade⁴. "É o povo quem reina em qualquer que seja a espécie de Estado. Com efeito, mesmo nas monarquias, é o *povo*

¹ "... Sendo dado que o direito de assumir a personalidade de todos é outorgado àquele a quem os homens decidiram tornar soberano por uma convenção estabelecida apenas entre eles, e não por uma convenção feita entre eles e o soberano, não poderia haver infracção por parte deste; e, por consequência, nenhum dos súbditos pode ser libertado da sua sujeição alegando algum caso de abuso" (*Leviathan*, ed. cit., 181). Não esquecer, no entanto, o seguinte passo (enunciado na pura lógica do direito privado): "Cada um dá àquele que os representa a todos a autoridade que depende dele em particular, reconhecendo como suas as acções realizadas pelo representante, no caso em que eles lhes deram uma autoridade sem restrições; doutro modo, quando os autores estipulam que ele não os representa senão num certo domínio e numa certa medida, nenhum dentre eles reconhece como seus os actos que sai dos limites do mandato que eles lhe deram" (ibidem, 166-167).

² Como diz FIORAVANTI, há aqui um dilema com o qual HOBBS se confronta: o de um poder soberano instituído pela vontade dos indivíduos, mas que, ao mesmo tempo, deve tornar-se independente da vontade que o instituiu. "Quer dizer, é necessário configurar uma particular espécie de vontade, suficientemente forte para ser capaz de instituir o poder soberano comum, mas ao mesmo tempo destinada a desaparecer nele, de maneira tal que nunca possa ser o fundamento de uma oposição ao soberano que ponha em crise a lei fundamental que já conhecemos a qual exige a preservação da integridade dos poderes soberanos" (*Constitución, de la antigüedad a nuestros días*, ed. cit., 79).

³ HOBBS, *Le citoyen*, ed. cit., 223 (parêntesis e sublinhado de HOBBS).

⁴ MURRAY FORSYTH atribui a HOBBS a autoria do conceito (ainda por nomear) de poder constituinte do povo. Encontra fundamento para sua tese precisamente na distinção que o filósofo faz entre multidão e povo e na identificação deste com o soberano. Essa identificação aparece claramente na obra *De Cive*. No *Leviathan*, "a radical diferenciação entre povo e multidão desaparece" ("Thomas Hobbes and the constituent power", *Political studies*, XXIX, Clarendon Press, Oxford, 1981, 195). Mas, segundo o autor, esse facto é compensado com a teoria da representação, que se centra na distinção entre representados e representante, entre constituintes e constituído: "Na raiz da comunidade constituída encontra-se, numa palavra, o 'povo'. O povo é o poder constituinte do corpo político, é ele que 'torna efectiva' a sua unidade constituindo um soberano" (idem, ibidem, 199).

quem quer e manda pela vontade de um único homem"¹. Como o louva-a-deus, o povo morre após o acto da procriação da soberania², mas nesse preciso momento ele renasce espiritualmente na figura do rei ("é ao rei que chamo povo"). O rei é o soberano legítimo na medida somente em que nele vive o espírito do povo, em que é representante do povo: "É o povo que reina em qualquer espécie de Estado que seja, porque mesmo nas monarquias é o *povo* quem ordena e quer pela vontade de um só homem"³. As premissas da democracia estão, pois, postas na fundamentação hobbesiana do absolutismo monárquico⁴. E pode dizer-se ainda, na mesma ordem de ideias, que ele estabelece também as bases de um Estado constitucional, já que este é a expressão jurídico-política da *soberania constituinte* que radica no povo⁵.

A incoerência teórica (mas não política) de Hobbes foi bem assinalada por Acosta Sánchez: a "socialização" da soberania afirmada no recurso à ficção do pacto social como fonte secular do poder estatal degenera em "personalização" pela cláusula da renúncia a favor do monarca. Só Rousseau extrairá todas as consequências da génese contratual do poder soberano: "Rousseau vai corrigir a inconsequência interessada de Hobbes, negando a legitimidade dessa personalização da soberania. A pessoa pública ou 'corpo moral e colectivo', criada ou criado pelo contrato social rousseauiano, reserva

¹ *Le Citoyen*, ed. cit., 222 (itálico de HOBBS). "Neste caso, a própria monarquia é república", dirá ROUSSEAU (*Du Contrat Social*, II, 6, nota, in, *Oeuvres complètes*, t. 2, Éditions du Seuil, Paris, 1971, 530).

² Talvez convenha precisar melhor: morre na medida em que não lhe é suposta uma existência autónoma, enquanto *criador*, em relação ao soberano, enquanto *criatura*. "O povo enquanto tal não existe antes que os indivíduos decidam unir-se em sociedade. O soberano tão-pouco. Pelo mesmo pacto de criação da sociedade, os indivíduos constituem-se a si mesmos como povo súbdito de um soberano, e constituem o soberano como poder supremo sobre eles mesmos. Ambos devem a sua existência, portanto, ao contrato social..." (PÉREZ ROYO, *Introducción a la teoría del Estado*, ed. cit., 147). Esta coexistência necessária do povo e do soberano tinha já sido afirmada por BODIN ao enunciar que "não é a cidade nem são as pessoas que fazem o Estado, mas a união de um povo sob o domínio de um soberano" (citado por J FREUND, *L'essence du politique*, ed. cit., 117, nota 2). É, no entanto, conveniente sublinhar mais uma vez que o povo, na teoria de HOBBS, não tem realidade política senão, e exclusivamente, enquanto representado pelo soberano.

³ Cf. HOBBS, *Le citoyen*, ed. cit., 222.

⁴ Interpretando este passo, MURRAY FORSYTH sublinha o carácter democrático da génese do Estado nos textos hobbesianos anteriores ao *Leviathan*: "Todas as cidades constituídas começam então pela forma democrática. Aristocracia e monarquia foram criadas mais tarde quando numa democracia já existente, por razões de conveniência, [os súbditos-cidadãos] transferiram ou passaram o seu poder e soberania (usando a terminologia dos *Elements*), ou renunciaram aos seus direitos e autoridade (para usar a terminologia do *De Cive*) para um homem ou para vários homens". No *Leviathan*, segundo o mesmo intérprete, já o povo, no acto originário da constituição do Estado, poderia optar, desde o primeiro momento, por qualquer das formas de Estado ("Thomas Hobbes and the constituent power", cit., 194).

⁵ Cf. ainda VILLEY, "Le droit de l'individu chez Hobbes", ed. cit. 188: "O regime monárquico, caro a Hobbes, tem por fundação permanente uma vontade democrática". Opinião diferente é a de FIORAVANTI para quem o soberano de HOBBS é justamente o oposto da afirmação dos direitos individuais que serão mais tarde objecto das declarações revolucionárias (cf. *Stato e costituzione, materiali per una storia delle dottrine costituzionali*, G. Giappichelli Editore, Torino, 157).

sempre para si, como povo, nação, Estado e sociedade – tudo isso ao mesmo tempo – *o exercício da soberania*"¹. Quer dizer que não há outra forma de Estado compatível com a origem e natureza popular da soberania que não seja a democracia. E, nesta, o trocadilho à maneira de Hobbes será outro: não é ao rei que chamo povo; é, sim, ao povo que chamo rei².

Convirá lembrar que a desfeudalização do pacto social foi precedida de transições que se observaram paradoxalmente numa última tentativa de reacção das forças clericais contra os impulsos da modernização política. Houve, de facto, adaptações que tentaram iludir a intenção de hegemonia por parte do poder religioso mediante metanarrativas que explicavam a fundação das sociedades sem recurso ao elemento sobrenatural. A finalidade do Estado situar-se-ia, por isso, num terreno puramente secular. Na literatura panfletária dos monarcómacos, mais concretamente nos textos de Salomonius e de Mariana³, aparece já a ideia de um *pactum societatis* pelo qual os indivíduos se constituiriam num povo, antes de, como povo, celebrarem com o rei o *pactum subjectionis*. Desta linha de contratualismo, porém, o que ressalta é o direito de resistência de que encontraremos um forte eco de sentido constituinte em Locke, mas que é de todo incompatível com a tese absolutista de Hobbes. Se quisermos encontrar nessa "era ante-estatal" (O. Beaud) alguma prefiguração do pensamento hobbesiano, é em Suárez – “o maior dos jesuítas”⁴ – que a deveremos procurar. E justifica-se que o façamos porque, como diz Michel Villey, "Hobbes explica-se melhor por aquilo que existia *antes dele* ..." ⁵.

¹ A. SÁNCHEZ, *Teoría del Estado y fuentes de la constitución*, cit., 99-100 (sublinhado por ele).

² J. FREUND relaciona a separação que HOBBS faz entre multidão e soberano com a que ROUSSEAU faz entre vontade geral e vontade de todos: “A diferença entre o público e o colectivo foi marcada com força por diversos autores, em particular por Hobbes e Rousseau. Hobbes indica que o corpo político, isto é, o público, não poderia ser definido pela ‘unidade do número’, donde a exclusão de toda a identificação entre o que ele chama ‘multidão’ e ‘pessoa pública’.... A distinção aparentemente ambígua que Rousseau estabelece entre a vontade geral e a vontade de todos fica esclarecida e adquire sentido se admitirmos, como o contexto sugere, que ele quis marcar dessa forma a diferença entre o público e o colectivo” (*L'essence du politique*, cit., 319).

³ Vide FRÉDÉRIC ATGER, *Essai sur l'histoire des doctrines du contrat social*, Félix Alcan, Paris, 1906, 103 e ss.

⁴ MARIO GALIZIA, *La teoría della sovranità dal Medio Evo alla Rivoluzione Francese*, Dott. A. Giuffrè, Milano, 1951, 162.

⁵ "Le droit de l'Individu chez Hobbes", cit., 188.

b) Pré-hobbesianismo no contributo de SUÁREZ para a teoria política da Contra-Reforma

A soberania emerge, segundo o jesuíta conimbricense, de uma união política derivada de um pacto expresso ou tácito sem o qual a comunidade não existiria. O Estado é, pois, uma criação do homem e funda-se num acordo de vontades. O que daí resulta é uma pessoa moral colectiva, uma imitação do homem natural individual¹. Hobbes dirá depois, usando a mesma metáfora antropomórfica, que "é a arte que cria este grande LÉVIATHAN que se chama REPÚBLICA ou ESTADO (...) o qual não é senão um homem artificial"².

Um homem quer dizer uma só vontade: a vontade colectiva unificada que há-de sobrepor-se à pluralidade das vontades individuais, porque não há República ou Estado sem a subordinação das famílias singulares à autoridade superior da comunidade. Assim, decidida a união política, é necessário escolher também o regime dentro do qual a *potestas politica sive civilis* vai ser exercida. Originariamente, o poder soberano pertence ao corpo inteiro da República, já que por natureza, todos os homens nascem livres e, portanto, nenhum tem jurisdição política sobre outro. Além disso, "não podemos dizer com fundamento" que Deus entregou a alguém em particular o poder de dominar politicamente todos os outros. Donde se conclui facilmente que este poder, unicamente natural, está na comunidade dos homens. "Todo o Estado repousa, pois, sobre uma democracia hipotética, pois que todos os poderes pertencem *a priori* à colectividade no seu todo..."³.

Porém, sendo os reinos demasiados extensos e populosos, não é conveniente nem possível que o poder supremo seja exercido directamente por toda a comunidade, "pois haveria infinita confusão e demora se as leis tivessem de ser dadas por sufrágio de todos". As Repúblicas podem então tomar qualquer das formas constitucionais descritas por Aristóteles ou S. Tomás de Aquino. "Todas estas formas procedem igualmente por delegação do poder público a partir da democracia hipotética"⁴. E não seria errado dizer em vez disso que todas elas procedem por delegação a partir de um *poder constituinte hipotético*. No entanto, como mais tarde Hobbes, também o mestre de Coimbra prefere a

¹ *At communitas est persona ficta, unusquisque autem particularis homo est persona vera (De legibus, I, I, cap. VIII, 5; citado por P. MESNARD, L'essor de la philosophie politique au XVIème siècle, Boivin, Paris, 1969, 625).*

² *Léviathan*, Introduction, ed. cit., 5 (maiúsculas no original).

³ P. MESNARD, o. cit., 632.

⁴ Idem, ibidem, 633.

monarquia por esta se ajustar melhor à metáfora do corpo político que, como tal, "necessita de uma só cabeça". Ele sublinha, no entanto, que o poder do rei não será legítimo senão no pressuposto de que procede, próxima ou remotamente, do povo. "A razão disso é porque esse poder está por natureza imediatamente na comunidade; logo, para que comece a estar legitimamente numa pessoa, como supremo príncipe, é necessário que lhe seja dado por consentimento da comunidade" (*necesse est ut ex consensus communitatis illi tribuatur*)¹. A doação da soberania, implicando a privação da liberdade natural da comunidade, é possível porque "estas propriedades quase morais, que são os poderes e os direitos", ao contrário das propriedades corpóreas, podem ser transferidas de um sujeito para outro².

Os passos, digamos, constituintes são os mesmos nas teorias do teólogo de Coimbra e do filósofo de Malmesbury. Primeiro, por um acto de vontade livre (*per voluntarium consensum*), os indivíduos estabelecem entre si um laço político e, assim, criam a comunidade e o poder público; de seguida, eles escolhem a forma do governo e o titular ou titulares para quem transferem, a título de doação, o poder soberano. "No fim da operação, o Estado de um lado e a soberania do outro ficam doravante definidos: as suas relações normais deduzem-se do acto constitutivo"³.

Enfim, Suárez – ainda à semelhança de Hobbes – pensa que a doação, a partir do momento em que é feita, é irrevogável. Isso significa que a comunidade terá abdicado para sempre de ser uma realidade política. "O povo é, se quisermos, a matriz do Estado; mas não é de forma alguma um organismo definido, um factor político autónomo com a sua existência própria"⁴. Se a autoridade pública, originariamente popular, foi dada ao rei, já o povo deixa de ser o titular dela: "uma vez transferido o poder para a pessoa do rei, esse mesmo poder torna-o superior ao reino que lho deu, pois por esse acto, o reino ficou privado da sua anterior liberdade, como acontece no caso do escravo"⁵.

¹ SUÁREZ, *De legibus*, I, III, cap. IV, 2 (citado por MESNARD, o. cit., 634).

² *De legibus*, I, III, cap. III, 7 (citado por MESNARD, o. cit., 631).

³ MESNARD, o. cit., 631. Dão-se inquestionavelmente aqui razões para ACOSTA SÁNCHEZ observar que há no pensamento do mestre conimbricense indícios protoconstitucionais que podem ajudar à reflexão sobre a natureza da constituição e sobre o seu sentido histórico. "Suárez (...) vive mais aquém do século XVI, na antecâmara da grande crise europeia do século XVII. Existe, por isso, na sua construção doutrinal um momento no qual se prefiguram as embrionárias constituições escritas desse século, elaboradas em Inglaterra e noutros lugares" (*Teoría del Estado y fuentes de la constitución*, cit., 151).

⁴ MESNARD, o. cit., 631.

⁵ SUÁREZ, *Las Leyes*, Liv III, Madrid, 1967, 208.

Daí também decorre uma outra consequência hobbesiana: os objectivos do Estado, à consecução dos quais deve estar vinculada a acção do príncipe, não são os objectivos que os particulares desejam ver realizados. A razão do soberano – *raison d'État* – não é a razão dos súbditos. Ao contrário do que sustentava Aristóteles, o bem comum que interessa ao Estado não é o bem conjunto de todos os seus membros. "A teoria de Suárez é totalmente outra. O organismo moral não absorve de modo nenhum os seus elementos até ao ponto de destruir as pessoas; mas justamente colocado acima das consciências autónomas, ele não pode manter a união senão prosseguindo um fim próprio, distinto dos fins pessoais"¹. Existe, pois, um *momento maquiavélico* em Suárez que o torna bastante próximo de Hobbes: é reconhecido o poder absoluto do príncipe sobre os súbditos, ficando estes numa condição análoga à dos servos perante os respectivos amos; é afirmada a autonomia do Estado, que não se atribui senão a função de assegurar as condições da sua própria continuidade à qual poderá, inclusive, sacrificar o bem particular dos indivíduos. Veremos, no entanto, que os motivos pelos quais Suárez estabelece a diferença entre a *felicidade política*, a única que conta para o soberano, e a *felicidade humana*, que todos os indivíduos almejam, é afinal aquilo que o impede de – antecipando-se a Hobbes – transpor os umbrais da modernidade política.

Com efeito, não é ainda com a construção doutrinal de Suárez que a teoria do Estado muda de paradigma. Postulada a autonomia do Estado em relação aos súbditos, é, no entanto, reiterada a dependência do poder político em relação aos interesses institucionais da igreja papista. Advogado desses interesses, Suárez contradiz o princípio da secularização do Estado, postulando o poder indirecto do papa sobre os príncipes. É aqui que ganha relevo a diferença entre a felicidade política, que concerne à vida material terrena, e a felicidade humana, associada a bens espirituais e à pretensão da salvação eterna. Esta última forma de felicidade, objectivo último da vida humana, é do foro eclesiástico. Assim sendo, os chefes da Igreja, mormente o seu chefe supremo, exercem uma jurisdição espiritual que releva do direito divino incontestavelmente superior à jurisdição temporal que se alicerça apenas no direito natural. Com a sua teoria do poder indirecto da Igreja, Suárez contradiz, assim, o princípio da unidade interna da soberania, postulando uma dupla soberania (espiritual e temporal) que impõe também aos cidadãos uma dupla obediência e, conseqüentemente, uma – às vezes dramática – condição de súbditos divididos entre a Igreja e o Estado.

¹ MESNARD, o. cit., 636.

c) A dialéctica do actor e do autor. Latências de liberalismo em HOBBS: a vinculação do soberano aos direitos naturais individuais.

A mudança de paradigma consumou-se na obra de Hobbes, onde, "mesmo tendo em conta a contribuição capital de Bodin", terá ficado registada "a primeira teoria moderna do Estado moderno"¹. Às alegações religiosas que sustentavam a vontade de poder do clero, o filósofo inglês contrapôs, na linha de Maquiavel, "uma brilhante manifestação de "ateísmo político"; e à espiritualização das finalidades do Estado, justificando a tutoria eclesiástica, contrapôs, naquela que há-se ser sempre a tradição anglo-saxónica, o utilitarismo individualista e burguês.

Hobbes não eliminou a felicidade humana, que Suárez invocava como fundamento da supremacia da igreja sobre o Estado, mas reduziu-a à felicidade terrena entendida naquele sentido profanamente utilitarista e individualista que não é, de modo nenhum, compaginável com a existência de corpos supra-individuais (pessoas morais) ou de autoridades supra-estatais, ambas as coisas admitidas e defendidas pelo doutor Exímio. Precisamente tal individualismo e tal utilitarismo, associados ao "desencantamento do mundo" materialista², é que determinaram a epifania da subjectividade moderna na área jurídico-política. Mais do que Bodin, e sobretudo de uma forma mais inequívoca, Hobbes assentou no absolutismo a *positivação* do direito³. No *Leviathan, deus mortalis*, não há lugar para a transcendência, o que vale por dizer que não há lugar para um direito procedente de uma fonte que fosse exterior e superior ao Estado e que permitisse ou exigisse a mediação de intérpretes estranhos ao poder genuinamente político. "Só o Estado prescreve e ordena a observação das regras a que chamamos lei"⁴; e esta só é válida na sua "interpretação autêntica, o que não é senão o

¹ "Hobbes não se limita só a despedir a constituição medieval. A sua soberania apresenta também um elemento construtivo, uma proposta a partir da qual é possível pensar numa constituição distinta e nova, que já podemos qualificar como a *constituição dos modernos*" (FIORAVANTI, *Constitución de la Antigüedad a nuestros días*, cit.,79; sublinhado por ele).

² Cf. JULIEN FREUND, "Le Dieu mortal", *Hobbes-Forschungen*, cit., 34-35.

³ "O direito faz-se lei positiva, a conformidade à lei torna-se legalidade e esta transforma-se no modo positivista de funcionamento do mecanismo estatal" (CARL SCHMITT, *Scritti su Thomas Hobbes*, cit., 56). HOBBS prossegue a aplicação do modelo mecanicista: "Com a mecanização do 'grande homem', Hobbes deu um passo além de Descartes, rico de consequências, mesmo no que concerne à interpretação antropológica do homem A primeira decisão metafísica deve-se, todavia, a Descartes, no momento em que o corpo humano foi pensado como uma máquina e o homem no seu conjunto, constituído por corpo e alma, como um intelecto numa máquina. A transferência desta concepção para o Estado como um 'grande homem' era óbvia: e esta foi operada por Hobbes" (idem, *ibidem*).

⁴ HOBBS, *Leviathan*, ed. cit., 283.

pensamento do legislador. A interpretação de todas as leis depende, portanto, da autoridade soberana (...) Doutro modo, a astúcia de um intérprete pode fazer com que a lei exprima um sentido contrário à intenção do soberano e, por essa via, o intérprete torna-se legislador"¹.

Os objectivos do Estado são de natureza imanente e não transcendente, referem-se às condições de felicidade neste mundo e não à salvação num outro sobrenatural. "A função do soberano (quer se trate de um monarca ou de uma assembleia) está contida no fim para o qual se lhe confiou o poder soberano e que é cuidar da *segurança do povo* (...) Notai que por *segurança* eu não entendo aqui apenas a preservação, mas também as outras satisfações desta vida que cada um pode adquirir por sua legítima indústria, sem perigo nem prejuízo para a República"².

Esta radical dessacralização da esfera política recoloca o problema do fundamento da legitimidade. Sendo necessário afastar a hipótese de Deus, argumento recorrente para todas as guerras de religião, Hobbes encontrou a solução alternativa no postulado da representatividade do soberano. A dialéctica da relação autor-actor desenvolvida no capítulo XVI do *Leviathan* compreende todos os elementos da teoria da representação com a qual Sieyès irá, mais tarde, construir o seu conceito de poder constituinte. O actor actua em representação do autor que o autorizou a tal³. "E do mesmo modo que o direito de posse é chamado domínio sobre uma coisa, o direito de realizar uma acção é chamado AUTORIDADE. Assim, por autoridade entende-se sempre o direito de realizar uma acção, sendo esta *realizada em virtude da autoridade recebida* daquele a quem pertence o direito"⁴. O que o for feito ou decidido pelo actor ("*aquele que representa ou representante ... substituto, procurador, actor, etc.*"⁵) é como se fosse feito ou decidido pelo próprio autor e este deve assumir *como suas* as acções e decisões daquele "em tudo o que o mandato comporta, mas não além disso"⁶. O actor só obriga o autor nas acções e decisões inequivocamente autorizadas. Por essas, o único e verdadeiro responsável jurídico é o autor e não o actor, que é apenas representante. Porém, se o actor ultrapassa os limites da autorização, só a ele mesmo se compromete no que faz. "Assim, quando a autoridade é evidente, a convenção obriga o

¹ Idem, ibidem, 294.

² Idem, ibidem, 357 (parêntesis e sublinhados de HOBBS).

³ Para uma distinção entre uma teoria da representação e uma teoria da autorização, vide Y.-C. ZARKA, "Personne civil et représentation politique chez Hobbes", ed. cit., 296 e ss..

⁴ HOBBS, *Leviathan*, ed. cit., 163 (maiúsculas e sublinhados de HOBBS).

⁵ Idem, ibidem, 162.

⁶ Idem, ibidem, 164.

autor e não o actor; mas quando a autoridade é usurpada, é o actor que fica obrigado porque não há então outro autor senão ele mesmo"¹.

Estas regras funcionam no direito privado. Hobbes estendeu-as ao direito público mediante um raciocínio analógico². O soberano é o *actor*, *procurador*, *representante*, *advogado* ou *substituto* de uma multidão de homens. Estes tornam-se uma *única pessoa* na medida em que são representados por uma *única pessoa* (um homem ou uma assembleia). "É a *unidade* daquele que representa, não a unidade do representado, que faz *una* a pessoa"³. Fora da representação só existe a multiplicidade dos indivíduos que são outros tantos autores no processo da constituição do representante comum. "Cada um dá àquele que os representa a todos a autoridade que depende dele em particular, reconhecendo como suas todas as acções realizadas pelo representante, no caso em que foi dada uma autoridade sem restrições; quando, noutra hipótese, os autores estipulam que [o representante] não os representará senão num certo domínio e numa certa medida, nenhum dentre eles reconhecerá como seus os actos que ultrapassam os limites do mandato que lhes deram".

Pelo que acaba de ser dito, supor-se-ia que o soberano recebe autorizações individuais, à maneira do advogado que, na esfera do direito privado, é constituído representante de um particular. Na realidade, para a constituição do soberano o que conta é a vontade (constituente) da maioria: "uma vez que o poder soberano foi constituído pelo consenso da maioria, quem tenha dissentido deve agora pôr-se de acordo com os outros, isto é, deve ratificar as acções do soberano, sob pena de ser destruído por aqueles. Com efeito, se ele entrou voluntariamente no grupo dos que se encontravam reunidos, com isso ele exprimiu claramente a sua vontade de se conformar com o que a maioria decidisse, comprometendo-se, pois, mediante uma convenção tácita"⁴. O soberano exerce o mandato em nome também daqueles que eventualmente possam estar em desacordo com os seus decretos. E quem discorde desses decretos deve observá-los como se concordasse, "ou então permanecer no estado de guerra em que se

¹ Idem, *ibidem*, 164.

² Trata-se de aplicar o princípio da transferência do direito sobre as coisas ao direito sobre as acções. "Em primeiro lugar, a teoria da representação é uma teoria jurídica cujo fim é definir as noções de pessoa natural e de pessoa artificial ... e determinar o modo de constituição, assim como as condições de validade dos actos de uma pessoa artificial. Trata-se, pois, para Hobbes de estabelecer uma estrutura jurídica que permita interpretar a transferência do direito sobre as pessoas e as acções, que não se reduza à transferência do direito sobre as coisas" (ZARKA, art. cit., 296).

³ *Léviathan*, ed. cit., 166 (sublinhados de HOBBS).

⁴ Idem, *ibidem*, 183.

encontrava antes, estado no qual pode sem injustiça ser destruído não importa por quem"¹.

O soberano exerce o poder absoluto, mas isso somente porque está autorizado pela maioria dos seus súbditos. Individualmente, ninguém pode nada contra o poder do soberano; mas está subentendido que a maioria que sustenta esse poder em qualquer altura pode mudar de ideias e anular a autorização que o legitima². Quem autoriza também desautoriza. Basta que o soberano não assegure os objectivos da instituição do Estado, que "é a paz e a defesa de todos", para que deixe de representar "a pessoa de todos" e passe a ser um indivíduo igual aos outros (ou vários indivíduos, no caso de se tratar de uma assembleia).

Por aqui se vê que a possibilidade de uma actuação *legibus solutus* não deixa de ser, na realidade, mais teórica do que efectiva ou, se quisermos, mais especulativa do que intencional. É o que pensam os autores que, na linha de interpretação há muito aberta por Tönnies e Leo Strauss, procederam a uma "revisão 'liberal' dos juízos tradicionais sobre Hobbes ..."³. Bastou que mudassem o contexto da significação e passassem a encarar a obra hobbesiana na perspectiva da filosofia do direito em vez de lê-la como uma obra de referência essencialmente política. Segundo Villey, ela pode ainda inscrever-se na linha de reflexões ético-jurídicas da *República* de Platão ou da *Política* de Aristóteles e, nessa medida, ser considerada também uma *filosofia* do direito. A sua ambivalência ou ambiguidade é própria do tempo em que é escrita, "porque é a hora em que a Política começa a mudar de natureza: em vez de permanecer centrada sobre o justo, torna-se estudo sobre o *poder* ou, por vezes, sobre os fins do poder (seja o bem-estar dos indivíduos, seja simplesmente a força dos grupos)"⁴. Seja como for, o importante está na afirmação da anterioridade vinculativa do direito-poder natural dos indivíduos em relação ao direito-poder político do Estado. O que leva

¹ Idem, *ibidem*, 183.

² Na realidade, no poder soberano vigora o princípio de tudo ou nada, quer dizer, bastaria que um dos direitos inerentes ao conceito de soberania fosse retirado do poder soberano e logo este se esvaziava completamente e, com ele, desaparecia o próprio Estado. É, aliás, dessa maneira (negativamente) que HOBBS distingue uma lei fundamental das leis civis ordinárias: "Uma lei fundamental é, em todas as Repúblicas, aquela cuja supressão desencadeia a ruína e a dissolução completa da República, da mesma forma que um edifício cujas fundações fossem destruídas. Uma lei fundamental é, pois, aquela pela qual os súbditos estão obrigados a manter todo o poder dado ao soberano (quer se trata de um monarca ou de uma assembleia soberana) e sem o qual a República não poderia subsistir. Por exemplo, o poder de decidir sobre a guerra e a paz, o poder judiciário, o poder de escolher os funcionários, enfim, o poder de fazer tudo o que ele julgar necessário para o bem público" (*Léviathan*, ed. cit., 310).

³ MARIO A. CATTANEO, "Hobbes théoricien de l'absolutisme éclairé", ed. cit., 199. MAYER-TASCH vê no pensamento hobbesiano a presença de um direito de resistência (*ibidem*, 199).

⁴ MICHEL VILLEY, "Le droit d l'individu chez Hobbes", ed. Cit, 174.

Villey a dizer que o sistema de Hobbes é acima de tudo uma "ciência dos direitos subjectivos; *fundada* sobre os direitos subjectivos *naturais dos indivíduos*; e que não tem outro *conteúdo* senão os direitos subjectivos *civis*"¹. Isto significa que o poder soberano não é concebido como um poder incondicionado, mas que, pelo contrário, lhe é feita uma exigência de legitimidade nos fins e modos de actuação. "O Leviathan não é somente instituído *pelo* indivíduo, é instituído *para* os indivíduos. Os direitos subjectivos não são apenas a causa eficiente do direito, mas ainda as causas finais e formais e a própria substância do direito. Eles são o *alfa* e o *omega*"².

Com efeito, se a questão histórica da formação do Estado moderno impunha a teoria do poder absoluto, a raiz sociológica, concretamente burguesa, do novo Estado impunha, por sua vez, um princípio de legalidade à actuação do soberano. Neste sentido, Mario A. Cattaneo associa a teoria de Hobbes à fórmula política do *absolutismo esclarecido*, no pressuposto de que ela postula um poder não limitado por qualquer outro poder, todavia limitado pela finalidade do seu exercício: proteger o direito natural *absoluto* de cada cidadão à defesa da própria vida. "Se se considera o absolutismo esclarecido como um sistema político fundado sobre um poder absoluto mas não arbitrário, limitado pelo princípio da legalidade, então deve-se concluir que o teórico mais típico desta forma de Estado – na história das doutrinas políticas – é precisamente Hobbes". Na medida em que o princípio da legalidade acabará por ser o elemento fundador do liberalismo político e do constitucionalismo, fará todo o sentido trocar a designação de absolutismo esclarecido pela de absolutismo *liberal*. O absolutismo virá da vertente *política* da teoria hobbesiana, esta intencionalmente construída para combater o esquema dispersivo da organização feudal: os poderes do Estado devem estar concentrados num único soberano. O liberalismo, por sua vez, procede da vertente *jurídica* da mesma teoria: o Estado foi criado para proteger os direitos naturais individuais³.

¹ Idem, *ibidem*, 185 (sublinhado por ele).

² Idem, *ibidem*, 194.

³ "Creio que se impõe pôr em relevo a importância da filosofia jurídica de Hobbes: o nosso filósofo é, em certa medida, o verdadeiro pai do pensamento jurídico moderno. Mas, do meu ponto de vista particular, eu queria também sublinhar a importância *política* (liberal) da doutrina *jurídica* de Hobbes. A este propósito, o problema foi muito bem esclarecido pelo Professor D'Entrèves, que considerou Hobbes como o pensador que estabelece uma concepção jurídica do Estado, uma concepção do Estado entendido como poder organizado segundo leis, opondo-se a Maquiavel, que desenvolve uma teoria do Estado entendido como força, como um puro facto. Segundo D'Entrèves, a doutrina de Hobbes representa um passo em frente decisivo no sentido liberal, em comparação com Maquiavel" MARIO A. CATTANEO, *ibidem*, 203).

Consumada a transição histórica, esta última vertente irá sufocar aquela outra. “Considerando Hobbes como o teórico – o mais típico, talvez – do absolutismo esclarecido, compreende-se que a sua concepção seja uma doutrina de transição que dirigiu a passagem do absolutismo antigo para o liberalismo”. Mas enquanto arma da luta teórica contra o feudalismo, foi a defesa do absolutismo estatal que constituiu o cerne da obra de Hobbes. A teoria dos direitos naturais e a teoria da representação, incluindo a dialéctica do actor e do autor, foram meros recursos instrumentais. Hobbes funda a legitimidade do soberano no *consenso da maioria*, não para limitar os direitos e poderes do "depositário da personalidade do Estado", à maneira do liberalismo posterior, mas, ao invés disso, para justificar o carácter inapelável desses direitos e poderes, afirmando ao mesmo tempo a ilegitimidade de todas as doutrinas e acções prejudiciais ao movimento histórico de concentração do poder estatal. Em concreto, e como observa Cattaneo, tratava-se de "destruir a anarquia e o particularismo dos poderes feudais ... para melhor realizar as reformas políticas, civis e sociais"¹. Reformas essas que seriam feitas por medida segundo os interesses de classe da burguesia numa época de transição entre dois modos de produção e respectivas formas de organização do poder político.

No plano da origem e no plano da legitimação pelo consentimento, Hobbes reconhece de forma subentendida o poder constituinte e, da mesma maneira, o carácter constituído dos poderes estatais exercidos pelo soberano (rei ou assembleia). A separação conceptual e funcional fica consumada no processo da negação do regime feudal. Porém, na fase da clarificação dos direitos e poderes que resultam da convenção que institui a República, aquela separação desaparece. *É ao rei que chamo povo*. Não é próprio do absolutismo à maneira de Hobbes, mesmo que Cattaneo tenha razões para o considerar *absolutismo liberal*, admitir a reversibilidade do poder soberano e a presença fiscalizadora do titular originário desse poder. Como já se disse, esse titular – o povo – morre no acto da doação da soberania, recuperando a forma inorgânica da *multitudo* que existia no estado de natureza e que, após a geração da República, passa a existir, com a mesma dispersão individualista, no estado de sociedade política. "A multidão designa doravante (...) justamente esta massa de indivíduos que vive no Estado: os transeuntes que circulam numa praça, os espectadores numa sala de teatro, etc. ..." ². Essa multidão

¹ Ibidem, 202.

² JANINE CHANTEUR, “Notes sur les notions de ‘Peuple’ et de ‘Multitude’ chez Hobbes”, *Hobbes-Forschungen*, ed. cit., 234.

vive no estado civil porque está obrigada, pelo pacto, a obedecer às leis do soberano, mas não constitui uma *societate civil* que tivesse feito reserva do direito de julgar, desautorizar e substituir o titular efectivo da soberania.

1.4.1.2. LOCKE: a emergência histórica do povo como soberano. Do mito teórico à realidade sociológica.

É com Locke que a compreensão latente de um poder constituinte originário deixa de se circunscrever ao momento da génese do Estado¹. Nas circunstâncias da evolução político-social inglesa, já não se tratava de criar uma legitimidade de título não religiosa – sendo igualmente mítica – que libertasse a autoridade política constituída dos bloqueios levantados pela igreja papista às reformas acima referidas por Cattaneo. O que se impunha agora, segundo Locke, era defender o imperativo político de uma legitimação historicamente concreta, que implicasse tanto a questão do título quanto a do exercício². "Em 1689, ele publicou os *Two Treatises* para sugerir que o rei Guilherme III não podia 'justificar o seu título' a não ser que a sua vitória se fundasse 'no consentimento do povo', reconhecendo assim a soberania deste mediante uma convenção constitucional"³. O fundamento originário do poder – o povo – passava assim do mito para a história para, dessa maneira, ter a possibilidade real de pedir contas a quem governa em seu nome. "A solução de Locke para o abuso do poder, e assim para a crise dos princípios da era moderna no que respeita ao governo, é que as pessoas elas próprias devem dirigir os seus dirigentes. Elas devem julgar quando e se os seus dirigentes agem contrariamente ao seu mandato e devem, se necessário, dar seguimento ao seu juízo mediante uma revolução e o estabelecimento de um novo governo"⁴.

¹ "A ideia do poder constituinte do povo – observa PIER PAOLO PORTINARO – é doravante claramente inscrita na teoria política de Locke..." ("Il grande legislatore e il custode della costituzione", *Il futuro della costituzione*, ed. cit., 18).

² A questão da legitimidade do título poderia ser resolvida mediante uma simples referência conceptual ao povo, um povo na verdade inexistente. Assim aconteceu com HOBBS. Já a questão da legitimidade do exercício implicava a afirmação da existência histórica do povo, instância permanente da soberania. E esta última questão só se poderia colocar no contexto de uma situação pré-revolucionária.

³ JAMES TULLY, "Locke", in BURNS, *Histoire de la pensée politique moderne 1450-1700*, ed. cit. 561.

⁴ Idem, *ibidem*, 577.

a) Precusores monarcómacos da compreensão liberal da soberania

Querendo retomar o princípio dialecticamente continuísta de Hegel e reconhecer – lembrando o que Villey dissera a propósito de Hobbes – que também Locke se explica melhor por aquilo que o antecedeu, tudo aconselha a que façamos um breve excuro pela concepções políticas dos monarcómacos a fim de tornar patentes importantes analogias existentes entre essas concepções e a teoria do autor dos *Dois Tratados* no que respeita à superioridade dos direitos do povo (poder constituinte) face aos direitos do soberano que o representa (poder constituído). Só as posições (retrógradas) dos monarcómacos relativamente ao movimento da história eram totalmente inconciliáveis com as de Locke.

Consumada irreversivelmente a concentração do poder político no suserano dos suseranos, a igreja – papista ou protestante – fez ainda uma última tentativa para conservar algum resto da tradicional supremacia do poder espiritual sobre o temporal. Envolvidas embora numa luta sem tréguas entre si, as seitas religiosas opuseram à ideia de um rei *solutus legibus* o mesmo princípio da *soberania condicionada* (o princípio da soberania partilhada própria da constituição mista medieval) do qual, de forma também coincidente, deduziram o *direito de resistência*. Em última instância, a soberania vem de Deus, mas só chega ao rei por mediação do povo. Na origem do poder público está um pacto (*pactum subjectionis*) estabelecido entre o rei e os cidadãos: *mutua igitur regum cum civibus est pactio*¹. Um pacto que faz nascer o poder real, mas não a soberania do povo da qual aquele poder emana e depende². O povo delega as funções da soberania e promete obedecer ao rei enquanto este, na sua condição de mandatário (*minister eius qui mandat*³), se conservar fiel às estipulações do pacto. O juramento é, portanto, recíproco. “Mas nas *Vindiciae* – observa Fioravanti – precisa-se cuidadosamente que o rei jura primeiro, de maneira que o povo mantém firme o vínculo da obediência na condição de que o rei não infrinja o seu juramento: com efeito, o povo tinha jurado em segundo lugar e, por isso, estava consciente de aceitar um rei, mas só um rei justo, que tinha sido o primeiro a obrigar-se solenemente diante dele a respeitar os direitos, os privilégios e as leis, numa palavra, a constituição”⁴. As cláusulas do pacto resumem-se, pois, ao

¹ BUCHANAM, citado por M. GALIZIA, o. cit., 158.

² *Populus enim regem faciebat, non Rex populum ; Populus regem tamquam ministrum Reipublicae constituit (Vindiciae contra tyrannos, in MARIO GALIZIA, o. cit., 158-159.*

³ Citado por M. GALIZIA, o. cit., 159.

⁴ MAURIZIO FIORAVANTI, *Constitución, de la antigüedad a nuestros días*, ed. cit., 61.

seguinte: o poder deve ser exercido em vista do bem comum através de leis adequadas às quais o próprio rei fica também obrigado. Caso haja violação destas cláusulas, o pacto fica sem efeito e o rei perde, por conseguinte, o seu poder, ou melhor, perde a legitimidade para continuar a exercer o seu mandato. Isso é assim, diz Théodore de Bèze, porque "as nações (...) não criaram nem aceitaram os seus reis senão sob certas condições" e, sendo estas violadas, "aqueles que tiveram poder para os investir em tal autoridade não têm menos poder para os privar dela"¹.

O povo começa desta feita a ser um argumento político antes de se tornar uma realidade política com expressão revolucionária. Em tempo de secularização, os políticos religiosos já não falam tanto em nome de Deus como falam em nome do povo de quem se autoproclamam representantes. Naturalmente, com uma mundividência medievalista que era hostil ao individualismo burguês, concebiam o povo soberano como uma comunidade unitária, uma *universitas*. Nenhum particular poderia então emergir do fundo anónimo dessa *universitas* para se arvorar em guardião do pacto e juiz dos actos do rei. Esse papel estava reservado aos "tutores do povo", uma espécie de reis inferiores, todavia investidos de autoridade bastante para declarar o rei incurso no crime de tirania e providenciar em consequência a sua deposição ou morte².

Pode vislumbrar-se neste carácter *constituído* do poder do rei – *tanquam ministrum Reipublicae* –, a que se associa a vinculação funcional do exercício soberania a fins expressos, uma concepção da realidade constitucional já muito próxima daquela que porventura estará na mente de Sieyès quando este propõe uma constituição escrita para a França do seu tempo. O povo é, antes de mais, causa *efficiente* do poder real porque é ele que dá ao rei a coroa e o ceptro³; e é causa *finale* do mesmo poder já que a realeza, como qualquer outra magistratura, não é criada senão para benefício do povo (*salus populi suprema lex*)⁴. E estão aí referidos os *dois requisitos da legitimação do Estado moderno constitucional*. Exige-se a legitimidade de título (ou legitimidade formal) na medida em que o poder há-de assentar no consentimento do povo. Se tal condição não se verificar, tratar-se-á de uma tirania estabelecida por usurpação e, nesse

¹ *Droit des Magistrats*, citado por M. GALIZIA, o. cit., 158

² "Singulis necque a Deo, necque a populo gladium concessum est ... Cum de universo populo loquimur, intelligimus, eos qui a populo auctoritatem acceperunt, magistratus nempe, reges inferiores a populo dilectos, aut alia ratione constitutos, quasi imperii consortes et regum Ephori qui universi populi coetum representant" (*Vindiciae contra tyrannos*, cit. por M. GALIZIA, o. cit., 160).

³ Isso acontece mesmo que a monarquia seja hereditária, "porque jamais houve homem algum que tivesse nascido com a coroa na cabeça e o ceptro na mão" (*Vindiciae contra tyrannos*, cit. por MESNARD, o. cit., 344).

⁴ Cf. MESNARD, o. cit., 352.

caso, ninguém lhe deve obediência, podendo qualquer um – e, devendo, desde que possa fazê-lo – matar o usurpador (*tiranno absque titulo*). E exige-se a legitimidade de exercício (ou legitimidade material), querendo isto dizer que o poder há-de ser exercido para promoção do bem público e não para satisfação da ambição pessoal do rei que assim, nesta última hipótese, estaria a converter o seu poder originariamente legítimo em pura tirania (*tiranno quoad exercitium*).

Há, no entanto, pelos menos duas razões a impor-nos que associemos este *protoconstitucionalismo* mais ao passado medieval que ao futuro moderno em que terá lugar o parto com dor das primeiras constituições escritas¹. Em primeiro lugar, e como já foi dito, o povo não passa de um argumento esgrimido pelas ordens privilegiadas do antigo regime contra o imparável impulso histórico da concentração do poder. O povo é invocado por aqueles que nunca lhe reconheceram direitos e que continuam a negar-lhos mesmo face ao rei-inimigo. "A obediência passiva é a sua obrigação; a prece e o pranto são o seu único recurso (...) Aos particulares só resta tomar como exemplo a mansidão de Cristo"². Nenhum dos seus sofrimentos ou humilhações lhes dá o direito de reagir com violência à tirania; mas essa atitude torna-se para eles um dever quando a ordem de rebelião procede dos "oficiais da coroa" os quais, "considerados um a um, estão abaixo do rei, mas em conjunto, num corpo, estão acima dele"³. O povo é apenas a força que esses dignitários usam na sua vã tentativa de repor o esquema feudal de distribuição do poder. Em segundo lugar, o bem público que o monarca deve prosseguir é, na velha tradição medieval, definido em termos fundamentalmente religiosos. Há declaração de tirania quando supostamente há crime contra a religião, isto é, quando as leis civis entram em conflito com a "Lei de Deus". E isso acontece sempre que aquelas leis

¹ Isto, no entanto, sem prejuízo de se sublinhar o contributo dos monarcómacos para a concepção moderna de povo, como realidade autónoma. Essa novidade, conforme constata FIORAVANTI, começa a ser patente desde FRANÇOIS HOTMANN, autor de *Franco-Gallia* de (1573): "Ele pensa certamente que a França deveria buscar o caminho da reconstrução da sua antiga constituição medieval, com a esperança de encontrar, por essa via, um rei justo. Mas quando isso não fosse possível, ele não duvida em afirmar que o povo está perfeitamente capaz de retomar por si todo o poder que originariamente tinha e cujo exercício ele tinha confiado no âmbito da constituição histórica mista ao rei e, por isso, sempre pode existir também *sem ele*" (*Constitución, de la antigüedad a nuestros días*, ed. cit., 59). As *Vindiciae contra tyrannos* (1579) vieram reforçar a ideia desta possibilidade, sem deixar, no entanto, de afirmar que o povo não pode ser a "besta de um milhão de cabeças" (ibidem, 60). Ou seja, ele é concebido sob a representação de corpos colectivos (estamentos, cidades, ordens) e de magistrados superiores. "Produz-se assim uma superação... só parcial da constituição medieval. Por um lado, é agora possível pensar... o próprio povo, sem o príncipe. Mas, por outro lado, permanece essa mesma constituição como critério de ordem do povo, que continua assim representado, ainda que na ausência do príncipe, como um organismo vivo, composto de muitos grupos e ordens, entre eles em *proporção* e relação harmónica, segundo o princípio, natural e necessário, de associação" (ibidem, 60).

² FIGGIS, *El derecho divino de los reyes*, Fondo de Cultura Económica, México, 1982, 99

³ *Vindiciae contra tyrannos*, cit. por MESNARD, o. cit., 344-345

colidem com as pretensões hegemônicas do poder eclesiástico, qualquer que seja o credo em causa. Na perspectiva dos monarcómacos calvinistas, o dever dos reis é "proteger os bons e destruir as falsas religiões"; na perspectiva dos monarcómacos ultramontanos da Santa Liga, os reis são coroados para "manterem a Religião Católica, Apostólica e Romana, compromisso sob o qual eles recebem o da fidelidade dos seus súbditos e não de outro modo"¹. É com este significado que a *salus populi*, posta em perigo pela felonía do rei, justifica o tiranicídio. Existe o povo, mas não os indivíduos que o formam; estes não têm existência política. Logo, não há direitos individuais a reclamar. A individualização da política terá que passar ainda pela concentração do poder na pessoa do rei e pela correlativa dissolução dos "corpos interpostos". Falta, pois, o momento dialéctico da construção teórica de Hobbes. A partir daí, Locke desenvolve uma síntese dialecticamente superadora cujo resultado levará Olivier Beaud a atribuir-lhe a "invenção do poder constituinte"².

b) A "invenção do poder constituinte".

Fioravanti contrapõe o individualismo radical de Hobbes ao *individualismo temperado* de LOCKE, sustentando que só esta última versão do individualismo legitima que se fale de uma fundação jusnaturalista do liberalismo político e do constitucionalismo liberal. "O individualismo temperado, diferentemente do radical hobbesiano, imagina um estado de natureza no qual os homens conseguem já disciplinar o instinto apropriativo, dar forma e ordem à convivência civil através da instituição da propriedade. Constrói-se assim uma esfera do civil e do económico que é já em si 'jurídica', no sentido de que contém já em si aquelas condições mínimas de ordem e de estabilidade que permitem falar de uma 'sociedade', de direitos individuais"³. Hobbes nivelara os indivíduos no estado de natureza e assentara nesse nivelamento a unicidade

¹ Cf. MESNARD, o. cit., 372.

² "Se fosse preciso estabelecer as origens intelectuais do poder constituinte seria necessário remontar a John Locke ..." (O. BEAUD, *La puissance de l'État*, ed. cit., 223. Do mesmo autor, cf. também *État et souveraineté – Éléments pour une théorie de l'état*, Paris, 1989, 286).

³ FIORAVANTI, *Stato e costituzione*, ed. cit., 159. "A associação política não nasce para substituir o espaço social, mas opera em função dele, pressupondo-o: a lei do estado é simplesmente a força coactiva de que tem necessidade uma ordem que já existe para sustentar-se e para prorrogar-se no tempo, para melhor preservar os direitos e a propriedade que já nele tomaram forma. Assim pode afirmar-se que a associação política não nasce em forma de legislação para exprimir uma função governante, mas *em forma de jurisdição*, para garantir um terceiro neutral imparcial que possa atribuir o certo e o errado segundo leis estabelecidas e conhecidas, e com todo o *imperium* necessário a fazer exigir a sentença" (ibidem, 159-160).

da soberania. Empenhado na afirmação dessa unicidade, não podia postular a existência de uma ordem social estabelecida antes da sua transformação em ordem política. Por outro lado, fundara a necessidade da constituição desta numa descrição pessimista das características dos homens que seriam, por disposição natural universal, irremediavelmente egoístas e anti-sociais. Só a autoridade ilimitada do poder soberano poderia garantir a paz e a segurança que é suposto todos desejarem. Sem essa autoridade, admitindo que ela viesse alguma vez a ser dissolvida, imediata e inexoravelmente se recairia no estado de guerra de todos contra todos que é o *modus vivendi* próprio do estado de natureza. Não há estado de sociedade fora do estado político. E fora deste, ninguém reconhece a ninguém o menor direito que seja. Por isso, Fioravanti não entra no coro dos que fazem derivar o sistema liberal dos direitos individuais do jusnaturalismo hobbesiano.

É completamente diferente a concepção jusnaturalista de Locke. Quando os homens decidem constituir um poder político, já não se encontram no estado de natureza puro. Entre esse estado e o decorrente da associação política, existe uma situação intermédia que é o resultado de um processo de diferenciação social e económica desenvolvido sob a direcção da razão natural. "É evidente, por isso mesmo, que os homens estiveram de acordo em que a propriedade da terra se repartisse de uma maneira desproporcionada e desigual, fora da sociedade e do pacto"¹. O postulado desta harmonia pré-política, que contradiz a ideia hobbesiana do estado de guerra de todos contra todos, justificará, segundo Pérez Royo, "a falta de consistência e a carência de convicção com que é formulada a explicação da necessidade do Estado por parte de Locke"². Os homens não teriam criado o Estado por viverem num estado de guerra de todos contra todos, mas simplesmente por temerem que tal viesse a acontecer. "No estado de natureza, as contradições em princípio não existem, mas podem existir; e para evitar essa possibilidade é que os indivíduos devem constituir-se em sociedade e fundar o Estado"³. Trata-se, portanto, de uma decisão preventiva que determinará o âmbito da legitimidade de exercício de todo o poder político que venha a constituir-se.

A propriedade é uma instituição de direito natural, resultando a desigualdade da sua distribuição dos diferentes graus de diligência racional pelos quais os indivíduos se distinguem. Logicamente, os menos diligentes e racionais, excluídos da

¹ LOCKE, *Segundo tratado sobre el gobierno*, § 50, Biblioteca Nueva, Madrid, 1999, 75..

² *Introducción a la teoría del Estado*, ed. cit., 150.

³ *Ibidem*, 150.

propriedade por culpa própria, acabam sempre por cobiçar os bens alheios, transformando o estado de natureza morigerado pela lei natural em estado de guerra. É certo que a mesma lei natural que obriga a respeitar os direitos de cada um (à vida, à liberdade e à propriedade) também outorga o direito soberano de punir os violadores. Mas o processo individual de autodefesa e retaliação punitiva não tarda a tornar-se ineficaz. Observa, pois, com razão M. Galizia: "O motivo pelo qual se chega à formação do Estado não é, com efeito, segundo Locke, a falta de um poder soberano e coercitivo, mas unicamente o difícil e defeituoso funcionamento do direito punitivo natural"¹. Os indivíduos não vão buscar ao Estado direitos que não possuísem antes; apenas vão aí buscar a protecção desses direitos (*life, liberty and property*) que formam uma reserva jurídica indisponível em relação a particulares, mas também em relação à própria autoridade política que tem neles definidos os limites do seu poder.

Um outro aspecto da teoria de Locke, que pode ser salientado a partir do que acaba de ser dito, refere-se à concreta afirmação da existência política do povo. Este já não é a ficção simplesmente teórica de que Hobbes se serve para justificar o absolutismo. Como Fioravanti faz ver, "falta a Hobbes (...) toda a alteridade entre povo e soberano e falta, assim, não só a possibilidade do exercício de um legítimo direito de resistência, mas ainda, mais genericamente, toda a possibilidade de julgar a lei do soberano em função da sua justiça"². Em Locke, pelo contrário, encontramos a distinção entre povo (constituente) e soberano (constituído) e encontramos-la fortemente vinculada à sua tese sobre o direito de resistência³. Tanto este direito como o pressuposto da alteridade eram, como vimos, elementos identificadores do pensamento político dos monarcómacos. "Mas na tradição monarcómaca o poder constituinte do povo era quase sempre referido ao direito dos Três Estados ou a outro corpo no qual se considerava estar o povo representado (...) A iniciativa da resistência por parte de súbditos

¹ MARIO GALIZIA, *La teoría della sovranità dal Medio Evo alla Rivoluzione Francese*, Dott. A. Giuffrè, Milano, 1951, 261

² M. FIORAVANTI, *Stato e costituzione*, ed. cit., 158.

³ JOHN DUNN diz mesmo que a intenção de LOCKE "é a justificação da acção revolucionária ou, pelo menos, da ameaça de uma tal acção em certas circunstâncias...". (*La pensée politique de John Locke*, PUF, Paris, 1991, 129). No entanto, parece afastar LOCKE da modernidade quando o aprisiona num paradigma de religiosidade tradicional: "A estrutura da obrigação política é, pois, logicamente dependente da estrutura do dever religioso individual" (ibidem, 134). "Ora, o poder executivo, em todas as circunstâncias, tira a sua autoridade do poder legislativo e este da lei natural que reside em Deus... Não há na teoria política de Locke um conceito que descreva uma autoridade humana que tenha ao mesmo tempo uma legitimidade intrínseca. Toda a autoridade legítima, exercida sempre e em qualquer lado por um ser humano sobre outro, é em última análise uma autoridade que vem de Deus. E esta autoridade não cobre outras acções senão aquelas que são apresentadas justamente como a execução dos objectivos divinos" (ibidem, 136).

individuais ou da população em geral era repudiada como anti-social e anárquica"¹. É realmente com Locke que o povo atinge a sua maioria política e se torna o soberano constituinte que irá manifestar-se pela primeira vez, de forma consciente, na fundação do Estado americano (mesmo que, na obra do filósofo, e como sustenta Carl Friedrich, o povo com efectivo poder não vá além de um "grupo constituinte" formado somente pela "parte mais inteligente e importante da comunidade"²).

Na mesma perspectiva, também Olivier Beaud sustenta que o direito de resistência lockeano comporta a ideia de um poder constituinte permanente e inalienável, em tudo idêntico ao modelo que Carl Schmitt descreve inspirando-se em Sieyès: "O poder constituinte (...) não pode ser transmitido, alienado, absorvido ou extinto. Ele continua sempre a existir virtualmente, coexiste e permanece superior a toda a constituição, que procede dele, e a qualquer disposição constitucional válida no seio dessa constituição"³. Estando claramente definidas as finalidades da sociedade política e do governo, estão igualmente definidos os limites do exercício do poder dentro dos quais os súbditos estão obrigados à obediência e fora dos quais o governo se coloca, ele próprio, em estado de guerra com o povo. Nem o poder legislativo, tido pela sua génese democrática como "poder supremo", "sagrado e imutável", despoja o povo da sua soberania nem o liberta da necessidade de cuidada vigilância. Diz, com efeito, Locke que, sendo o legislativo "unicamente um poder ao qual se deu o encargo de actuar em ordem à consecução de determinadas finalidades, fica sempre no povo o poder supremo de o depor ou alterar todas as vezes que achar que ele actua de uma maneira contrária à missão que lhe confiou. Com efeito, todo o poder delegado para uma determinado fim fica limitado por esse fim, pelo que, se os detentores de tal poder se afastam abertamente da sua missão ou não mostram empenho em realizá-la... o poder voltará forçosamente às mãos daqueles que o cederam os quais podem confiá-lo de novo a pessoas que julguem mais capazes de assegurar o seu interesse"⁴.

No capítulo XIX do *Segundo Tratado*, Locke explica que a iniciativa da dissolução e substituição do governo não representa um acto de rebeldia do povo, mas sim um acto que somente terá em vista a reposição de uma legalidade violada pelo

¹ JULIAN H. FRANKLIN, *John Locke and the theory of sovereignty*, Cambridge University Press, London, 1981, 2.

² CARL J. FRIEDRICH, *Gobierno constitucional y democracia, Teoría e práctica en Europa y América*, II, Instituto de Estudios Políticos, Madrid, 1975, 270.

³ Cit. por OLIVIER BEAUD, *La puissance de l'État*, ed. cit., 414.

⁴ *Segundo tratado sobre el gobierno*, § 149, ed. cit. 137.

poder fiduciário¹. Não é o povo quem entra em conflito com a ordem constitucional que ele próprio estabeleceu, mas sim os governantes que, traindo a confiança neles depositada, passam a exercer por recurso à força "um poder que o povo não autorizou". São eles que, subvertendo os fins do poder legítimo, se tornam "culpados de rebelião". Aparentemente, portanto, não haverá na "doutrina de um poder residente no povo" lugar para o direito à mudança revolucionária. É nesse sentido que Fioravanti interpreta as intenções lockeanas do capítulo XIX sobre a dissolução do governo: Locke não produziria argumentos para que se institísse um novo regime político, mas para que se evitasse a destruição do velho. "O 'povo' não é imaginado como um sujeito constituinte soberanamente capaz de decidir o seu próprio futuro, mas como uma força beneficentemente conservadora, em si disciplinada, resistente à ideia de abandonar as próprias *old constitutions*, que se esforça por reconduzir todas as forças sociais e políticas à órbita do *Parliament*, segundo a tradição tripartida do rei, lordes e comuns"². Nesta interpretação, Locke não se teria afastado muito da teoria dos monarcómacos. Contudo, é recorrência de todo o contratualismo justificar a revolução segundo a fórmula astronómica de retorno a uma situação primordial. Assim o fará o próprio Sieyès que acusará os nobres de serem descendentes "dos sicambros, dos vândalos e de outros selvagens saídos dos bosques e das dunas da antiga Germânia" e de oprimirem o povo "a título de conquista". Impunha-se então que "aquele que descende dos gauleses e dos romanos" reconquistasse a liberdade perdida e, com ela, a nobreza: "O Terceiro se fará nobre ao fazer-se por sua vez conquistador"³. Nesse cenário, o acto constituinte representaria a reassunção da soberania pelo povo e a constituição seria a reformulação escrita do pacto fundador, a repetição do acto constitutivo original do Estado francês⁴. É a tomada de consciência desse direito, permanente e inalienável, de *reconstituição* da ordem política que assinala o aparecimento histórico do sujeito constituinte. E esse

¹ Este poder implica, segundo VALLESPÍN OÑA, *limites* assentes no direito natural e logicamente remete para o *poder constituinte* que o originou: "Não estamos, então, perante um pacto de submissão, mas diante uma entrega fiduciária de determinados direitos que nos correspondem por direito natural (...) Devemos ressaltar que o contrato social não cria ainda a autoridade política, mas une pessoas distintas numa comunidade que se arroga o poder constituinte..." (*Nuevas teorías del contrato social: John Rawls, Robert Nozick y James Buchanan*, Alianza Editorial, Madrid, 1985, 42).

² *Stato e costituzione*, ed. cit., 160.

³ *Qu'est-ce que le Tiers État?*, Au Siègne de la Societé, Paris, 1888, 33

⁴ Cf. A. ESMEIN, *Éléments de Droit constitutionnel français et comparé*, sixième édition, Librairie Sirey, Paris, 1914, 403. Com perspectiva diferente, CARL SCHMITT incumbe-se de combater a confusão entre Constituição e pacto fundador. Segundo ele, a constituição, derivada de um acto constituinte do povo, é essencialmente distinta do contrato social. "O contrato social está já suposto na doutrina do Poder constituinte do povo..." (*Teoría de la constitución*, Editora Nacional, México, 1966, 70). A teoria do contrato pode servir para explicar a génese da unidade política do povo, ou seja, o Estado, mas a constituição pressupõe a existência prévia dessa unidade, ou seja, do Estado.

direito não carece de expressão maior do que esta que Locke lhe dá ao dizer: se a sociedade "impôs limites à duração do poder legislativo e colocou esse poder numa pessoa ou numa assembleia unicamente por um tempo determinado ou se aqueles que o exercem cometem erros que levam a perdê-lo, em consequência dessa perda ou da expiração do prazo fixado, o poder legislativo volta à sociedade e o povo tem o direito de agir como soberano e conservar o legislativo em si ou dar-lhe outra forma, ou ainda, mantendo a forma antiga, pô-lo em novas mãos, como julgar mais conveniente"¹.

1.4.2. Momento francês: o nome da “coisa”.

1.4.2.1. ROUSSEAU: a soberania como democracia.

No momento francês da clarificação do conceito de poder constituinte, processo que se completará com a atribuição do nome à coisa, é obviamente incontornável o contributo de Rousseau. Sem dúvida, a sua teoria constitucional não teve o sucesso prático que teve a de Sieyès, e isso porque o filósofo não tinha possibilidades de reflectir nela uma experiência revolucionária tão vivida como a do abade. A obra deste foi politicamente intervencionista, senão mesmo panfletária, ao passo que a de Rousseau foi puramente conceptual. Todavia, nenhum outro autor foi tão determinante como ele para a compreensão dos direitos do povo, dos direitos inalienáveis de cada um à liberdade e à igualdade como condições indissociáveis (a liberdade e a igualdade são condição uma da outra) e essenciais da dignidade humana. O poder constituinte, subentendido na sua obra política, relaciona-se com a defesa daqueles direitos que serão a razão de ser da própria existência do Estado e o critério de legitimidade de toda a acção dos poderes constituídos.

¹ *Segundo tratado sobre el gobierno*, § 243, ed. cit., 198.

a) A liberdade como condição de possibilidade da existência de um povo como povo

No seu famoso livro *Du Contrat Social*, Rousseau demonstra que o fim racional da vida colectiva exige "uma forma de associação (...) pela qual cada um, unindo-se a todos, não obedeça, todavia, senão a si mesmo, continuando tão livre como dantes"¹. O método é (aparentemente) simples: os indivíduos não transferem a sua soberania do estado de natureza para ninguém, para nenhum particular, mas para o colectivo político do qual todos fazem parte em condições rigorosamente iguais, isto é, detendo cada um a mesma quota de participação no poder soberano. "Admitamos que o Estado seja constituído por dez mil cidadãos (...) cada membro do Estado não terá à sua conta senão a décima-milésima parte da autoridade soberana..."². Do nosso ponto de vista, não tem razão Giovanni Tarello para concluir desta formulação que a "novidade" de Rousseau relativamente ao contratualismo precedente estaria na negação do sujeito e daquilo que é – hegelianamente dito – a sua essência, ou seja, a liberdade. O *Contrato social*, segundo a interpretação desse autor, induziria à "estatalização" mediante uma proposta "que consiste em anular, pura e simplesmente, o indivíduo contraente para o identificar com a entidade corporal que procede do contrato"³. Em nossa opinião, é precisamente o contrário aquilo que se impõe concluir. Se existe "novidade", esta consiste na pretensão de assegurar que os indivíduos em sociedade possam continuar "tão livres como dantes". É nessa pretensão que vai postulada, ainda que não explicitamente formulada, a ideia de um poder constituinte não eliminável pela constituição. Certo está, pois, Olivier Beaud ao centrar a problemática constituinte da teoria de Rousseau justamente na questão da inalienabilidade da liberdade do sujeito: "o que é inalienável, antes de tudo, é a liberdade do indivíduo; e se a soberania do povo o é também, é por ricochete, é porque ela representa teoricamente a única solução possível para garantir essa liberdade (...) Por conseguinte, a soberania do povo não pode voltar-se contra o indivíduo. Pode transpor-se esta ideia da filosofia política de Rousseau para a ideia de uma constituição correctamente entendida"⁴.

¹ *Du Contrat Social*, I, VI, *Oeuvres complètes*, ed. cit., t. 2, 523.

² III, I, *ibidem*, 541.

³ GIOVANNI TARELLO, *Storia della cultura giuridica moderna, I. Assolutismo e codificazione del diritto*, Società Editrice il Mulino, Bologna, 1976, 327.

⁴ *La puissance de l'État*, ed. cit., 435. Nesta perspectiva, colhe a hipótese de considerar a constituição de Rousseau como fundamento de garantia das liberdades individuais. ACOSTA SÁNCHEZ não pensa assim. Pelo contrário, segundo ele, a teoria do contrato social de ROUSSEAU é incompatível com a

Como lembra Derathé, a inalienabilidade da liberdade (ou, de outra maneira dito, da soberania individual) pressupõe a diferença que Rousseau estabeleceu entre esse direito natural e o direito social da propriedade. Esses direitos apareciam confundidos na escola do direito natural onde, na linha da tradição aristotélica e do direito romano, se admitia que um homem pudesse vender a sua liberdade e fazer-se escravo. Se isso era assim para um homem, nada impedia que o fosse igualmente para um povo no seu conjunto: também ele poderia alienar o direito de dispor de si mesmo. Assimilava-se o *imperium* ao *dominium*, a soberania à propriedade das coisas¹. Nos *Discursos sobre desigualdade*, é concretamente Pufendorf que Rousseau desdiz: "Pufendorf afirma que, do mesmo modo que transferimos os bens para um outro mediante convenções e contratos, assim também podemos despojar-nos da liberdade a favor de um terceiro. É esse, parece-me, um mau raciocínio, porque (...) o direito de propriedade, não sendo senão convencional e de instituição humana, qualquer homem pode dispor à sua vontade do que possui; mas não acontece o mesmo com os dons essenciais da natureza tais como a vida e a liberdade... Privando-se de uma, degrada-se o seu ser; privando-se da outra, aniquila-se tudo o que existe nele"².

No *Contrato Social*, Rousseau prefere atacar Grotius e Hobbes. A simples existência de escravos basta a Grotius para fundar a sua tese segundo a qual um povo pode entregar-se a um rei. Ele deduz o direito do facto e nenhum outro método seria mais favorável aos tiranos. Os reis seriam pastores de homens e isso significa que pertenceriam a uma espécie diferente e superior à dos seus povos entretanto reduzidos à

constituição-garantia concebida no quadro do jusnaturalismo burguês: "Formando todos os indivíduos depois do pacto social um 'ser colectivo', e sendo o Estado tão-só a sua manifestação *passiva*, carece de todo o sentido colocar o problema dos direitos das partes frente ao todo.... Estando o poder supremo compartilhado por todos, não pode ir contra nenhum. Não é que não existam os direitos do homem, mas sim que não podem ser lesionados pelo soberano" (ACOSTA SÁNCHEZ, *Teoría del Estado y fuentes de la constitución. Introducción a la teoría de la constitución*, ed. cit., 357). A presunção de unidade expressa na metáfora do corpo compelia a pensar que o soberano não poderia fazer mal a nenhuma das suas partes, porque seria fazer mal a si mesmo. ACOSTA SÁNCHEZ admite, no entanto, que a mesma teoria do contrato social é compatível com a constituição-programa do Estado democrático social: "na obra de Rousseau prefiguram-se dois elementos inerentes ao constitucionalismo do nosso tempo: a aspiração à *igualdade substancial* – mais além da igualdade jurídica – e a necessidade de *normas constitucionais programáticas...*" (ibidem, 359). Na realidade, esta perspectiva de uma constituição-programa ou "constituição dirigente" (GOMES CANOTILHO) terá que ser deduzida do pensamento de ROUSSEAU em simultâneo com a ideia de uma constituição-garantia, uma vez que, para o filósofo, a igualdade e a liberdade são dois conceitos indissociáveis, constituindo ambos "o maior de todos os bens que deve ser o fim de qualquer sistema de legislação" (CS, II, XI). Razão para concluir que a constituição potenciada pela teoria do contrato social é a que virá a configurar-se no *Estado de direito democrático e social*.

¹ ROBERT DERATHÉ, *Jean-Jacques Rousseau et la science politique de son temps*, ed. cit., 258.

² *Discours sur l'origine et les fondements de l'inégalité parmi les hommes*, in *Oeuvres complètes*, ed. cit., t. 2, 239.

condição de rebanhos. "Essa é também a opinião de Hobbes"¹. Mas um rebanho, que se abandone inteiramente à direcção de um pastor, nunca poderá formar um corpo político, ser uma personalidade jurídica. "Se um povo, pois, promete obedecer simplesmente, ele dissolve-se por esse acto, perde a sua qualidade de povo"².

b) Sujeitos públicos e sujeitos privados: dupla condição dos indivíduos no Estado.

No entanto, se Rousseau é irredutivelmente anti-hobbesiano nesta questão, já no que se refere aos direitos implícitos no conceito de soberania, bem pode dizer-se que ele é discípulo do filósofo inglês³. É claro que, quando Rousseau fala do soberano, não se está a referir, como Hobbes, ao *depositário da personalidade do povo*, mas ao próprio povo. Este não é apenas a fonte originária do poder soberano: ele é o soberano efectivo e sempre presente⁴, dado que a sua soberania é inalienável, como já se observou. Nenhum indivíduo ou grupo de indivíduos pode assumir e representar a personalidade do povo.

Posto isto, comecemos por ver a coincidência dos dois filósofos na questão dos direitos do soberano em relação aos membros individuais do Estado. Este forma-se pela alienação total de cada associado com todos os seus direitos a toda a comunidade. Quer isto dizer que nenhum súbdito se reserva o direito de se opor a uma decisão da autoridade soberana alegando injustiça, pois, se cada um pudesse ser árbitro entre si e o soberano numa única questão que fosse, logo pretenderia sê-lo em todas; e isso tornaria insustentável o estado de sociedade. "Como a natureza dá a cada homem um poder absoluto sobre todos os seus membros, assim também o pacto social dá ao corpo

¹ *Du Contrat Social*, I, II, *Oeuvres complètes*, ed. cit., t. 2, 519.

² *Du Contrat Social*, II, I, ed. cit., t. 2, 526.

³ "Basta comparar o *Contrato Social* e o *Discurso sobre a desigualdade* para se aperceber que, depois de ter sido adversário de Hobbes, Rousseau se foi tornando cada vez mais seu discípulo (...) Nestas condições, pergunta-se por que razão Rousseau não deixou de se apresentar como adversário de um pensador a quem deve tanto (...) Não está nos hábitos dos grandes escritores informar a posteridade sobre as fontes do seu pensamento. Rousseau não se sentia inclinado a revelar aos seus leitores os contributos que poderia ter recebido dos seus predecessores (...) No que se refere a Hobbes, é provável que Rousseau não tivesse plena consciência de ter sofrido a sua influência a tal ponto" (DERATHÉ, o. cit., 338-9).

⁴ Nesta perspectiva de ROUSSEAU, reúne CARL SCHMITT os conceitos de povo e público como componentes do conceito de soberania: "Povo é um conceito que só adquire existência na esfera do público. O povo manifesta-se só no público; inclusive o produz... E, na realidade, o povo produz o público mediante a sua presença... Nesta verdade descansa o certo pensamento, incluído na célebre tese de ROUSSEAU, segundo a qual o povo não pode ser representado. Não pode ser representado, porque necessita de *estar presente*; e só um ausente pode ser estar representado" (CARL SCHMITT, *Teoría de la constitución*, ed. cit., 281-2; sublinhados dele).

político um poder absoluto sobre todos os seus"¹. O que torna racional esta sujeição incondicional é a duplicidade política que os indivíduos assumem no quadro da soberania popular: eles desdobram-se em cidadãos enquanto *sujeitos públicos* que fazem parte do soberano e em súbditos enquanto *sujeitos privados* que estão submetidos à *vontade geral*². Esta dupla condição é potencialmente contraditória. "Com efeito, cada indivíduo pode, como homem, ter uma vontade particular contrária ou dissemelhante da vontade geral que ele deve ter como cidadão"³. Não é, assim, de excluir que ele se sinta tentado a sobrepor a sua primeira vontade à segunda, criando com isso um precedente que, generalizando-se, tornaria iminente a dissolução do Estado⁴. Por isso é que o pacto social implica um compromisso tácito de coerção, a saber, que quem se recusar a obedecer à vontade geral seja a isso obrigado pelo poder unido de todos: "o que não significa outra coisa senão que o forcem a ser livre"⁵.

Vejamos agora os direitos do soberano em relação a si próprio. Aqui funciona a regra que preside aos compromissos que um indivíduo possa querer estabelecer consigo mesmo (e não com outros, como acontece no pacto social): esses compromissos só persistirão enquanto o mesmo indivíduo não mudar de vontade. O Estado é ele também um corpo unitário, um eu moral e uma vontade autónoma. "É preciso notar que a deliberação pública que pode obrigar todos os súbditos para com o soberano, em virtude das duas diferentes relações sob as quais cada um dos súbditos é encarado, não pode, pela razão inversa, obrigar o soberano face a si mesmo, pelo que é contra a natureza do corpo político que o soberano se auto-imponha uma lei que não possa infringir. Não podendo ser considerado senão sob uma só e mesma relação, ele encontra-se no caso de um particular que consigo mesmo contrata; donde se conclui que não há nem pode haver nenhuma espécie de lei fundamental obrigatória para o corpo do

¹ *Du Contrat Social*, II, IV, ed. cit., t. 2, 527.

² "É ainda aqui que se descobre uma dessas espantosas propriedades do corpo político pelas quais ele concilia operações aparentemente contraditórias; tal acontece por uma conversão súbita da soberania em democracia, de tal modo que, sem nenhuma mudança sensível, e somente devido a uma nova relação de todos com todos, os cidadãos, tornados magistrados, passam dos actos gerais aos actos particulares e da lei à sua execução" (C.S. III, XVII, ed. cit., t. 2, 562).

³ *Du Contrat Social*, I, VII, ed. cit., t. 2, 523.

⁴ A questão é saber, observa SIMONE GOYARD-FABRE, como é que no corpo político se resolve esta dificuldade; ou, doutra forma dito, a que instância política cumpre resolvê-la. "A resposta a esta questão reside na categoria jurídica de *governo* (...) Isto, aparentemente, é claro. Todavia, do ponto de vista especulativo, trata-se da 'quadratura do círculo'. [É que], por um lado, nenhum governo pode ser adequado à vontade soberana e, por outro, todo o governo é necessariamente impuro" (*Les principes philosophiques du droit politique moderne*, PUF, Paris, 1997, 180 e ss.). Com efeito, na medida em que o governo é ele próprio constituído por indivíduos, também nele prevalece a tensão entre a vontade geral e a particular: "Tal como a vontade particular age incessantemente contra a vontade geral, assim o governo faz um contínuo esforço contra a soberania" (CS, III, X, ed. cit., t. 2, 554).

⁵ *Du Contrat Social*, I, VII, ed. cit., T. 2, 524.

povo, nem mesmo o contrato social"¹. O soberano está, pois, acima de qualquer lei e isso, desde logo, porque a ele – e só a ele – deve a lei quer a existência quer a subsistência. Não há nada que o soberano esteja impedido de revogar: "um povo é sempre senhor de mudar as suas leis, mesmo as melhores"². Uma vontade livre, como é a de um povo soberano, nunca se compromete em relação ao futuro nem nunca está comprometida por decisões que tenha tomado no passado. É este um dos princípios que Rousseau deixou enunciados no seu Manuscrito de Genebra: "A lei de hoje não deve ser um acto da vontade de ontem, mas da de hoje, e nós estamos comprometidos a fazer, não o que todos quiseram, mas o que todos querem... Donde se segue que quando a lei fala em nome do povo, é em nome do povo do presente e não do povo de outrora. As leis recebidas não têm uma autoridade durável senão enquanto o povo, que é livre de as revogar, o não fizer, o que prova o consentimento actual"³.

Esta disponibilidade total da vontade soberana é corolário do pressuposto de que o soberano, por definição, nunca é parte de nenhum contrato. Se o fosse, perderia a característica essencial da soberania, vinculado que ficava às obrigações do compromisso contratual. "Não há senão um contrato no Estado: o da associação; e esse, único, exclui qualquer outro. Não se poderia imaginar nenhum contrato público que não fosse uma violação do primeiro"⁴. O que aqui vai rejeitada, como observa Pérez Royo, é a hipótese do *pactum subjectionis*: "A aportação de Rousseau à Teoria do contrato social consiste na supressão do *pactum subjectionis* no contrato constitutivo da sociedade"⁵. O poder soberano, que emana directamente do *pactum societatis*, destruir-se-ia a si mesmo desde o momento em que consentisse nas limitações impostas por aquele. Em abono da verdade, Acosta Sánchez faz notar que a autoria desta intuição fundamental é a Hobbes que pertence e não a Rousseau. "*O génio de Hobbes consiste no facto de reduzir a um só contrato a constituição da sociedade e do Estado. Não se trata da fusão de dois contratos num único (...) mas de algo muito diferente: a negação do contrato político. Só existe o contrato social....*"⁶. Tal foi a novidade hobbesiana que,

¹ *Du Contrat Social*, I, VII, ed. cit., t. 2, 523.

² *Du Contrat Social*, II, XII, ed. cit., t. 2, 539.

³ *Du Contrat Social ou essai sur la forme de la République* (Manuscrite de Genève), *Oeuvres complètes*, t. 2, ed. cit., 409. O manuscrito de Genebra terá sido redigido entre 1756 e 1760. A versão definitiva do *Contrato Social* foi publicada em 1762. Nesta versão, a ideia repete-se: "A lei de ontem não obriga hoje, mas o consentimento tácito é presumido no silêncio e é suposto que o soberano confirma incessantemente as leis que não ab-roga, podendo fazê-lo" (*Du Contrat Social*, III, XI, ed. cit., 555).

⁴ *Du Contrat Social*, III, XVI, ed. cit., t. 2, 562.

⁵ *Introducción a la teoría del Estado*, ed. cit., 157.

⁶ *Teoría del Estado y fuentes de la constitución*, ed. cit., 79-80 (sublinhado por A. SÁNCHEZ). De modo diferente, PÉREZ ROYO atribui a autoria da intuição a ROUSSEAU, sustentando que só este filósofo

que, segundo alguns autores (desde logo, Acosta na senda de Derathé), Rousseau teria captado somente após uma segunda leitura mais atenta da obra do filósofo inglês. O *Discurso sobre a desigualdade* pode ser considerado uma refutação da teoria política de Hobbes, designadamente do seu argumento antropológico a favor do absolutismo monárquico. Sustentam, porém, aqueles autores que a refutação foi feita no paradigma do contrato político à luz do qual Rousseau parecia conceber ainda a gênese do estado de sociedade. Efectivamente, o genebrino dava ali de barato a "opinião comum", de que o corpo político teria por base um contrato estabelecido entre o povo e os chefes por ele escolhidos, ficando ambas as partes vinculadas a recíprocas obrigações. "Tendo o povo reunido, no que concerne às relações sociais, todas as vontades numa só, os artigos que exprimem essa vontade tornam-se outras tantas leis fundamentais que obrigam todos os membros do Estado sem excepção, sendo uma dessas leis a que regula a escolha e o poder dos magistrados encarregados de velar pela execução das restantes. Aquele poder estende-se a tudo o que faça conservar a constituição, sem ir ao ponto de poder mudá-la (...) O magistrado, por seu lado, obriga-se a não usar do poder que lhe foi confiado senão segundo a intenção dos comitentes, a manter cada um no pacífico gozo do que lhe pertence e a preferir em todas as ocasiões a utilidade pública ao seu interesse próprio"¹.

Mas, ao contrário do que pensam os referidos autores, se Rousseau enunciou esta teoria no seu *Discurso*, não foi para a subscrever, perfilhando os pontos de vista de Pufendorf ou Burlamaqui. Foi, isso sim, para a repudiar, pondo em evidência "os abusos inevitáveis de uma tal constituição"². Era impossível evitar que a chefia do Estado degenerasse em despotismo. Todavia, mais grave do que isso, era a própria impossibilidade de assentar a continuidade do Estado num contrato sem garantias: "porque, não havendo nenhum poder superior que pudesse garantir a fidelidade dos contratantes nem forçá-los a cumprir os seus compromissos recíprocos, as partes permaneceriam os únicos juízes na sua própria causa, e cada uma delas manteria sempre o direito de renunciar ao contrato logo que considerasse que a outra não respeitava as condições ou estas deixassem de lhe convir"³. Seria essa uma estranha maneira de

concebeu um *pactum societatis* sem *pactum subjectionis*. Na teoria de HOBBS (como em LOCKE) os dois pactos eram mantidos, embora constituíssem um *pacto único* (cf. *Introducción a la teoría del Estado*, ed. cit., 146-147 e 154-155).

¹ *Discours sur l'origine et les fondements de l'inégalité parmi entre les hommes*, ed. cit., t. 2, 239.

² "Antes que a experiência tivesse mostrado, ou que o conhecimento do coração humano, tivesse feito prever os abusos inevitáveis de uma tal constituição, esta deve ter parecido ser a melhor..." (ibidem, 239).

³ Ibidem, 239.

firmar contratos, conclui Rousseau¹, mas agora já no *Contrato Social*: "as partes contratantes estariam entre si somente sob a lei da natureza e sem nenhum garante dos seus recíprocos compromissos, o que, em absoluto, repugna ao estado civil"². Pelo menos neste ponto, Rousseau não mudou de ideias. Bastaria, de resto, fazer fé naquilo que ele próprio escreveu nas *Confissões*: "Tudo o que há de ousado em *O Contrato social* estava já no *Discurso sobre a desigualdade*"³. Só que Derathé não quis levar a sério esta declaração do filósofo, afirmando peremptoriamente que, "de facto, este escrito [*Discours*] não contém nenhuma das teses essenciais da sua doutrina política"⁴. E, todavia, não é difícil ver a complementaridade das duas obras. O *Contrato Social* é, na intenção expressa do seu autor, *la solution* fornecida pela razão para o problema histórico da usurpação do poder de que trata o *Discurso*. Aqui, no *Discurso*, descreve-se a constituição *histórica*; ali, no *Contrato*, propõe-se a constituição *racional*: " (...)o estado político foi sempre imperfeito, porque foi quase sempre obra do acaso e porque, tendo começado mal, o tempo, descobrindo-lhe os defeitos e sugerindo remédios, jamais conseguiu corrigir os vícios da constituição: reformava-se sem cessar, quando o que era preciso era começar por limpar o terreno, afastando tudo o que era velho, como fez Licurgo em Esparta, para construir em seguida um bom edifício"⁵. Indubitavelmente, o *Contrato social* pretendeu ser a planta desse sólido edifício.

A manifestação prática da soberania não pode estar dependente das cláusulas de um contrato. Quem detenha e exerça a soberania não pode ter a sua vontade condicionada pela vontade de um outro. Pensam desta maneira Hobbes e Rousseau. Para ambos, só uma das partes supostas na teoria do contrato político é verdadeira e ilimitadamente soberana: a) um homem ou uma assembleia de homens a favor de quem o povo teria cedido a soberania pelo pacto social, segundo o filósofo de Malmesbury; b) o povo, quer dizer, o conjunto pleno de todos os membros do Estado, segundo o cidadão de Genebra.

¹ "Convir-se-á, estou certo, de que esta seria uma estranha maneira de firmar contratos" (¹ *Du Contrat Social*, III, XVI, ed. cit., t. 2, 559).

² *Du Contrat Social*, I, VII, ed. cit., t. 2, 523

³ *Les Confessions*, IX, *Oeuvres complètes*, ed. cit., t. 1, 278.

⁴ *Rousseau et la science politique de son temps*, ed. cit., 339.

⁵ *Discours sur l'origine et les fondements de l'inégalité parmi entre les hommes*, ed. cit., t. 2, 235.

c) A constituição e o poder constituinte implícitos na teoria do Contrato Social

Desta compreensão hobbesiana que Rousseau faz do poder soberano há quem deduza que o conceito de constituição escrita é incompatível com o seu pensamento político. A autoridade suprema do Estado não pode ser limitada por leis fundamentais chegadas ao presente de um passado incerto, mas de igual modo não o pode ser por uma constituição que, no presente, especificasse – e circunscrevesse – os poderes daquela autoridade. Tal é, segundo Derathé, o sentido das objecções que Rousseau formulou nas *Lettres écrites de la Montagne* contra o *Edicto da Mediação* que, desde 1738, servia de constituição à República de Genebra. A objecção maior, no plano substancial, refere-se ao artigo III que restitui ao Conselho Geral ("soberano de direito") direitos que órgão inferiores lhe tinham usurpado. "Estes direitos em geral são, sem dúvida, grandes e belos; mas (...) são especificados e, só por isso, limitados; o que se põe exclui o que se não põe (...) Ora, é da essência do poder soberano não ser limitado: ele pode tudo ou não é nada"¹. A questão, porém, não estava, concretamente, nos limites fixados no texto constitucional, se fosse o caso de tratar-se de uma autolimitação que a todo o momento, como sabemos, seria revogável. O facto é que a constituição não exprime a vontade soberana do Conselho Geral. Pelo artigo I, as funções do poder estão distribuídas por cinco órgãos independentes, com esferas de competência próprias e invioláveis, um dos quais é o próprio Conselho Geral. "A partir daí, eu vejo em cada um dos cinco uma porção particular do governo, mas de modo algum vejo o poder constitutivo que os estabelece, que os liga e do qual dependem todos: de maneira nenhuma vejo aí o soberano. Ora, em todo o Estado político, é preciso um poder supremo, um centro ao qual tudo se relacione, um princípio donde tudo derive, um soberano que possa tudo"². O Conselho Geral estava, por exemplo, expressamente impedido de abolir as disposições fiscais postas em vigor antes de 1714. O poder legislativo confundia-se com o executivo em benefício do pequeno Conselho (*petit Conseil*) que, podendo interpretar arbitrariamente as leis e até violá-las impunemente, se tornava, na prática, "senhor do seu soberano". Para cúmulo, o Conselho Geral, para além de privado pela constituição de grande parte dos seus direitos de soberania, estava ainda submetido ao controlo total de tribunais inferiores. Em

¹ *Lettres écrites de la Montagne*, septième lettre, ed. cit., t. 3, 460.

² *Ibidem*, 459.

conclusão, Rousseau não criticava o *Edicto da Mediação* por estabelecer regras de direito constitucional mas, sim, por configurar uma constituição viciosa.

Também Acosta Sánchez advoga a tese da incompatibilidade da constituição escrita com o conceito de soberania implicado na teoria do contrato social¹, fazendo dessa questão um dos temas nucleares da sua *Teoría del Estado*. O argumento é basicamente o mesmo. O teorema que este constitucionalista tem para demonstrar é o seguinte: a constituição escrita, produto de um processo constituinte e, sobretudo, expressão de uma vontade constituinte, em lugar de ser o derivado prático da teoria do contrato social, é antes a sua negação. "A ruptura que representa no pensamento político a irrupção da Constituição é nisto evidente: o contrato supunha um acordo entre vontades; a Constituição encarna uma vontade dominante e imperativa"². Como não é lógico que o soberano imponha a si mesmo uma lei que o limite, então a constituição escrita só pode ter origem num "*poder especial*, dotado de uma *vontade singular*: um poder e uma vontade *constituintes*"³. A constituição escrita surgirá na França para "instaurar uma nova forma de dominação"⁴ e não para dar expressão jurídica à constituição democrática de Rousseau, "cujos pressupostos teóricos são incompatíveis com ela"⁵.

Não parece, no entanto, que o teorema de Acosta Sánchez seja susceptível de uma demonstração tão concludente que nos faça admitir como "inquestionável a ausência da noção de Constituição escrita em Rousseau". Atendendo ao espírito da

¹ Encontramos esta tese em CARRÉ de MALBERG. Este autor coloca a constituição entre o poder soberano e o poder legislativo. Como, em ROUSSEAU, o poder legislativo é indissociável do soberano, não haveria logicamente lugar para a constituição. O mesmo no que se refere ao poder constituinte, dizendo MALBERG que a doutrina do *Contrato Social* não deixa que se conceba um poder superior ao poder legislativo. "Com efeito, a função própria de toda a constituição é vincular, se não a nação ou a comunidade, pelo menos os órgãos constituídos. Ora, na teoria de Rousseau, a Constituição não poderia adquirir força obrigatória face ao legislador, sendo dado que este não é outro senão o povo, o próprio soberano (...) Enfim, na doutrina do *Contrato Social*, uma das principais utilidades da distinção do poder constituinte desaparece e, por conseguinte, esta distinção perde, em grande parte, a sua razão de ser. O fim prático da distinção é, com efeito, limitar o poder do órgão legislativo, e nomeadamente limitá-lo no que concerne aos direitos individuais dos particulares, no sentido em que estes direitos, uma vez determinados e garantidos pelo acto constitucional, não podem mais ser restringidos nem retocados pelo legislador ordinário (...) Ora, viu-se que a teoria do contrato social exclui completamente este conceito de direitos individuais tornados intangíveis pelo legislador (...)" (*Contribution à la théorie générale de l'État*, II, Sirey, Paris, 1922, 513-514). C. de MALBERG considera que essa exclusão dos direitos individuais deriva inexoravelmente da cláusula que prescreve "a alienação total de cada associado com todos os seus direitos a toda a comunidade". No entanto, ROUSSEAU coloca precisamente nessa cláusula a garantia da efectividade dos direitos, já que, doutra forma, isto é, num contrato feito com reserva mental dos associados, "o estado de natureza subsistiria e a associação tornar-se-ia necessariamente tirânica ou vã" (CS, I, VI).

² *Teoría del Estado y fuentes de la constitución*, ed. cit., 176.

³ *Ibidem*, 175.

⁴ *Ibidem*, 177-178

⁵ *Ibidem*, 351.

época, o que seria estranho é precisamente o contrário, ou seja, que Rousseau consentisse na hipótese de um Estado moderno sem definição expressa de princípios, meios e fins¹. Tornara-se insustentável a explicação metafísica – irracional – da existência e modo do Estado. Sabia-se que ele tinha somente raízes histórico-humanas. O que se pretendia era que a sua constituição deixasse de ser obra – irracional – do acaso. Nesse desiderato se fundavam as diferentes sugestões contratualistas – diferentes consoante as fases estratégicas do processo político – para a criação artificial-racional de um Estado alternativo ao que procedia da história. Era necessário que tudo voltasse ao princípio, ao momento pré-constituente, fundando-se a sociedade política num contrato análogo ao acto de direito privado pelo qual dois ou mais particulares se tornam sócios no âmbito de uma sociedade comercial que antes disso não existia. É impensável um contrato sem fixação de regras, que não defina, por escrito, o estatuto das partes contratantes, os poderes adequados à razão de ser da pessoa jurídica que daí resulta, as formas pelas quais a vontade dessa pessoa se manifestará validamente como tal e, finalmente, a estrutura orgânica que executará as decisões que vierem a ser tomadas. Tudo isso redigido tão clara e distintamente quanto possível, de acordo com a representação burguesa de um bom negócio jurídico.

Segundo Rousseau, e nisso nem sequer se afasta do liberal Locke², não há limites que se imponham à variabilidade da vontade do soberano: "o povo é senhor de alterar as suas leis, até as melhores". Tal significa, como dirá Toni Negri, que o poder constituinte do povo nunca ficará prisioneiro da constituição que ele próprio faça³. Não significa que, para ser livre, nunca possa fazer uma constituição. É o poder constituído

¹ De resto, não só a teoria do contrato social e o princípio da soberania, que lhe subjaz, são compatíveis com a constituição escrita, como o são ainda com a inserção nela dos próprios procedimentos para revisão futura. Tal é, por exemplo, a opinião de PEDRO de VEGA: "tanto Vattel como Rousseau, embora tivessem ambos exigido a unanimidade para modificar a *loi fondamentale*, estabeleceram já a possibilidade de que ela fosse mudada por maioria, quando assim o consignasse a própria lei fundamental" (*La reforma constitucional y la problemática del poder constituyente*, Tecnos, Madrid, 1988, 62, nota). Em relação a VATTEL, a ilustração é feita com citação dos comentários deste autor ao *Jus naturae* de WOLF (t. VIII, § 3); quanto a ROUSSEAU, a citação reporta-se às *Considérations sur le Gouvernement de Pologne (Oeuvres complètes*, ed. cit., t. 3, p. 546): "... car il est contre la nature du corps politique de s'imposer des lois qu'il ne puisse révoquer, mais il n'est ni contre la nature ni contre la raison qu'il ne puisse révoquer ces lois qu'avec la même solennité qu'il mit à les établir. Voilà toute la chaîne qu'il peut se donner pour l'avenir". P. VEGA, que cita directamente do original, conclui: Deste modo, o que Vattel e Rousseau estão a antecipar é o facto de que a Constituição consagre e regule, através do procedimento de reforma, o mecanismo da sua própria transformação" (ibidem, 63, mesma nota).

² OLIVIER BEAUD, *La puissance de l'État*, ed. cit., 405.

³ Cf. *El poder constituyente, ensayo sobre las alternativas de la modernidad*, Libertarias Prodhufi, Buenos Aires, 1994, *passim*.

quem fica limitado pela constituição, não é o poder constituinte¹. Há, porém, requisitos a observar para que o povo, no momento em que tiver que reunir, adquira a dignidade de soberano e a deliberação que nessa altura queira tomar (mesmo na sua função constituinte) possa ser reconhecida como vontade geral e não somente como vontade de particulares. É o que a constituição deve prescrever, preto no branco, contrariando as incertezas de uma realidade constitucional fundada nas contingências da tradição histórica e da força política. Assim, "toda a assembleia do povo que não tiver sido convocada pelos magistrados nomeados para esse efeito, e de acordo com as normas prescritas, deve ser considerada ilegítima e nulo tudo o que se decidir, porque a própria ordem para reunir deve emanar da lei"². O povo não é soberano pelo simples facto de estar reunido.

Para deliberar sobre matérias da constituição, deve o povo reunir extraordinariamente sempre que for caso disso; mas, para além dessas reuniões extraordinárias, "é preciso que haja outras fixas e periódicas que nada pudessem abolir nem prorrogar, de tal modo que no dia previsto o povo estivesse legitimamente convocado pela lei sem que houvesse necessidade de nenhuma outra convocatória formal"³. Nessas ocasiões, constitucionalmente reguladas, o povo estará reunido na qualidade de soberano constituinte. "A abertura dessas assembleias, que só têm por objecto a manutenção do tratado social, deve sempre fazer-se com a colocação de duas questões que jamais podem suprimir-se e que devem ser separadamente submetidas à votação: Primeira: *convém ao soberano conservar a presente forma de governo?*; segunda: *convém ao povo continuar a confiar a administração àqueles que dela estão actualmente encarregados?*"⁴.

¹ O poder constituinte, o povo, não pode ser limitado por um texto constitucional, mas pode produzi-lo e alterá-lo sempre que queira fazê-lo. Cf., a propósito, DERATHÉ: "Certamente, Rousseau não nega que o Estado possa dar-se uma constituição, mas, para ele, esta constituição não existe senão pela vontade do soberano que pode mudá-la sempre que o pretenda" (*Rousseau et la science politique de son temps*, ed. cit., 334).

² *Du Contrat Social*, III, XIII, ed. cit., t. 2, 556.

³ *Du Contrat Social*, III, XIII, ed. cit., t. 2, 556.

⁴ *Du Contrat Social*, III, XIII, ed. cit., t. 2, 563. Considerando que a própria existência de uma constituição postula a dialéctica da conservação e inovação constitucional, P. PAOLO PORTINARO interpreta neste sentido as duas perguntas propostas pelo autor do *Contrato Social*: "Com esta formulação, o genebrino pondera duas questões essenciais centrais relativas a toda a mudança constitucional, ou seja, a substituição da forma de governo e a mudança da classe política. A Revolução francesa terá oferecido o primeiro grande laboratório para a experimentação de um tal processo, produzindo, com rápida e surpreendente sucessão de constituições ao longo da revolução, toda uma fenomenologia de procedimentos de revisão destinada a deixar traços profundos no constitucionalismo dos séculos seguintes" ("Il grande legislatore e il custode della costituzione", *Il futuro della costituzione*, ed. cit., 23).

A necessidade de regras constitucionais, enquanto condições de possibilidade da própria persistência democrática do Estado, é tão óbvia para Rousseau que ele chega a considerar algumas delas imunes a qualquer revisão da constituição. É uma exigência da razão que elas sejam concebidas como fazendo parte do pacto originário, quer dizer, dependentes da unanimidade que se postula como fundamento irrepetível da associação política. No cap. II, Liv. IV, do *Contrato Social*, lê-se: "Não há senão uma lei que, por sua natureza, exige um consenso unânime: é o pacto social"¹. E lê-se no cap. V do Liv. I da mesma obra: "A lei da pluralidade dos sufrágios é ela mesma uma convenção e supõe, ao menos uma vez, a unanimidade"². Eis aqui uma condição de validade a que o método transcendental de Rousseau acaba por sujeitar o próprio poder constituinte: "Pelo direito natural das sociedades, a unanimidade foi exigida para a formação do corpo político e para as leis fundamentais que são condição da sua existência (...) Ora, a unanimidade requerida para o estabelecimento dessas leis deve ser a mesma para o caso da sua ab-rogação"³. Estão nessa situação as disposições que estabelecem a separação entre o poder legislativo e o poder executivo e, ao mesmo tempo, impedem que venha a concretizar-se a tendência deste para a usurpação daquele. A história é fértil em exemplos de governos que, indo além da função executiva de que estão legalmente incumbidos, usurpam a soberania e põem, dessa forma, fim ao pacto social. É também aqui que Rousseau opõe o Estado histórico ao Estado racionalmente constituído. O primeiro acabará sempre por sucumbir à sua degenerescência interna do mesmo modo que o corpo humano ao envelhecimento. "O corpo político, tal como o corpo do homem, começa morrer desde o seu nascimento e traz em si mesmo as causas da sua destruição"⁴. O corpo humano, porém, é obra da natureza. E, por isso, só com muitas limitações é que pode melhorar-se a sua resistência aos efeitos do tempo; a morte será, em todos os casos, inevitável. Já no que concerne ao corpo político, ele é obra da arte. A sua constituição pode, portanto, ser consideravelmente aperfeiçoada pela razão, aproveitando também as lições da experiência.

É este pressuposto de perfectibilidade que está na base da exortação que Rousseau dirigiu aos polacos nas suas *Considerações sobre o governo da Polónia*: "corrigi, na medida do possível, os abusos da vossa constituição respeitando a parte dela

¹ *Du Contrat Social*, IV, II, ed. cit., t. 2, 564.

² *Du Contrat Social*, I, V, ed. cit., t. 2, 522.

³ *Considérations sur le gouvernement de Pologne, oeuvres complètes*, ed. cit., t. 3, 546.

⁴ *Du Contrat Social*, III, XI, ed. cit., t. 2, 555.

que vos fez ser aquilo que sois"¹. Esse texto é um exemplo da aplicação da teoria do *Contrato Social* a uma situação constitucional concreta. O objectivo era "dar à constituição de um grande reino a consistência e o vigor da constituição de uma pequena república"². Num grande reino não é viável a intervenção permanente do povo como soberano. O poder legislativo terá então que ser exercido por deputação, com os riscos que isso implica. As advertências de Rousseau vão no sentido de prevenir "esse mal terrível da corrupção" que quase sempre transforma o "órgão da liberdade" num "instrumento da servidão"³. Para tal recomenda a adopção de dois recursos. No primeiro, trata-se de mudar com frequência a composição da assembleia, não permitindo eleições sucessivas do mesmo deputado. "O segundo consiste em obrigar os representantes a seguirem exactamente as instruções que receberam e a prestarem contas rigorosas aos constituintes da sua conduta na dieta"⁴. Rousseau preconiza, pois, o mandato imperativo em alternativa ao mandato representativo. Os deputados serão apenas os mediadores das vontades locais em função das quais a vontade geral se forma; nunca serão os criadores desta vontade soberana. "A soberania não pode ser representada pelo facto mesmo de que não pode ser alienada....".

Se Hobbes intuiu de facto o carácter unitário e absoluto da soberania, enquanto poder que não admite ser exercido sob a coacção de uma qualquer negociação que o dividisse ou limitasse, Rousseau intuiu, por seu turno, o carácter indissociável da titularidade e do exercício da soberania, quer dizer, a inalienabilidade de um poder que só é legítimo na posse do seu titular natural, ou seja, o povo. "A fidelidade de Rousseau à lógica última do contrato social e à secularização do pensamento político leva-o a declarar a *inalienabilidade da soberania* por parte do ser colectivo do qual nasce, coisa que ninguém antes dele tinha feito. Nisso reside a sua revolução teórica..."⁵. Ora, o atributo fundamental da soberania consiste, como se sabe, no poder de fazer as leis. Pela teoria de Hobbes, esse atributo – após a abdicação da soberania por parte do seu titular originário – pertencerá a um homem ou a uma assembleia, conforme o regime em vigor. Em Rousseau, tal seria um contra-senso. O mandato imperativo preconizado nas *Considerações sobre o Governo da Polónia* está nos limites admissíveis pela teoria. Nesse caso, os deputados serão apenas actores e não autores. O autor da lei será sempre,

¹ *Considérations sur le gouvernement de Pologne*, ed. cit., t. 3, 528.

² *Ibidem*, 535.

³ *Ibidem*, 539.

⁴ *Ibidem*, 539.

⁵ ACOSTA SÁNCHEZ, *Teoría del Estado y fuentes de la constitución*, ed. cit., 342.

em última instância, o corpo unitário de todos os cidadãos; "e o próprio povo não pode, ainda que o quisesse, despojar-se desse intransmissível direito porque nos termos do pacto fundador só a vontade geral é que pode obrigar os particulares e não se pode nunca estar seguro de que uma vontade particular seja conforme à vontade geral senão depois de tê-la submetido aos sufrágios livre do povo"¹.

Encontramos, assim, na teoria da constituição de Rousseau uma hierarquia de normas constitucionais: umas tantas que ele designa por *leis fundamentais* e que exigem a regra da unanimidade; e outras que "estão sujeitas, pela vicissitude das coisas, a variações indispensáveis que não permitem requerer a unanimidade"². Estas últimas, que se contentam com a regra da maioria, dizem respeito à constituição do governo; as primeiras referem-se à constituição do próprio soberano, ou, se quisermos, à constituição do povo como soberano.

Nada impede, portanto, que as regras constitucionais estejam escritas; e tudo aconselha que o sejam. Algumas – as *leis fundamentais* – configuram a modalidade de uma constituição quase-transcendental (sem elas a *multitudo* não se converteria em povo; elas são a base da associação política) e como tal escapam à flutuação das contingências históricas. O que não significa que sejam irrevogáveis. Com efeito, segundo Rousseau, "não há no Estado nenhuma lei fundamental que não se possa revogar, nem mesmo o pacto social; porque, se todos os cidadãos se reunissem para, de comum acordo, dissolver esse pacto, não poderia haver dúvidas de que ele seria dissolvido com toda a legitimidade"³. As restantes normas constitucionais, revogáveis pela regra da maioria, representam a vertente histórica da constituição, dizendo respeito, sobretudo, às questões da organização política⁴. E se tais normas não estão escritas, se

¹ *Du Contrat Social*, II, VII, ed. cit., t. 2, 533.

² *Considérations sur le gouvernement de Pologne*, ed. cit., t. 3, 547. Se esta hierarquia existe ao nível das normas constitucionais, *a fortiori* ela existirá na relação das normas constitucionais com as ordinárias. Não entende assim ACOSTA SÁNCHEZ para quem, na lógica do contrato social, só podem existir leis de espécie diferente (políticas, civis, penais), mas não de diferente nível hierárquico. "Carece de todo o sentido colocar, do ponto de vista da concepção rousseauiana, a possibilidade ou a hipótese de uma lei essencialmente superior às outras. Sendo a vontade geral a única fonte da lei, entraria em contradição consigo mesma se ela se condicionasse dando-se uma Lei suprema à qual tivessem de se submeter todas as suas futuras leis, ou seja, ela mesma. Nesse momento, deixaria de ser a raiz da soberania. A constituição escrita só adquire a natureza de Lei suprema, ou superlei, quando aparecem na história duas fontes das leis, uma extraordinária e incondicionada e outra ordinária e condicionada. Esta dualidade não tem lugar no Estado democrático de Rousseau" (*Teoría del Estado y fuentes de la constitución*, ed. cit., 355).

³ *Du Contrat Social*, III, XVIII, ed. cit., t. 2, 563.

⁴ Existe neste dualismo constitucional alguma influência que ROUSSEAU terá recebido de PUFENDORF. Segundo este, uma coisa é o pacto pelo qual o povo decide formar um Estado e outra é o compromisso de obediência civil. "Pelo primeiro, cada um compromete-se com todos e todos com cada um: é um pacto de união que liga os cidadãos entre si e lhes impõe obrigações recíprocas. O segundo é

existem apenas com fundamento nas tradições imemoriais do país, elas podem em qualquer altura ser formalizadas num documento escrito, havendo então lugar para se proceder à sua ratificação ou à sua mudança. Ambas as coisas são possíveis porque nenhuma forma de governo que o povo institua significa para ele um compromisso: "é uma forma provisória que ele dá à administração até que lhe agrade decidir coisa diferente"¹.

Enfim, se a velha constituição da França deixou de agradar ao povo, este, no exercício do seu poder constituinte, um poder que é permanente e inalienável, pode muito bem suspendê-la e substituí-la por uma outra que julgue mais favorável à consecução dos objectivos do pacto social. Sieyès pouco mais teria que acrescentar à teoria do poder constituinte de Rousseau²; teria apenas que ajustá-la às circunstâncias concretas do momento constituinte que se vivia em França nas vésperas da revolução. Por isso, a obra do abade deverá ter uma leitura mais política do que teórica.

1.4.2.2. SIEYÈS: “uma ideia sã e útil”.

De Sieyès, poderíamos começar por dizer que ele fica a meio caminho entre Hobbes e Rousseau relativamente à questão da delegação do exercício da soberania³. E adiante veremos em que sentido isso pode ser dito. Mas Sieyès aprendeu com aqueles dois filósofos a fundar na metanarrativa do estado de natureza a ideia de um poder

uma convenção pela qual os cidadãos se submetem à autoridade dos chefes que eles escolheram e lhes prometem sob certas condições uma fiel obediência: é um pacto de sujeição” (DERATHÉ, *Jean-Jacques Rousseau et la science politique de son temps*, ed. cit., 210).

¹ *Du Contrat Social*, III, XVIII, ed. cit., t. 2, 562.

² Esta relação de filiação da teoria do poder constituinte com o pensamento político de ROUSSEAU foi sublinhada por KARL LOEWENSTEIN: “O espírito inventivo de SIEYÈS, ampliando o dogma rousseauiano, expôs a teoria do *pouvoir constituant*: o poder constituinte pertence por direito ao povo. SIEYÈS soube aplicar habilmente esta teoria às tarefas do momento e assinalou ao Terceiro Estado, como verdadeiro representante da nação, o poder normativo sobre a ordem social” (*Teoría de la Constitución*, Ediciones Ariel, Barcelona, 1965, 159).

³ Segundo GAETANO SILVESTRI, tratava-se de encontrar um meio-termo entre a doutrina da soberania “de bodiniana e hobbesiana memória” e a emergente democracia popular, de que ROUSSEAU era o tradutor teórico. “A versão francesa deste compromisso teórico foi a doutrina da soberania nacional, que oferecia a vantagem acrescida de eliminar a directa referência ao povo, susceptível de ser perigosamente interpretada, não como título de legitimação, mas como uma concreta reivindicação de intervenção (...) A ‘terceira via’ francesa é a soberania nacional, que permite superar a soberania do monarca, mas não chegar a uma incontrolável soberania popular, oferecendo a vantagem, em relação à escolha alemã e italiana da soberania estatal, de resolver ainda o problema do ‘portador’ da soberania, o qual, como sabemos, não tardará a reemergir...” (“La parabola della sovranità. Ascesa, declino e trasfigurazione di un concetto”, ed. cit., 24-25). Por seu lado, PIER PAOLO PORTINARO dirá, notando esta arte conciliatória, que SIEYÈS “delinea de modo paradigmático a conjugação da teoria democrática do poder constituinte com a teoria antidemocrática da representação que fundará o Estado de direito burguês oitocentista” (“Il grande legislatore e il custode della costituzione”, *Il futuro della costituzione*, ed. cit., 19).

soberano sem limites. E é de crer que não foi outra coisa senão a necessidade estratégica de evidenciar o carácter absoluto desse mesmo poder, definitivamente restituído ao povo pelas teorias contratualistas, a base motivacional que o terá impellido a distinguir conceptualmente o poder constituinte dos poderes que dele derivam. A importância desta distinção foi sublinhada com notória imodéstia pelo próprio autor na Convenção (sessão do 2 de Termidor do ano III): "Uma ideia sã e útil foi estabelecida em 1788: é a distinção entre o poder constituinte e os poderes constituídos. Esta ideia ficará entre as descobertas que fazem avançar a ciência; ela ficou a dever-se aos franceses". Precisamente em 1788 publicara Sieyès o famoso opúsculo *Qu'est-ce que le Tiers État?*¹. Publicara-o numa altura em que a convocação dos Estados Gerais, que não reuniam desde 1614, era já tida como inevitável. O sistema político atingira o seu ponto de ruptura. O objectivo do opúsculo era tornar mais ousadas as reivindicações do Terceiro Estado, ainda tímidas nas três petições de incidência eleitoral que as grandes municipalidades tinham acabado de dirigir ao rei. Era necessário que a classe laboriosa tomasse consciência da sua identidade nacional e dos direitos de soberania que por natureza lhe pertenciam e que agora deveria reassumir e exercer na sua radicalidade.

a) As reivindicações do Terceiro Estado e o poder constituinte da nação.

O que é o Terceiro Estado? A resposta é peremptória: *ele é tudo*, porque realiza todos os trabalhos particulares (agricultura, indústria, comércio, profissões liberais, serviços em geral) e ainda a parte penosa das funções públicas (os privilegiados só querem para si os postos lucrativos e honoríficos). O Terceiro Estado tem, pois, tudo quanto é necessário para formar uma nação completa, entendendo-se por tal um corpo de associados que vivem sob uma lei comum e representados pela mesma legislatura. Ora, a nobreza, com todos os seus privilégios, sai fora da lei comum: a nobreza é estranha à nação. Que tem sido o Terceiro Estado até agora na ordem política? *Nada*,

¹ Conforme lembra CLAUDE KLEIN, a atribuição da autoria desta "ideia sã e útil" por SIEYÈS a si próprio não deixou de ser contestada na época. LAFAYETTE, designadamente, remete a novidade da ideia para o contexto da revolução americana. Aos americanos se deverá não só a ideia e a sua aplicação prática. Mas não só, a eles se deverá ainda o próprio nome da «coisa». Com efeito, já em 1777, THOMAS YOUNG estabelecera, em carta aberta aos habitantes de Vermont, a distinção entre *supreme delegate power* e *supreme constituent power* (CLAUDE KLEIN, *Théorie et pratique du pouvoir constituant*, ed. cit., 8-13). Neste confronto, CARL SCHMITT divide a paternidade do conceito, atribuindo o mérito da descoberta prática aos americanos e aos franceses o mérito da construção teórica: "Apesar do grande influxo operado pelo modelo americano, o ano de 1789 significa o começo deste novo princípio político [porque] às constituições americanas do século XVIII falta-lhes uma teoria constitucional própria" (*Teoría de la constitución*, Editora Nacional, México, 1966, 90).

pois os seus pretensos representantes nos Estados Gerais têm sido "enobrecidos ou privilegiados a prazo" e desde o instante em que um cidadão adquire privilégios que contrariam o direito comum, "o seu novo interesse é oposto ao interesse geral; é inábil para votar pelo povo". Por outro lado, o poder executivo caiu também, todo ele, nas mãos da aristocracia. "A usurpação é total". A França não está sujeita a um regime monárquico, mas a uma aristocracia áulica. Em resumo, os direitos do Terceiro Estado são nulos.

Vejam agora o que ele pede: primeiro, que os seus representantes não sejam escolhidos senão dentre os cidadãos que verdadeiramente pertençam à ordem popular; segundo, que os seus deputados sejam em número igual ao das duas ordens privilegiadas; terceiro, que os Estados Gerais votem, não por ordem, mas por cabeça. Portanto, o Terceiro Estado pede para chegar a ser *algo*. As suas petições parecem razoáveis: reclama-se (ao menos) o equilíbrio das influências que naturalmente divergem. E todavia, rigorosamente, as petições do Terceiro Estado não merecem maior acolhimento do que a teimosia conservadora das ordens privilegiadas. Na verdade, segundo os bons princípios (isentos de toda a parcialidade), os Estados Gerais não poderão votar "em comum, nem por cabeça, nem por ordens". E isto porque surgiram insuperáveis dissensos sobre a Constituição e só há uma maneira de os resolver: apelar para a nação, o único juiz competente em tal matéria.

Se se defende que a França não tem Constituição (essa é a posição Terceiro Estado: *onde está? quem a fez?*), há então necessidade de fazer uma, e só a nação tem direito a isso. Se, pelo contrário, se defende que a França tem uma Constituição e que por ela a assembleia nacional está dividida em três deputações de outras tantas ordens de cidadãos (assim pensa e deseja a aristocracia), não se pode deixar de ver ao menos que há por parte de uma dessas ordens uma reclamação tão forte que é impossível continuar sem julgá-la. A quem compete decidir? À *nação* somente.

Que não pode ser de outro modo, isto é, que não cabe aos Estados Gerais, enquanto órgão constituído, tomar a iniciativa de mudar a sua própria constituição, é o que Sieyès quer tornar claro dividindo, como manda a regra cartesiana, o todo nas partes simples que o compõem. Considera, assim, que há na formação das sociedades políticas três épocas que é preciso distinguir. Na primeira, é suposto existir um número mais ou menos considerável de indivíduos isolados que querem reunir-se. Por esse simples facto, tais indivíduos formam já uma nação. Caracteriza-se essa época pelo jogo das vontades individuais. Em tais vontades reside a origem primeira de todo o poder. A sua

obra é a associação política, quer dizer, a passagem do estado de natureza ao estado de sociedade. Na segunda época é já a vontade comum que funciona. Os associados pretendem dar consistência à sua união, tornar viável o seu fim. Definem as necessidades públicas e entram em acordo sobre o meio de provê-las. Mas, porque são demasiado numerosos e vivem dispersos num território de grandes dimensões, vêm-se obrigados a delegar em poucos a porção de poder necessário à realização do interesse de todos. É nessa altura que surge a Constituição. Ela deve regular a actividade de um governo que é exercido por procuração. Por último, na terceira época, não é já a vontade comum real que actua, mas sim a vontade comum representativa, isto é, a vontade da nação mediada pela vontade dos seus representantes.

Pela Constituição, o povo – o poder constituinte – estabelece as condições do exercício do poder que delega. "É impossível criar um corpo para um fim sem lhe dar uma organização, formas e leis próprias para fazê-lo cumprir as funções a que se quis destiná-lo. Isso é o que se chama a *constituição* desse corpo (...) Em cada parte, a constituição não é obra do poder constituído, mas do poder constituinte. Nenhuma espécie de poder delegado pode mudar nada nas condições da sua delegação. É neste sentido que as leis constitucionais são *fundamentais*"¹.

Foi dito atrás que Sieyès ficava a meio caminho entre Hobbes (*delegação irreversível*) e Rousseau (*delegação impossível*). Podemos acrescentar agora que o abade fica onde também Locke tinha ficado (*delegação limitada*). A Constituição é um conjunto de cláusulas que o povo-nação impõe ao corpo dos delegados com a exigência da sua estrita observância por parte desse corpo como *conditio sine qua non* para ele poder continuar a representar uma vontade que não é originariamente sua. Para a hipótese de inobservância, "permanece sempre no povo o poder supremo de remover ou alterar" os órgãos de poder estabelecidos².

¹ *Qu'est-ce que le Tiers État?*, ed. cit., 66-67 (sublinhado por ele).

² Há largo consenso nos autores sobre a raiz teológica do modelo que induziu SIEYÈS a atribuir ao povo um poder de criação originário e onipotente. Assim o refere, por exemplo, ERNST-WOLFGANG BÖCKENFÖRDE: "Ao definir o conteúdo do *pouvoir constituant*, o abade Sieyès (ele próprio teólogo) transferiu para o povo determinados atributos divinos, tal como eles se encontram desenvolvidos na teologia cristã: *potestas constituens*, *norma normans*, *creatio ex nihilo*. O sentido desta transposição de conceitos teológicos para categorias políticas – um caso de «teologia política» por excelência – é claro: ao povo, entendido como a um sujeito humano, deve-se reconhecer pleno poder de disposição sobre a configuração da ordem política e social; ele deve considerado como seu criador em sentido estrito. A ordem social e política já não se determina de acordo com uma ordenação divina da natureza e do mundo, antes são os homens que, por sua vontade e decisão soberana, tomam nas mãos o seu destino e a própria ordenação do mundo" (*Estudios sobre el Estado de Derecho y la democracia*, Editorial Trotta, Madrid, 2000, 164).

Olivier Beaud vislumbra na descrição que Sieyès faz do acto constituinte o tipo de contrato político que, por razões opostas, tanto Hobbes como Rousseau tinham rejeitado. “Distintamente de Rousseau, que concebe o pacto social como o acto que cria simultaneamente o povo soberano e o corpo político (como em Hobbes), Sieyès dissocia dois momentos lógicos (que correspondem à distinção clássica dos dois pactos de sociedade e de sujeição): a criação da nação, primeira etapa da formação das sociedades políticas, e a formação do corpo político pela constituição, segunda etapa”¹. Não nos parece ser uma perspectiva defensável. Em primeiro lugar, não existe na teoria de Sieyès a figura de um segundo pacto, o *pactum subjectionis*, que, na linha da tradição medieval, implicaria um compromisso bilateral entre governantes e governados. O que liga aqueles a estes é, não se cansa Sieyès de dizer, a figura jurídica da procuração. Depois de criada a união política, cria-se a constituição, isto é, estabelece-se a forma do governo: “Assim, para repeti-lo uma vez mais, a Constituição de um povo não é nem pode ser senão a Constituição do seu Governo e do poder encarregado de dar leis, tanto ao povo quanto ao próprio Governo”². Em segundo lugar, também Rousseau distingue o momento da fundação do Estado – “pessoa pública que se forma pela união de todas as outras [pessoas privadas](...) à qual os seus membros dão o nome de Estado”³ – do momento da sua constituição política, quer dizer, da constituição do corpo político da sociedade: “Os membros deste corpo chamam-se magistrados ou reis, isto é, *governantes*; e todo o corpo leva o nome de *príncipe*. Assim, os que pretendem que o acto pelo qual um povo se submete a chefes não é, de modo nenhum, um contrato têm toda a razão. Não se trata senão unicamente de uma comissão, um cargo, em que, na qualidade de simples funcionários do soberano, eles exercem em seu nome o poder de que ele os fez depositários e que pode limitar, modificar e recuperar quando quiser...”⁴. Noutro passo, Rousseau volta a esclarecer que “o acto que institui o governo não é, de forma alguma, um contrato, mas uma lei”; e que “os depositários do poder executivo não são senhores do povo, mas seus funcionários”⁵. Trata-se, como é bom de ver, da lei constitucional.

A constituição obriga, pois, os corpos constituídos que não podem actuar senão em conformidade com ela. Não obriga a nação soberana da qual todo o poder

¹ OLIVER BEAUD, *La puissance de l'État*, ed. cit., 238-9 (parêntesis de O. BEAUD).

² “Proemio a la constitución. Reconocimiento y exposición razonada de los derechos del hombre y del ciudadano”, em *Escritos y Discursos de la revolución*, ed. cit., 100.

³ *Du Contrat Social*, I, VI, ed. cit., t. 2, 522-523.

⁴ *Du Contrat Social*, III, 1, *Œuvres complètes*, 2, cit., 539-541.

⁵ *Du Contrat Social*, III, XVIII, ed. cit., t. 2, 562.

emana. A nação, sublinha Sieyès, não só não está submetida a nenhuma lei constitucional "como *não pode* estar, como *não deve* estar, o que equivale a dizer que não está"¹. Não existe nenhuma vontade anterior e superior à vontade constituinte da nação. E quem tem o direito (natural) de fazer a constituição tem igualmente o direito (natural) de a modificar ou trocar por outra. Dir-se-á que uma nação pode comprometer-se para o futuro a não querer senão de uma determinada maneira. Sieyès contesta com argumentos que procedem de Hobbes e, fundamentalmente, de Rousseau. Em primeiro lugar, uma nação (o soberano) não pode alienar a sua própria vontade nem privar-se do direito de mudá-la sempre que as circunstâncias o exijam. Além disso, com quem se teria comprometido essa nação a não ser consigo mesma? Ora, sendo ela os dois lados da mesma vontade, a que obriga e a que, pelo mesmo acto, fica obrigada, em qualquer momento pode libertar-se do suposto compromisso.

A nação francesa não tinha, pois, que se reunir e manifestar na forma tradicional dos Estados Gerais, como pretendiam os Notáveis, seguros esses de que, sem alterações na composição e funcionamento daquele órgão, podiam facilmente instrumentalizá-lo com vista à confirmação dos seus privilégios e à recusa do novo imposto que os últimos executivos (Calonne, Loménie de Brienne, Necker) tão desesperadamente reclamavam do rei. Nenhuma tradição é mais poderosa do que a vontade actual da nação. Um poder constituído só pode existir no quadro do direito positivo; mas a nação que o constitui não pode sair do estado de natureza para se submeter à constituição que ela mesma impôs aos seus mandatários. A nação estabelece-se por direito natural e jamais fica sujeita a outro direito. "O exercício da sua vontade é livre e independente de todas as formas civis (...) De qualquer maneira que uma nação queira, basta que queira; todas as formas são boas e a sua vontade é sempre a lei suprema"²; enfim, "basta que a sua vontade apareça para que todo o direito positivo cesse diante dela...."³.

b) O princípio da representação do poder constituinte

A França de 1788, anunciada a convocação dos Estados Gerais para Maio do ano seguinte, está na altura certa para decidir sobre a sua constituição. Os homens

¹ *Qu'est-ce que le Tiers État?*, ed. cit., 68 (sublinhados de SIEYÈS).

² *Qu'est-ce que le Tiers État?*, ed. cit., 69.

³ *Ibidem*, 70.

demasiado velhos querem que tudo fique na mesma; por seu turno, os homens *demasiado jovens*, maravilhados com a Constituição inglesa, querem fazer desta o modelo da nação Francesa. "Uns são fiéis aos seus próprios hábitos. Os outros copiam servilmente os hábitos alheios"¹. A França, contudo, pode e deve decidir outra coisa. De que modo? Visto que a nação não pode reunir-se por inteiro, impõe-se que delegue a sua vontade numa representação extraordinária. Os representantes ordinários estão encarregados de exercer a parte do poder comum que é indispensável à realização do interesse público; o poder que detêm está, pois, confinado às questões do governo e só pode ser exercido nas formas prescritas pela constituição. Os representantes extraordinários estão incumbidos de exercer o poder constituinte no lugar da própria nação. Não estão, como aqueles, limitados por quaisquer formas constitucionais. Isso seria contraditório porquanto a sua função é exactamente definir essas formas. É factualismo puro: "Aqui a realidade é tudo e a forma nada". E é decisionismo absoluto: "Basta-lhes querer como querem os indivíduos no estado de natureza".

O postulado da representatividade do poder constituinte que acabou de ser enunciado, com o corolário da identidade estatutária entre a representação constituinte e a nação, situando-se aquela como esta no estado de natureza, suscitou desde logo uma viva polémica que chegou aos nossos dias. Entre outros², Carré de Malberg considera que o abade Sieyès incorreu em contradição lógica ao admitir que o princípio representativo pudesse ter uma aplicação anterior à existência da constituição. "Segundo a teoria da soberania popular, com efeito, é precisamente pela constituição que o povo consente no regime representativo e abandona o governo directo"³. Nesta ordem de ideias, só para as funções governativas, para o provimento das necessidades públicas, é que o povo se faz representar (a vontade comum não está aí senão em comissão); ele não pode ser representado na decisão (da vontade comum real) que estabelece ou que renova o pacto fundador: "é que, no momento de fazer tal pacto, o povo encontra-se no

¹ Ibidem, 61.

² Por exemplo, CARL SCHMITT acusa de antidemocrático o princípio da representatividade do poder constituinte: "Com a doutrina democrática do poder constituinte do povo (que se dirigia contra a monarquia absoluta existente), Sieyès ligou a doutrina antidemocrática da *representação* da vontade popular à ideia da Assembleia nacional constituinte. A constituição era formulada só pela assembleia nacional (nem pelo povo, nem pelo rei). Teria sido democraticamente consequente deixar que o próprio povo decidisse, pois a vontade constituinte do povo não pode ser representada sem que a democracia se transforme numa aristocracia" (*Teoría de la constitución*, ed. cit., 92).

³ *Contribution à la théorie général de l'État*, II, ed. cit., 489.

estado inorgânico, não possui quaisquer representantes, ninguém está ainda em condições de o representar"¹.

A coerência com os princípios da soberania popular, uma coerência que já vimos ser ponto de honra de Rousseau (o soberano só por si próprio pode ser representado²), obrigaria Sieyès a propor que se seguisse em França o exemplo da experiência americana³. Talvez nessa eventualidade lhe tivesse parecido menos francesa (ou menos sua) a ideia de um poder constituinte distinto dos poderes constituídos e superior a estes. De facto, é nos Estados Unidos da América que tal ideia ganha corpo antes de ser ideia, que adquire existência material antes de ser conceito. As constituições que os colonos ingleses na América a si mesmo outorgaram na altura da independência foram elaboradas por Convenções eleitas para esse fim, mas ratificadas pelo povo, só valendo em consequência dessa ratificação. Além disso, os poderes constituídos estavam inteiramente vinculados às regras constitucionais, que não podiam alterar, pertencendo intransmissivelmente esse direito ao povo que deveria, por isso, intervir deliberativamente em todos os casos de revisão total ou parcial da constituição.

A propósito ocorre citar Bryce: "A subordinação de todas as autoridades ordinárias e de todos os órgãos de governo a um instrumento supremo, expressão da vontade do povo soberano, e susceptível de ser modificado por ele apenas, é geralmente vista como a inovação mais notável do povo americano"⁴. Não foi, porém, em consequência de uma inopinada inspiração que os americanos conceberam a ordem político-constitucional da União naqueles termos. Essa solução tinha sido já adoptada

¹ C. MALBERG, *ibidem*, 489.

² SIEYÈS para tudo o que era político (negócio público) tinha por modelo a prática comercial burguesa. E nessa perspectiva é que assentava a sua divergência com ROUSSEAU. Por isso escrevia: "a experiência demonstrou sobejamente que os negócios privados se realizam, e com proveito, por procuração (...) e são muitos os exemplos de particulares que tratam vantajosamente os mais variados assuntos por procuração" ("Fundamentos del Estado", em *Escritos y Discursos de la revolución*, ed. cit., 238-9).

³ A traição, digamos assim, de SIEYÈS ao modelo americano é sublinhada por ANTONIO BALDASSARRE: "A influência do constitucionalismo norte-americano sobre os revolucionários franceses está certamente na base da mais notável teoria do poder constituinte': a elaborada pelo abade Sieyès e por ele mesmo reivindicada num discurso de 1795. Na realidade, Sieyès, além de fornecer à teoria aquilo que efectivamente lhe faltava, isto é, a definição (Dogliani, 34 ss) só aparentemente manteve uma fidelidade substancial ao pensamento americano que o tinha inspirado" ("Il 'referendum' costituzionale", *Quaderni costituzionali*, a. XIV, nº 2, 1994, 240). O desvio foi, inevitavelmente, originado pela teoria da representação do poder constituinte. Este limita-se a estabelecer a forma jurídico-constitucional dos poderes públicos. "Nas estritas vestes de uma função formal, o 'poder constituinte' delineado por Sieyès desliza progressivamente para a ordinariiedade da vida constitucional. Cortada a ligação directa com o povo soberano, própria da teoria dos constituintes americanos, e cancelado aquele sentido de transcendência essencial da vontade popular a favor dos representantes e instituições de governo, o 'poder constituinte' coloca-se fora do circuito do consenso popular e fora de toda a eventualidade de verificação através de consultas referendárias" (*ibidem*, 241).

⁴ JAMES BRYCE, *La République américaine*, t. 1, *Le gouvernement national*, M. Giard & E. Brière, Paris, 1911, 64-65.

nos diversos Estados membros e fora aí mais a continuidade de experiências vividas na sua história pré-estatal do que o resultado de uma decisão conscientemente tomada num preciso momento da sua génese política.

Os desvios da teoria francesa são cedências irrecusáveis aos imperativos estratégicos da intenção revolucionária. As situações não são comparáveis. Os colonos americanos foram verdadeiros fundadores do Estado – um Estado que construíram de raiz e consensualmente. Não tiveram que enfrentar inimigos internos, não se tratou de uma revolução, mas sim de uma guerra, a guerra da independência. A oposição era externa. "Utilizando a ideia bíblica de um tratado de aliança concluído entre Deus e o seu povo, eles transportaram-na da sociedade religiosa para o Estado; do mesmo modo que a comunidade cristã repousa sobre este pacto de aliança, assim também o Estado se estabelece sobre um contrato de sociedade, sobre um *Covenant*, que tem a anuência de todos os membros da comunidade (...). Alimentados pelo pensamento democrático que a interpretação puritana encontrava nos livros sagrados (...), não deparando com nenhuma resistência nas instituições existentes, eles chegaram à conclusão de que a organização política repousa sobre uma constituição que emana da vontade popular"¹. Não era assim em França onde se vivia uma situação revolucionária no interior de um Estado preexistente. O objectivo não era, pois, criar um Estado *ex novo*, e pode dizer-se que nem era tão-pouco estabelecer pela primeira vez uma constituição, já que esta é sempre pressuposta em toda a nação que tenha governo próprio; era sim mudar as bases da ordem jurídico-política vinda da tradição, impor às ordens privilegiadas – e visando a extinção delas – o ajustamento da constituição às novas realidades sociais do país ("Em vão se fechariam os olhos à revolução que o tempo e a força das coisas operaram; nem por isso ela seria menos real. Outrora, o Terceiro era servo e a ordem nobre era tudo. Hoje, o Terceiro é tudo e a nobreza não passa de um vocábulo... o povo tem toda a razão em não querer já aristocratas"²). E quem dominava nas novas realidades sociais era o género de homens laboriosos e racionais que Locke celebrara na Inglaterra. Como geriam com êxito os seus negócios particulares, e nisso faziam a prova da sua racionalidade, era de crer que igualmente fossem aptos - bem mais aptos, seguramente, do que os nobres - para gerir com sucesso os negócios do Estado. A esses homens dava Sieyès o estatuto honorífico de *notáveis em luzes* contrastando-os com os nobres de quem depreciativamente dizia serem apenas *notáveis em privilégios*.

¹ GEORGES BURDEAU, *Traité de Science Politique*, Tome III, ed. cit., 78.

² *Qu'est-ce que le Tiers État?*, ed. cit., 79.

Quanto aos homens "sem propriedade", que ele classificará de *citoyens passifs*, esses não eram realmente notáveis em nada: não tinham privilégios porque eram plebeus nem luzes porque eram ignorantes. Logo, só poderiam exercer a cidadania mediante representação¹. “Uma infeliz frase de Jean-Jacques Rousseau, no entanto, opõe-se a este conceito unânime. ‘A vontade – diz ele – não pode ser representada’. Mas, por que não?”, pergunta Sieyès².

É provável que Sieyès se tenha inspirado, como refere Paul Bastid, na ideia prática da divisão do trabalho exposta por Adam Smith³. A complexidade das tarefas governativas, exigindo um grau de especialização que não está ao alcance do povo, justificará que este entregue a procuração dos seus interesses a uma *elite representativa*. Mas que o povo não tem discernimento para assumir responsabilidades directas é também a tese que Montesquieu sustenta no famoso livro *De L'Esprit des Lois*, onde considera o povo "admirável para escolher aqueles a quem deve confiar", todavia impreparado para fazer ou executar ele próprio as leis da república. Deve ter sido a essa fonte francesa, mais do que a Smith, que o abade foi buscar a sua inspiração elitista⁴.

Mas também na própria ordem dos factos (primeiro, a urgência da ruptura revolucionária e, logo depois, os excessos dos *sans-culottes*) ele encontrou fortes razões para a sua parcimónia democrática. Sacrificou-se a coerência da teoria aos imperativos da realidade política em mudança, o acordo com os bons princípios às exigências maquiavélicas do realismo político. Se houvesse que respeitar o direito – diz Condorcet, também ele actor principal do mesmo drama⁵ – a constituição deveria ficar suspensa de

¹ Lembra PAUL BASTID: "De uma maneira geral, Sieyès opôs-se à democracia directa ... ou, como se lê nas *Observations sur le rapport du comité de constitution*, à democracia bruta, assim chamada por analogia com as matérias que a natureza oferece ..." (*Sieyès e sa pensée*, Hachette, Paris, 1970, 368). E BASTID acrescenta: "Ele não crê nem possível nem desejável que o povo se governe a si mesmo de acordo com o plano quimérico de Rousseau". Na realidade, também ROUSSEAU considera quimérica a democracia pura: "Se tomarmos o termo na sua rigorosa acepção, então nunca existiu nem existirá a verdadeira democracia" (*Du contrat social*, III, IV, ed. cit., 544). E mais adiante ROUSSEAU conclui: "Se existisse um povo de deuses, governar-se-ia democraticamente. Um governo tão perfeito não convém aos homens" (ibidem, 545). Esclareça-se, no entanto, que a democracia pura para ROUSSEAU seria aquela em que o povo acumularia, além da função legislativa, igualmente a executiva. E nesse sentido é que uma tal democracia é, também para ROUSSEAU, um sistema impraticável. O príncipe (governantes) e o soberano (povo) não podem coincidir.

² SIEYÈS, *Fundamentos del Estado*, em *Escritos y Discursos de la revolución*, ed. cit., 239.

³ Ver SIEYÈS, "Observaciones sobre el dictamen del Comité de Constitución concerniente a la nueva organización de Francia", em *Escritos y Discursos de la revolución*, ed. cit., 149.

⁴ Para uma aproximação de Sieyès a Montesquieu, vide C. de MALBERG, *Contribution à la théorie générale de l'État*, II, ed. cit., 516 e ss.

⁵ Actor e vítima (morreu na cadeia em circunstâncias misteriosas), com pior sorte, portanto, do que SIEYÈS, que sobreviveu a todos os sobressaltos políticos da sua época. Observa CLAUDE KLEIN que também na fama CONDORCET ficou atrás de SIEYÈS: "a glória de Sieyès eclipsou, algo injustamente, a de Condorcet. É verdade que Condorcet (morto, com se sabe, em 1794) não terá tido a possibilidade de

uma ratificação decidida directa e individualmente por todos os cidadãos; mas, submetendo a questão aos "princípios da utilidade", já outras soluções mais expeditas, pelo menos transitoriamente, podem ter cabimento. Sugerir-las à opinião pública é o objectivo do seu opúsculo *Sur la nécessité de faire ratifier la Constitution par les citoyens* (1789). Existem, de facto, dificuldades reais que tornam para o imediato inoperante a *exigência jurídica* da ratificação popular da constituição. É verdade que o povo não está ainda preparado para realizar essa tarefa. E se fosse chamado a realizá-la nessas condições, ele seria então apenas protagonista de uma ilusão. "Pode assegurar-se, com efeito, sem medo de errar, que, dado o estado actual da educação, a pluralidade dos cidadãos não está suficientemente esclarecida para julgar um plano de constituição (...) A ratificação imediata não seria, pois, real; a nação pareceria ter exercido um direito que não teria exercido"¹. Além disso, há uma efectiva inviabilidade prática já que não é possível em tempo útil fazer funcionar quarenta mil assembleias e recolher através delas a opinião dos cidadãos sobre cada um dos artigos do texto constitucional em causa. E nem as coisas ficariam mais simples se os cidadãos tivessem que se pronunciar apenas sobre a globalidade do texto porque, havendo um número significativo de votos contra, era necessário que a convenção estudasse os diferentes motivos dessa recusa e a partir daí tentasse de novo adivinhar o sentido da vontade comum real.

É de crer que Condorcet – e essa é a opinião de Aguilar de Luque – não tivesse os conceitos proprietaristas e elitistas do seu correligionário. "Ao contrário de Sieyès, a sua oposição à participação directa no Estado constitucional é exclusivamente prática, pois a coerência lógica dos princípios rousseauianos impõem a sua inclusão; e, conseqüentemente, não desliza pela via representativa para concepções censitárias, antes, aceitando por necessidade, mas sem convicção, o sistema representativo, propõe uma série de medidas correctivas inspiradas no ideal rousseauiano para garantir que os actos do poder sejam verdadeira expressão da soberania nacional"².

Mas, na urgência da situação, o que verdadeiramente importava era que a assembleia já reunida, os Estados Gerais já convertidos em Assembleia Nacional,

«cuidar» da sua imagem, como o fez Sieyès, o grande sobrevivente de todos os regimes, falecido em 1836. Alguns dos escritos mais importantes de Condorcet sobre a constituição e o poder constituinte são anteriores a 1789. É preciso igualmente sublinhar que Condorcet foi um dos primeiros (a par de Lafayette) a retirar ensinamentos da experiência americana" (*Théorie et pratique du pouvoir constituant*, ed. cit., 11).

¹ *Sur la nécessité de faire ratifier la Constitution par les citoyens*, em *Oeuvres de Condorcet*, tome neuvième, Firmin Didot Frères, Paris, 1847, 417-418.

² LUIS AGUILAR DE LUQUE, *Democracia directa y derecho constitucional*, Editoriales de Derecho Reunidas, Madrid, 1977, 31.

tomassem a decisão de fazer imediatamente a constituição – "Não é evidente que a quase totalidade da nação investiu os deputados do poder de fazer uma constituição?" – e que esta, sem mais atrasos, pudesse entrar logo em vigor. Havia quem levantasse reservas à genuinidade da representação eleita. O próprio Sieyès tinha escrúpulos em aceitar a legitimidade constituinte de uma assembleia que, eleita segundo o modelo tripartido dos Estados Gerais, "não se ajusta em rigor aos verdadeiros princípios sociais, quer porque não foi comum, nem igual, nem geral, nem perfeitamente livre, quer porque não se circunscreveu exclusivamente às funções do poder constituinte..."¹. Propunha então que fosse eleita, conforme "reclama o rigor dos princípios", uma segunda assembleia, "um novo poder constituinte", com o objectivo exclusivo de ratificar a constituição proposta pela primeira. "Ora, na situação presente da França, não seria isso pagar um preço demasiado elevado pelos vícios da representação actual?". Condorcet admite que essa representação possa não ter uma "autoridade de direito"; terá, no entanto, uma "autoridade de facto" que criará a sua própria legitimidade assegurando a paz pública, respeitando os direitos dos cidadãos e fazendo leis que visem o interesse geral. Diríamos hoje que ela era dotada de legitimidade revolucionária.

Entretanto, enquanto a concretização destes propósitos não viesse legitimar a rebelião, os rebeldes encontravam suficiente autolegitimação no imaginário alimentado pela teoria: eles estavam na vez da nação (una, indivisa) e, por conseguinte, no estado de natureza como ela. Tudo o que (maioritariamente) decidissem seria, à partida, incontestável. Exerciam um poder derivado das eleições e não um poder fundado na força das armas. Estavam reunidos para restituir os direitos de soberania ao povo, abolir os privilégios do antigo regime e fixar as bases jurídicas da nova ordem constitucional; para, enfim, dar expressão jurídico-política à vontade comum real. Os constituintes actuavam assumidamente como intérpretes directos e exclusivos dessa vontade.

¹ "Proemio a la constitución. Reconocimiento y exposición razonada de los derechos del hombre y del ciudadano", em *Escritos y Discursos de la revolución*, cit., 90.

2. Da construção lógica à descrição sociológica do poder constituinte. As parcialidades do poder encobertas na universalidade teórica do conceito.

Identificando-se a assembleia constituinte, no seu imaginário, com a nação, pode ela ser limitada nas suas funções de órgão soberano? A questão é recorrente sempre que há uma revolução e dela emerge um órgão com a tarefa de mudar constitucionalmente o regime. Se nos reportarmos à experiência da primeira assembleia constituinte francesa, a resposta é obviamente negativa. Aí, de facto, observou-se exactamente o oposto da contradição que Rescigno assinala entre os dois sentidos que é preciso ter em conta quando se pretende abordar este tema: o prescritivo e o descritivo. *No sentido prescritivo e jurídico* a assembleia constituinte (“assembleia autofundada”) é o único soberano enquanto a nova constituição não entra em vigor, visto que não existe nenhum outro poder que possa impedi-la de reivindicar com sucesso a soberania plena e total, o que inclui, portanto, também a função do legislador ordinário. Porém, já *no sentido meramente descritivo e histórico*, a assembleia constituinte pode vir configurada e viver como sujeito limitado, sem que lhe seja objectivamente possível ultrapassar as restrições formais e substanciais que o *verdadeiro poder constituinte* lhe impôs¹.

Por outras palavras, enquanto a teoria (segundo Rescigno) postula, no plano do dever-ser, a onnipotência das assembleias constituintes, a descrição positivista dos factos revela-nos, ao invés disso, que estes órgãos, no plano do ser, dispõem sempre, ou quase sempre, de um poder limitado, raramente conseguindo escapar à heteronomia do seu papel instrumental.

Ora, no caso da assembleia constituinte gerada pela revolução francesa, passou-se precisamente o inverso disto, ou seja, ao passo que a teoria do poder constituinte prescrevia uma assembleia com um poder jurídico-político limitado (assumiremos, de seguida, o ónus da prova desta asserção), na realidade concreta do evento histórico, os deputados não se sentiram minimamente vinculados a quaisquer

¹ Ibidem, 34 e ss.

restrições que procedessem do mandato que invocavam, considerando-se legitimados para exercer todas as outras funções da soberania além da constituinte, designadamente a legislativa. Eles não exerciam o poder constituinte por mandato de nenhuma força ou autoridade exterior (mesmo se alegavam agir por mandato da nação).

Assim, podemos dizer que, devido ao efeito de exemplaridade daquela assembleia primacial, o primeiro entendimento que se formou foi o de que as assembleias constituintes seriam naturalmente omni-soberanas, quer dizer, assembleias que, pela força dos princípios e das convicções, jamais tolerariam uma pré-constituição exógena que as limitasse. Assim nasceu o mito das assembleias constituintes onnipotentes.

Resta agora, por fim, mostrar e explicar a divergência entre a teoria e a realidade no processo constituinte da revolução francesa.

2.1. O mito das assembleias constituintes onnipotentes. A força prescritiva do contexto revolucionário

Foi, de facto, em França que, desde o início da revolução, se cria a tradição das assembleias constituintes soberanas¹. De acordo com o testemunho de Mounier, os deputados da 1.^a assembleia constituinte francesa entendiam por convenções nacionais assembleias que teriam recebido todos os direitos da nação e que, em consequência disso, concentravam em si todos os poderes, sobrepondo-se inclusive à autoridade tradicionalmente soberana do monarca. Tais assembleias “poderiam dispor arbitrariamente de todos os géneros de autoridade, mudar a seu bel-prazer a constituição, impor o despotismo ou a anarquia”². Nesta perspectiva, pretender-se-ia, na opinião discordante de Mounier, também ele deputado constituinte, “deixar a uma única assembleia, que tivesse tomado o nome de Convenção Nacional, a ditadura suprema”³.

A tradição, a partir de Lafayette, atribui a paternidade teórica deste tipo de assembleias a Sieyès. Acusa ele, com efeito, o abade Sieyès de ter desnaturado o sistema americano das convenções com a sua noção de poder constituinte. Tal noção, “bem longe de desenvolver a ciência” (como pretendia o próprio Sieyès), fê-la antes retroceder pela mistura das funções constituinte e legislativa na assembleia constituinte e na convenção

¹ Assim escrevia F. CRISPI, em 1881: “As constituintes são uma bruta invenção francesa e que é bom não imitar porque com elas se põe em questão todo o ordenamento político e social do país. Procedem sempre de revoluções” (citado por PAOLO POMBENI, “Potere costituente e riforme costituzionali”, loc. cit., 90).

² Citado por CARRÉ de MALBERG, *Contribution à la Théorie Générale de l'État*, Tome deuxième, ed. cit., 535, nota 24.

³ *Ibidem*.

nacional, ao passo que na América estas funções permaneciam sempre distintas”¹. Já muito mais tarde, Laboulaye, depois de, inicialmente (1851), ter considerado o abade como “espírito engenhoso” e em 1871 o apelidar de “espírito quimérico e paradoxal”, observava com visível pesar: “Bem depressa a Assembleia Constituinte preferiu as quimeras inventadas pelos discípulos de Rousseau às ideias americanas (...). Sieyès venceu Lafayette e, confundindo o poder constituinte e o poder legislativo, tudo misturou e tudo perdeu”².

O que haverá de verdade nestes severos juízos? Compulsando “*O que é o Terceiro Estado?*” encontraremos aí, na realidade, desenvolvida uma argumentação que parece justificar as observações dos críticos, fazendo-nos pensar que, efectivamente o abade não concebia que um órgão investido do poder constituinte pudesse estar de alguma forma limitado na sua competência. Tais afirmações são, sobretudo as que o autor produz no capítulo V, onde identifica os direitos dos deputados constituintes com os da nação soberana e descreve as relações desta com a constituição em termos que deixam, de facto, transparecer sinais iniludíveis da influência de Rousseau. A nação, teoriza ele, forma-se por direito natural e jamais fica sujeita a outro direito, jamais sai do estado de natureza.

Por aqui se vê que a constituição, que dá forma ao governo e lhe prescreve os fins, não limita senão os corpos constituídos e nunca a vontade constituinte. “Seria ridículo supor a própria nação vinculada às formalidades ou à constituição a que ela sujeitou os seus mandatários”³. Não existe outra vontade anterior ou superior à sua. Visto, porém, que a nação não pode reunir-se por inteiro, sempre que circunstâncias especiais exijam que ela se manifeste em matéria constituinte, impõe-se que delegue a sua vontade a uma representação extraordinária. É útil distinguir aqui entre representantes ordinários e extraordinários. Os primeiros estão encarregados de exercer, nos termos da constituição, a parte do poder comum que é necessária a uma boa administração das coisas públicas; o poder que detêm está, pois, limitado às questões de governo. Os segundos “estão no lugar

¹ Assim escreve LAFAYETTE: “Quem não sabe que, mais de dois anos antes de 1788, os Americanos não somente tinham tido esta ideia, mas a tinham aplicado nas convenções do Estado; que as constituições destes diversos estados foram mudadas e tornadas a mudar por poderes constituintes separados dos poderes constituídos; que a constituição comum e federativa de 1787 foi também feita por uma convenção nacional e que, não somente esta ideia não foi nada uma descoberta dos Franceses que falaram disso em 1788, mas que os Franceses, bem longe de fazer avançar a ciência...” (*Mémoires, Correspondance et Manuscrits*, 1837, vol. IV, 36, citado por CLAUDE KLEIN, *Théorie et pratique du pouvoir constituant*, ed. cit., 8).

² LABOULAYE, *Questions constitutionnelles*, Centre de philosophie politique et juridique, Caen, 1993, 397 (citado por CLAUDE KLEIN, *ibidem*, 9).

³ EMMANUEL SIEYÈS, *Qu'est-ce que le Tiers État*, ed. cit., 68.

da própria nação”. Não estão, pois, limitados por formas constitucionais. Isso seria contraditório pois que a sua função é exactamente definir essas formas. São, por isso, tão independentes quanto é a nação de quaisquer disposições de ordem constitucional. Estão em condições de querer como querem os indivíduos no estado de natureza¹.

Mas quererá isto dizer que tais deputados estão autorizados a exercer a “ditadura suprema”? Pelo que precede, dir-se-ia que sim. Não é essa, no entanto, a opinião expressa de Sieyès. Ao contrário do que lhe imputaram, o ponto de vista que expende é o de que a representação extraordinária, eleita para decidir sobre questões de âmbito constitucional, não deve exorbitar das funções para que foi mandatada. Trata-se de um poder representativo e “nenhuma espécie de poder delegado pode mudar seja o que for nas condições da sua delegação”². Se os cidadãos, que formam a nação inteira, pudessem reunir-se todos numa única assembleia, então eles poderiam dispor arbitrariamente de todos os géneros de autoridade. A realidade é que uma grande nação não pode ela própria reunir-se todas as vezes que circunstâncias fora da ordem comum o exigam: os associados são demasiado numerosos e estão dispersos por uma superfície demasiado extensa para que possam exercer eles próprios a sua vontade comum. Na prática, por isso, o que sempre funciona “não é a vontade comum *real*”, mas “uma vontade comum *representativa*”. Para fazer “as leis propriamente ditas”, funciona uma representação ordinária; para fazer as leis constitucionais, funciona uma representação extraordinária. Mas podemos dizer, por dedução lógica, que em ambos os casos “esta vontade não é plena e ilimitada no corpo dos representantes, a representação extraordinária não é senão uma porção da vontade comum nacional”³.

Não há, por isso, perigo de que os representantes extraordinários abusem do poder constituinte que lhes foi confiado: “estes deputados apenas o são para um só assunto e por um tempo determinado”⁴. Não têm que deliberar sobre nada que releve da legislação ordinária. O seu poder é constituinte, não é poder constituído. Isto não quer dizer que uma nação não possa dar aos seus representantes ordinários este poder especial: as mesmas pessoas podem, de facto, concorrer para a formação de corpos diferentes.

¹ Conforme KLAUS STERN observa não é por razões puramente teóricas que SIEYÈS atribuiu o poder constituinte à nação e concebeu esta no estado de natureza. “Isto é explicável historicamente pelo facto de que com isso se retirava ao monarca ou aos poderes existentes no Estado a competência constituinte e se fundamentava a possibilidade de os Estados Gerais convocados pelo Rei se reconhecerem a si mesmos como Assembleia Nacional Constituinte” (*Derecho del Estado de la Republica Federal Alemana*, Madrid, 1987, 316).

² *Qu'est-ce que le Tiers État*, ed. cit., 67.

³ *Ibidem*, 66.

⁴ *Ibidem*, 71.

Mas, repare-se bem: são sempre corpos diferentes, pois, na verdade, “uma representação extraordinária não se parece nada com a legislatura ordinária. São poderes distintos”¹. E esta distinção não é ociosa. “Em política, é a confusão dos poderes que torna impossível o estabelecimento da ordem social na terra”². Sieyès voltou a exprimir a mesma ideia no passo seguinte da exposição de motivos (*Exposition raisonnée...*) com que introduz o seu projecto de Declaração de Direitos (21 de Julho de 1789): “não é necessário que os membros da sociedade exerçam individualmente o poder constituinte; eles podem confiá-lo a representantes *que não reunirão senão para este efeito, sem poderem exercer nenhum dos poderes constituídos*”³.

Parece, pois, lícito concluir que, ao contrário do que supunham os opositores de Sieyès, este não defende a ideia de uma assembleia constituinte com poder ilimitado. É preciso explicar a razão pela qual o estrategista do Terceiro Estado tanto sublinhou a independência do poder constituinte em relação a quaisquer formas constitucionais pré-estabelecidas. O que em 1788 estava previsto era a reunião dos Estados Gerais. E a verdade é que o Terceiro Estado, conforme se pode depreender das três petições que as grandes municipalidades dirigiram ao rei, não estava ainda amadurecido para sustentar, em alternativa, a eleição de uma única representação nacional. Com efeito, aquelas municipalidades, como já se viu, limitavam-se a requerer que o número de representantes do Terceiro Estado fosse igual à soma dos representantes das outras duas ordens e que os votos fossem emitidos por cabeça e não por ordem. Não punham em questão a eleição dos deputados por ordens. E, todavia, esta era justamente a questão fundamental. Vamos admitir por momentos que era convocada uma assembleia investida de poder constituinte. Em tal hipótese, que esperanças poderia acalentar o Terceiro Estado acerca de uma constituição que tivesse que ser elaborada e aprovada pelas três representações tradicionais? E teria razão para acalentar esperanças maiores caso fossem satisfeitas aquelas duas reivindicações?

É então necessário defender com veemência a tese de que a nação é “independente de toda a forma”. Interessa, de facto, ao Terceiro, isto é, à burguesia, que a eleição de uma constituinte, a fazer-se, o seja sem o espartilho da forma tradicional. Sieyès insiste, por isso, nas diferenças que há entre a nação e o governo no que concerne à constituição. É evidente, sentencia ele, que a constituição não diz respeito senão ao

¹ *Ibidem*, 72.

² *Ibidem*, 76.

³ “Proemio a la constitución. Reconocimiento y exposición razonada de los derechos del hombre y del ciudadano”, *Escritos y discursos de la revolución*, ed. cit., 100 (o sublinhado é nosso).

governo. Este não exerce um poder real, mas apenas um poder derivado e constitucional; não é legal senão na medida em que observa as regras que a nação lhe impôs. A vontade nacional, pelo contrário, é sempre legal, ela é a origem de toda a legalidade. Pode, por conseguinte, manifestar-se quando e como quiser. “Por qualquer forma que uma nação queira, basta que queira, todas as formas são boas e a sua vontade é sempre a lei suprema”¹.

Um bom estrategista tem sempre que prevenir a hipótese de perder algumas batalhas. Que não se perca com elas a guerra. O opúsculo de Sieyès envolve várias batalhas no âmbito da guerra constitucional. Como bom estrategista que é, previne a hipótese de perder a batalha contra o modelo das ordens na fase das eleições. E previne tal hipótese preparando-se para a batalha seguinte, agora no interior do corpo constituinte. Os representantes que formam este corpo estão, como já foi dito, na vez da nação. Estão, pois, como ele livres de toda a espécie de formas constitucionais. A sua vontade comum equivale à vontade da nação inteira. Os deputados constituintes não reúnem em si todos os poderes componentes da soberania, visto que terão sido eleitos para um único fim, o de fazer a constituição a que hão-de subordinar-se os poderes constituídos. Mas no exercício desta função, o seu poder é tão discricionário como seria o da nação reunida numa assembleia única de todos os cidadãos. O poder dos deputados comporta limites em extensão, no plano funcional, mas é ilimitado no plano constitucional. Sendo assim, quem os impede, ou que leis existem que possam impedi-los de reunir como bem entendam e deliberar seja na forma que for?

É evidente que o nosso autor não espera que a ruptura com o sistema das ordens se faça por consenso das três representações: “que acordo pode obter-se entre a energia dos oprimidos e a raiva dos opressores?”². A iniciativa deve e só pode pertencer à representação do Terceiro Estado. Do mesmo modo que a representação ordinária desta ordem poderia assumir-se como Assembleia Nacional, assim também a sua representação extraordinária pode auto-considerar-se Assembleia Constituinte, ignorando as representações das outras duas ordens. O fundamento é o mesmo: “só os representantes do Terceiro Estado são os verdadeiros depositários da vontade nacional”. E isto por duas razões: a primeira, porque o seu mandato diz respeito a vinte e cinco milhões de cidadãos, ao passo que os restantes deputados não representam senão cerca de duzentos mil, que tal é mais ou menos o número dos privilegiados. A segunda, porque “os

¹ Idem, *Qu'est-ce que le Tiers État*, ed. cit., 69.

² Ibidem, 78.

deputados do clero e da nobreza não têm nada de comum com a representação nacional”; eles representam uma classe que não só “é seguramente estranha à nação”, como se lhe opõe: “os privilegiados não se mostram menos inimigos da ordem comum do que os ingleses dos franceses em tempo de guerra”¹.

De certa forma pode dizer-se que Sieyès não se distanciava do figurino das convenções americanas na medida em que considerava que uma assembleia investida de poder constituinte não deveria exercer nenhuma das atribuições próprias da legislatura ordinária. E que, em virtude disso, não mereceria as censuras que Lafayette lhe dirigiu. Acontece, no entanto, que aquele figurino não se esgota na distinção que impõe entre o poder constituinte e o legislativo. Uma outra limitação, mais relevante ainda do que esta, retira às convenções americanas o carácter de assembleias onipotentes. Com efeito, conforme observa Berliá, “no próprio domínio constituinte, elas propõem mais do que decidem, visto que as suas deliberações são submetidas a um processo de ratificação antes de se tornarem efectivas”². O povo americano não delega o poder constituinte, que é tido como inalienável, mas apenas a função técnica da elaboração do texto constitucional, o qual só entrará em vigor depois de ratificado. “Os americanos souberam evitar o erro capital que consiste, por uma viciosa combinação do regime representativo com o princípio da soberania do povo, em identificar o povo com a constituinte eleita por ele”³.

Tal “viciosa combinação” verifica-se, de facto, no pensamento de Sieyès. Não se trata, porém, de um paralogismo inocente, mas de uma opinião consistente que encontra explicação na intencionalidade revolucionária das suas elucubrações. Assim, se em vez de seguir nesta questão o exemplo dos americanos, defende antes a aplicação do princípio representativo em matéria constituinte, tal facto não deverá ser atribuído a uma qualquer incoerência que se tivesse furtado “ao espírito de sistematização lógica, próprio dos homens da Revolução”: antes deve atribuir-se à sua “visão muito nítida dos problemas ou das necessidades políticas desta época” e ao seu “sentido muito prático das soluções úteis”⁴.

A confiança que Sieyès deposita no sistema representativo é proporcional à desconfiança que lhe merece o povo. Segundo ele, não é possível nem desejável que o

¹ Ibidem, 41.

² GEORGES BERLIA, “De la compétence des assemblées Constituantes”, *Revue du droit public et de la science politique en France et à l'Étranger*, 1946, 355.

³ CARRÉ de MALBERG, *Contribution à la Théorie Générale de l'État*, II, ed. cit. 487.

⁴ Idem, ibidem, 488.

povo se governe a si mesmo, como quimericamente pretendia Rousseau. Tal seria um sistema absurdo¹. Isto pensa o abade Sieyès em relação a todas as funções dirigentes da sociedade. Mas existe uma razão particular para que ele defenda a aplicação do princípio representativo em sede constituinte. Com efeito, se a assembleia constituinte não representasse a nação e se, em consequência, as decisões dos deputados não valessem por decisões nacionais, isto é, se carecessem da ratificação popular para adquirirem esse valor, então aqueles deputados não estariam como a nação desvinculados de quaisquer formalidades constitucionais, isto é, não poderiam alterar por sua própria iniciativa a forma do órgão para que foram eleitos. Por outras palavras, não poderiam querer “como querem os indivíduos no estado de natureza”. Se tinham sido eleitos por ordens, por ordens deveriam prosseguir até ao fim do seu mandato, exercendo nessas condições a função de que estavam cometidos. Ser-lhes-ia possível propor a abolição do sistema de representação por ordens, mas não substituir-se à nação na decisão constituinte. O seu poder seria constituído, não seria constituinte. “Como imaginar que um corpo constituído possa decidir da sua constituição?”.

Ora, se pensarmos que por toda a parte se reclamava uma constituição (de tal forma que o rei, logo nos primeiros dias de 1789, não deixaria de colocar expressamente essa questão), teremos fundamento para crer que Sieyès admitia a hipótese de, pela primeira vez na história francesa, virem a ser realizadas eleições para uma assembleia constituinte. Porém, se por outro lado, pensarmos que os Estados Gerais tinham já sido convocados (a convocação fora feita em Agosto de 1788) e que as municipalidades não reivindicavam senão o direito de ter nos Estados Gerais uma influência “igual” (as aspas são do abade) à dos privilegiados, não será difícil supor que Sieyès temia a possibilidade de a função constituinte vir a ser atribuída, não a uma representação única da nação, mas justamente àquele órgão, ou seja, a um órgão constituído pela reunião das três representações tradicionais. Nesse caso, que fazer?

A resposta foi dada indirectamente mediante a referência feita ao primeiro meio a que o Terceiro Estado poderia recorrer para entrar na posse dos seus direitos políticos. A extrapolação é mais que legítima. É ou não verdade que o Terceiro Estado tem tudo o que é necessário para formar uma nação completa? E como devem ser considerados, senão como estranhos à nação, aqueles que fazem do ócio o seu ponto de honra e que, em nada contribuindo para a riqueza comum, consomem afinal a parte maior

¹ PAUL BASTID, *Sieyès e sa pensée*, ed. cit, 368.

da produção nacional? O Terceiro não deve, por isso, concorrer com a nobreza e o clero, nem deve reunir-se com eles para votar, seja por cabeça, seja por ordem. “Clamais que se o Terceiro se reúne à parte para formar, não os três estados ditos gerais, mas a assembleia nacional, não será mais competente para votar pelo clero e a nobreza do que estas duas ordens o são para deliberar em nome do povo. Mas rogo-vos que observeis...que os representantes do Terceiro terão incontestavelmente a procuração dos vinte e cinco ou vinte e seis milhões de indivíduos que compõem a nação, com excepção apenas de uns duzentos mil nobres e sacerdotes. É bastante para que se atribuam o título de assembleia nacional”¹.

O importante, porém, não era que se formasse uma assembleia legislativa, mas que desta emanasse uma assembleia constituinte. Será, pois, lícito concluir que a intenção que o animava “ao mostrar ao Terceiro toda a extensão dos seus recursos, ou melhor, dos seus direitos”, não era outra senão preparar a representação daquela ordem para (ultrapassada a etapa das eleições e havendo três representações com mandato constituinte) assumir separadamente a soberania nacional e fazer uma constituição que atendesse “à revolução que o tempo e a força das coisas operaram”². E daí que diga: se o processo que consiste em tomar pura e simplesmente o poder legislativo “parece um pouco demasiado brusco; se se crê que os direitos nacionais, por mais evidentes que sejam, desde o momento em que são postos em causa por uma minoria têm ainda necessidade de uma espécie de juízo legal que os fixe, por assim dizer, e os consagre por uma última sanção, estou de acordo; apelemos para o tribunal da nação, o único juiz competente em todos os diferendos relativos à constituição. Tal é o segundo meio que se oferece ao Terceiro”³. Desde que, todavia, se não esqueça (podemos nós acrescentar por ele) que a representação do Terceiro Estado estará sempre na vez da nação; e que, estando investida do poder constituinte, só a ela compete fazer a constituição que deve preceder e fundar as desejadas reformas.

Vejamos agora por que razão Sieyès não podia defender a reunião de todos os poderes da soberania numa única assembleia. É que justamente todo o seu raciocínio foi dirigido para a gestação do conceito de poder constituinte pela distinção deste em relação aos poderes constituídos. Reuni-los num mesmo órgão, ainda que não se tratasse de uma hipótese ilegítima, acarretaria (pelo menos) grandes dificuldades para a compreensão da

¹ SIEYÈS, *Qu'est-ce que le Tiers État*, ed. cit., 81.

² *Ibidem*, 79.

³ *Ibidem*, 83.

diferença específica pela qual o poder constituinte se distingue do constituído. Aquele está livre de toda a forma e pode a todo o momento mudar a constituição à qual submete o poder ou poderes constituídos. Por sua vez, estes últimos, e ao contrário do que acontece com o primeiro, estão rigorosamente vinculados à forma da sua constituição. Era preciso tornar esta distinção bem clara para que aparecessem legitimadas as mudanças que a burguesia reivindicava no plano constitucional. A nação podia, bastando para isso querê-lo, transferir o poder legislativo para uma assembleia nacional (a qual substituiria os Estados Gerais e arrebataria ao rei as principais funções políticas que por tradição lhe cabiam); e podia fazê-lo elegendo para esse efeito uma assembleia extraordinária na qual delegaria o poder constituinte: a vontade comum real da nação manifestar-se-ia indirectamente através deste órgão especial e temporário. As leis ordinárias (a apetecida reforma geral do sistema económico e tributário) viriam mais tarde: seriam da competência do corpo legislativo ordinário.

Pelo menos em teoria era assim que devia ser. E talvez a burguesia revolucionária, da qual Sieyès era um dos mais influentes mentores, assim pensasse na generalidade antes que a força avassaladora dos factos ocorridos no verão de 1789 viesse fazer esquecer a necessidade dos princípios que com tanto zelo lógico foram concebidos para justificar *a priori* aqueles mesmos factos. Em 1788 ainda se teria por certo que nenhuma assembleia poderia exercer a função constituinte sem que tivesse sido eleito expressamente para esse fim. Porém, a partir de meados de Junho de 1789, a representação da burguesia sentiu que a correlação de forças começava a ser-lhe altamente favorável e pelo célebre juramento do Jogo da Pêla (20 de Junho) comprometeu-se a permanecer em funções “até que a Constituição do Reino fosse estabelecida”. Por fim, no dia 9 de Julho, assumiu decididamente a vontade comum real da Nação, intitulado-se Assembleia Nacional Constituinte. Os deputados revolucionários não desperdiçaram a oportunidade de reformar ao mesmo tempo o Estado e o direito comum. "Apropriando-se da soberania, afirmando que esta soberania não era outra senão a da nação (possuída pela nação e exercida pelos seus representantes), a Constituinte entrava numa luta na qual a distinção entre poder constituinte e poderes constituídos não podia senão baralhar-se. A urgência da situação, o agudizar-se dos conflitos com a nobreza e com o rei, conduziram a assembleia a promulgar leis ainda antes da constituição"¹. É verdade que a representação do Terceiro Estado, ao converter-

¹ LUCIEN JAUME, "Il potere costituente in Francia dal 1789 a De Gaulle", in PAOLO POMBENI, *Potere costituente e riforme costituzionali*, ed. cit., 35-6.

se por este processo numa assembleia onnipotente, ou seja, numa assembleia que passava a exercer em conjunto, e sem limites externos, a função legislativa e a constituinte, não primou pela sua conformidade aos preceitos da teoria. É que aquela representação assumiu os poderes revolucionariamente porque tal se tornou conjunturalmente possível e correspondia aos seus interesses de classe – e não porque tal se impusesse pelo rigor lógico-abstracto dos princípios.

Não quer isto dizer que a burguesia tivesse desde logo dispensado qualquer título de legitimidade jurídica para as profundas transformações que visava levar a efeito no aparelho do Estado. Esse título foram os deputados buscá-lo ao mandato que tinham recebido dos eleitores. Pelos "cahiers", que continham as pretensões dos bailiados que individualmente representavam, estariam os deputados mandatados para proceder simultaneamente a reformas do foro legislativo e do foro constitucional. É, no entanto, evidente, que a ordem jurídica do antigo regime não poderia autorizar uma tal invocação de legitimidade. Com efeito, "ao contrário do que acontecia com o parlamento inglês, cujo poder a partir do século XV não cessa de crescer, os Estados Gerais nunca participaram directamente da soberania"¹. A teoria da soberania do povo nunca conseguiu destronar em França a teoria da soberania real de direito divino que os monarcas do século XVIII terminaram por erigir em dogma. Consequentemente, os Estados Gerais eram convocados na qualidade de órgão meramente consultivo; e se os deputados eram portadores de reclamações do seu eleitorado, apenas ao rei cabia decidir da pertinência de tais reclamações e legislar em conformidade com o que ele próprio decidisse. Pelo costume do antigo regime, os deputados não são senão emissários que se dirigem ao rei para lhe dar a conhecer as necessidades e aspirações dos súbditos, divididos e representados por bailiados e ordens, e para, em nome deles, lhes pedir reformas. "São embaixadores (...) plenipotenciários que, na falta de um poder de decisão imperativo, vão negociando com a realeza e que, nomeadamente, não lhe concederão os subsídios financeiros que ela pede, senão mediante a promessa de reformas"².

Depois de um longo interregno que vai de 1614 a 1789, interregno que corresponde à fase de absolutismo monárquico consolidado, os Estados gerais foram convocados na mesma qualidade de órgão consultivo. Os deputados de 1789 não estavam investidos de poderes maiores do que os seus homólogos de 1614. A ordem jurídico-constitucional era a mesma. Daí que os deputados não pudessem, senão abusivamente,

¹ CARRÉ de MALBERG, *Contribution à la Théorie Générale de l'État*, Tome deuxième, ed. cit., 237.

² Idem, *ibidem*, 239

assentar nela a legitimidade dos poderes que queriam e tinham necessidade de exercer. A contradição era demasiado flagrante: invocavam a protecção da nova ordem que tinham em vista justamente destruir porque ela não lhes concedia os direitos de que se reclamavam.

Essa ordem destruíram-na os deputados do Terceiro Estado desde o momento em que se afirmaram representantes únicos da nação e, por proposta de Sieyès, se erigiram em Assembleia Nacional. De uma só vez, com tal procedimento, extinguiram a divisão social por ordens e transferiram para a nação a soberania que até então pertencia ao rei. Quer dizer, não se limitaram a derrubar a constituição (não formalizada) do *ancien régime*: impuseram também o facto consumado de uma nova constituição. Assim, quando em 27 de Junho Luís XVI ordenou à nobreza e ao clero que integrassem a autoproclamada Assembleia Nacional, pode dizer-se que estavam já conseguidos, no plano constitucional, os objectivos da revolução burguesa. Tudo era simples e lógico: a nação (“corpo dos associados que vivem sob a lei comum e representados pela mesma legislatura”) elegera os seus representantes, ou melhor, os seus procuradores, e transmitira-lhes a sua vontade; esses procuradores limitar-se-iam agora, na sequência do mandato que receberam, a dar expressão legal e constitucional a essa vontade. Assim, ao mesmo tempo que desta forma se atribuíam “um título jurídico tomado no passado” (limitavam-se a cumprir as instruções que haviam recebido dos eleitores em conformidade com um processo de representação que seria válido dentro do ordenamento jurídico-constitucional do antigo regime), co-responsabilizavam pelas suas decisões revolucionárias (pela ruptura constitucional que consumavam) o Terceiro Estado na sua totalidade, comprometendo na mesma luta, mediante a ilusão da identidade nacional, a parte mais numerosa e mais miserável da nação. A evolução favorável da correlação de forças, traduzindo a persistência e a eficácia daquela ilusão, foi rapidamente libertando a burguesia das malhas estreitas a que ficava presa pela lógica inicial da sua autolegitimação.

Daí que os deputados, tendo começado por ir buscar a legitimidade do poder constituinte ao mesmo mandato imperativo em que fundaram a proclamação da Assembleia Nacional, tivessem deixado de se preocupar com as instruções contidas nos “cahiers” logo que estes passaram a ser um obstáculo à realização dos seus objectivos mais ambiciosos (É uma boa constituição que se deseja... Fixemos, pois, a Constituição

da França e quando os bons cidadãos estiverem satisfeitos com ela, que importa que uns digam que ela é antiga e que outros digam que ela é nova...”¹).

O tradicional mandato imperativo, que vinculava cada deputado à vontade declarada dos respectivos eleitores, de acordo com as ordens e os bailiados, logo que foi necessário e foi possível deu lugar ao mandato representativo pelo qual os deputados representavam a nação inteira e já não o grupo restrito dos seus eleitores locais. O momento desta substituição assinala o reconhecimento por parte dos deputados da existência de condições que lhes permitem doravante assumir, sem falsas dependências de uma vontade exógena, embora legitimante, uma revolução que, na realidade, é exclusiva e rigorosamente sua, tanto pela iniciativa como pelos fins em vista. O princípio representativo veio a ter consagração legal pela Lei de 22 de Dezembro de 1789. No preâmbulo deste diploma estabelecia-se que os deputados eleitos pelos departamentos passariam a representar a nação inteira e o artigo 34.º da Secção I, acrescentava que a liberdade dos seus sufrágios não poderia ser condicionada por nenhum mandato particular. Citando Carré de Malberg, com tal disposição, a Assembleia constituinte “transformava a representação do povo soberano numa representação soberana do povo”².

Se a assembleia veio a impor a “ditadura suprema”, de que se lamentava Mounier, a causa disso não foi, seguramente, uma confusão teórica (injustamente atribuída por Lafayette a Sieyès) que fizesse misturar num mesmo corpo duas funções distintas: a constituinte e a legislativa; antes isso aconteceu porque ambas as funções formavam o alvo que a burguesia francesa tinha em vista quando encetou a revolução. A primeira iria permitir-lhe tornar perpétuo e legítimo, sob a forma mítica de um contrato social renovado, o seu acesso revolucionário às fontes da decisão política; com a segunda poderia ir dando suporte legal imediato ao processo e desenvolvimento das relações sociais capitalistas, relações que já eram dominantes mau grado os entraves que o *ancien régime* jurídico-económico lhes levantava.

Em conclusão: a representação do Terceiro Estado transformou-se revolucionariamente em Assembleia Nacional (visto que, de acordo com a antiga constituição, possuía somente poderes consultivos) e também revolucionariamente em Assembleia constituinte (visto que não se tratou de uma representação extraordinária expressamente eleita para esse fim). Mas como a ruptura constitucional não precedeu a

¹ MOUNIER em 9 de Julho de 1789, citado por CARRÉ de MALBERG, *ibidem*, 501, nota 15.

² *Ibidem*, 504.

eleição dos deputados e estes, que tomaram a iniciativa da ruptura, invocaram sempre como fundamento a vontade soberana dos eleitores, ficou naturalmente obscurecida a essência revolucionária do fenómeno constituinte. Deve-se esse obscurecimento, portanto, ao facto de, conjuntamente, se terem reunido no mesmo órgão (não esqueçamos: num órgão emergente de um processo eleitoral) dois sujeitos que, conforme a experiência das revoluções nos ensina, costumam aparecer e actuar separadamente, uma vez que são substancialmente distintos: o sujeito da ruptura constitucional, a que O. Beaud chama *instância pré-constituente*, e o sujeito da acção constituinte propriamente dita, a *instância constituinte* à qual compete formalizar a nova ordem jurídico-política¹.

A mistura excepcional destes dois sujeitos num mesmo corpo, desta feita a assembleia nacional constituinte, não permitiu ver as diversas expressões do poder constituinte (*lato sensu*) nas diferentes fases do processo da mudança constitucional. Por outro lado, como foi o próprio sujeito da ruptura quem se converteu, pelo próprio facto da ruptura, em sujeito da função constituinte, a assembleia não ficou sujeita a qualquer mandato restritivo procedente de um poder revolucionário externo. Dissentimos, neste ponto, da opinião de John Elster. Considera ele que, na situação constituinte de 1789, o criador e a criatura são diferentes e oponentes. Mais ainda: segundo a leitura que ele faz dos acontecimentos, a assembleia constituinte não teria somente um, mas dois criadores, circunstância essa que contribuía naturalmente para tornar mais complexas e tensas as relações entre as entidades envolvidas no processo constituinte. "Estas relações verificam-se simultaneamente entre a Assembleia e a autoridade que a convocou [o rei] e entre os representantes e as suas respectivas circunscrições. A título colectivo, os representantes devem a sua existência a uma instituição, a título individual, a uma outra"². Mas parece claro que a assembleia que se autoproclamou nacional e constituinte não foi convocada pelo rei. Este convocou os Estados Gerais, cuja composição e estatuto eram totalmente outros. E, do mesmo modo, as circunscrições não elegeram senão portavozes das queixas e petições registadas nos *cahiers* em conformidade com a tradição do antigo regime. Na verdade, a proclamação da assembleia constituinte foi uma decisão e um acto de autocriação; teologicamente, ela é *causa sui*.

Neste contexto, não houve, pois, lugar para a *decisão atributiva do poder constituinte*. A vontade revolucionária e a vontade constituinte eram uma só e, por isso, à

¹ *La puissance de l'État*, ed. cit., 263 e ss.

² "Argumenter et négocier dans deux assemblées constituantes", in *Revue française de science politique*, 44, 2, 1994, 200.

primeira convinha, pela identidade dos sujeitos, a onnipotência da segunda. Finalmente, a identificação do Terceiro Estado com a nação encobriu o carácter de classe das forças sociais que, por intermédio dos seus representantes, foram simultaneamente os actores do processo *des-constituente* e os autores da nova constituição: uma constituição ajustada à ordem económica e social que aquelas forças desde há muito tempo vinham construindo e hegemонizando.

Os deputados estavam – diziam estar – na vez da nação e, por consequência, a assembleia constituinte era onnipotente: concentrava em si todas as funções de direcção do Estado. Só que a nação que os deputados efectivamente representavam tinha menor extensão no seu significado real do que aquela que o signo de referência contratualista intencionalmente dava a entender: por um lado, dela estavam excluídas as ordens em que, pela constituição antiga, estava formalmente dividida a classe contra a qual a revolução era desencadeada; por outro, dela ainda não emergia com consciência de si a classe da qual a burguesia extorquia a mais-valia que lhe dava o poder.

Dividindo o processo constituinte, a exemplo do que faz Olivier Beaud, em dois momentos, o momento *des-constituente* da ruptura constitucional e o momento *re-constituente* da produção da nova constituição, verificaremos que, no caso da revolução francesa, o primeiro foi praticamente instantâneo porque de imediato se iniciou o segundo. Na realidade, ocorreram em concomitância, já que a actividade jurídica da assembleia se entrecruzava com a actividade política das forças políticas na rua. É, por exemplo, óbvio que a decisão pré-constituente da representação do Terceiro Estado não seria consequente, se não houvesse condições para tal, ou seja, se, por um lado, as forças adversárias não estivessem enfraquecidas por contradições internas que, aliás, reflectiam a expansão de novas forças produtivas, e se, por outro, as forças apoiantes da revolução, ampliadas pela crescente adesão popular, não tivessem, ou não fossem tendo, a sua organização própria. A cedência do rei, a 27 de Junho, não é indiferente à presença de um corpo de vigilantes formado pelos eleitores de Paris e destinado a zelar pela segurança da assembleia. E, por outro lado, foi sob a pressão do público que se amontoava nas tribunas e corredores, assistindo e participando com apupos e aplausos nos debates parlamentares, que a assembleia constituinte foi tomando as grandes decisões jurídicas e políticas. Foi nesse contexto que a assembleia constituinte assumiu plenos poderes, chamando a si o

poder executivo “que confiou a uma série de comités, eleitos no seu seio, os quais trataram os ministros do rei como simples caixeiros”¹.

Foi este o modelo de assembleia constituinte – onnipotente, juridicamente ilimitada – que se generalizou em França e que o resto da Europa importou de acordo com as particulares circunstâncias dos respectivos processos de mudança constitucional. Neste modelo, o sujeito da iniciativa reconstituente (instância constituinte) actua em nome da nação, verdadeiro titular do poder constituinte, e não em nome do sujeito que procedeu ao corte revolucionário da ordem constitucional. É porque presume estar em representação da nação que a assembleia constituinte detém um poder ilimitado. Quer dizer que, na sua lógica de tipo ideal, ela não existe para constitucionalizar um projecto revolucionário particular, mas para dar expressão ao que é suposto ser a nova vontade política nacional, a nova ideia de direito constitucional já implicada no subconsciente da nação. O resultado do labor constituinte dos deputados equivale à explicitação e formalização dessa vontade, dessa ideia. Sob o efeito desta precompreensão generalizada, o período do processo constituinte que vai da ruptura à formalização do órgão constituinte – não sendo esse período de duração nula como excepcionalmente aconteceu na revolução francesa – será inevitavelmente um tempo de tensas lutas entre as diversas forças rivais, cada uma delas procurando assegurar a maior presença possível na instância constituinte, dado que só esta acabará por ter legitimidade e possibilidade para fundar o novo direito. Na realidade concreta dos processos de substituição revolucionária das constituições, aquilo a que Olivier Beaud chama *decisão atributiva do poder constituinte* está longe de ser uma emanção directa da vontade do sujeito que tomou a iniciativa revolucionária.

2.2. A auto-denúncia da “hipocrisia burguesa” na distinção entre cidadãos activos e passivos

Na revolução de 1789, como vimos, o sujeito da ruptura constitucional foi simultaneamente o criador da nova constituição. Não se assistiu à intermediação de um poder revolucionário que, por falta de legitimação formal, tivesse de cometer a um órgão

¹ J. PIRENNE, *As grandes correntes da história universal*, IV, Sociedade de Intercâmbio Cultural Luso-Brasileiro, Lisboa, 1952, 20.

formalmente legitimado pelo processo eleitoral, a conversão legislativa da sua visão particular do que seria o interesse da nação. Os deputados não eram reféns nem portavozes coagidos de nenhuma força política organizada. Eram, no seu conjunto, a encarnação do soberano e, nessa figura, exerciam o seu poder ilimitado. Ao mesmo tempo que decidiam da futura constituição do Estado, iam antecipando a legislação ordinária adequada ao liberalismo económico e submetendo a si a própria função executiva. No plano das representações que motivam, eles procediam de acordo com as ficções auto-justificadoras da teoria. Na realidade, porém, deliberavam e agiam segundo as conveniências da burguesia francesa, moldando a supra-estrutura jurídico-política do país aos interesses históricos dessa classe. "Não é a consciência que determina a vida; é inversamente a vida que determina a sua consciência"¹. Mas isso, podemos dizê-lo nós depois de Marx e Engels. Na altura, o sucesso da revolução dependia da força da convicção que a parte revolucionária da nação possuía relativamente à sua identidade com a própria nação no seu conjunto. O poder constituinte teve que surgir na história como sujeito unitário encobrindo a sua parcialidade na autodenominação de povo e nação. Dizendo-o à maneira de Roland Barthes², "a burguesia apagou o seu nome passando do real à sua representação" e com esta "verdadeira operação de ex-denominação" ocultou a natureza de classe – e o próprio carácter revolucionário da sua revolução.

A realidade não tem que se adaptar à teoria; é esta que se forma em função dos imperativos do desenvolvimento histórico, reforçando com racionalizações discursivas os impulsos revolucionários gerados nos contextos contraditórios da ordem económica. A revolução processou-se num cenário de legalidade e de legitimidade. Os deputados que se autoproclamaram Assembleia Nacional, no dia 20 de Junho, haviam sido eleitos e consideravam-se representantes directos da totalidade da nação. E quando, no dia 9 de Julho, os mesmos deputados transformaram essa assembleia numa Assembleia Nacional Constituinte, eles apenas estavam a dar cumprimento ao mandato especial que receberam da nação. Eles eram intérpretes legítimos da nação; eles eram, de facto, a parte da nação que podia falar e agir em nome de toda a nação.

Nenhum outro autor mostra melhor do que Sieyès as entorses oportunistas da teoria política. Todos possuem direitos iguais na sociedade e compete ao Estado

¹ KARL MARX e FRIEDRICH ENGELS, *Ideologie allemande*, em *Oeuvres Choisies*, I, Éditions du Progrès, Moscou, 1970, 20.

² Em *Mitologias*, Edições 70, Lisboa, 1978, 206.

assegurar a persistência dessa igualdade. É a razão de ser dele. Mas a igualdade de direitos não implica igualdade no que concerne aos meios. “A natureza faz fortes uns e débeis outros, outorga a uns uma inteligência que nega a outros. Daí se segue que existirá entre os homens desigualdade de trabalho, desigualdade de produto, desigualdade, enfim, de consumo e desfrute”¹. Há-de competir ao Estado proteger a igualdade dos direitos contra as tentativas da opressão fundadas na desigualdade dos meios². É preciso que a igualdade de direitos não possa ser destruída pela desigualdade das fortunas³. Sabe-se, por outro lado, que o bem-estar é o fim das decisões e acções do homem. Logo, esse será também o fim da sociedade⁴. É por isso que a ordem social é tão-só um complemento da ordem natural⁵. Dado que há inegáveis vantagens na associação, impõe-se que os associados providenciem os meios públicos convenientes ao fim em vista. Ao conjunto desses meios, que inclui pessoas e coisas, chamar-se-á *Estabelecimento Público*. Este é um corpo político que, à maneira do corpo humano, deve ser dotado de vontade e força para agir. “O Poder Legislativo representa a primeira dessas faculdades e o Poder Executivo a segunda”⁶. Tal é o Governo que terá a forma e o modo de funcionamento que a Constituição lhe prescrever. “Pois bem, uma Constituição supõe antes de tudo um *Poder Constituinte*”⁷. Trata-se do autor exclusivo da Constituição, o único que actua livre de todo o constrangimento e de toda a forma, “visto que não se encontra submetido a nenhuma constituição prévia”⁸.

A teoria do contrato social, na sua versão pós-feudal, foi um esforçado argumento a favor da soberania do povo, da sua libertação em relação a tutelas religiosas e ainda da sua ideia como totalidade resultante da associação de indivíduos tão iguais na sociedade como no estado de natureza. Em abstracto, a teoria contratualista nivelou e unificou o Estado político. “Corolário de tudo o que fica dito é que a distinção dos cidadãos em *Ordens* não pode pertencer, por definição, à Constituição de nenhum povo”⁹. Todavia, enquanto instrumento de legitimação de um processo revolucionário, a mesma teoria acaba por justificar as novas diferenças políticas que vão emergir desse

¹ EMMANUEL SIEYÈS, “Proemio a la constitución...”, in *Escritos y discursos de la revolución*, ed. cit. 92

² Idem, *ibidem*, 94.

³ Idem, “Sobre los acuerdos que deberan adoptar las asambleas de los bailiazos”, *ibidem*, 24.

⁴ Idem, “Proemio a la constitución...”, *ibidem*, 91.

⁵ Idem, *ibidem*, 93.

⁶ Idem, *ibidem*, 99.

⁷ Idem, *ibidem*, 100.

⁸ Idem, *ibidem*, 100.

⁹ Idem, *ibidem*, 100.

processo. As desigualdades que o *ancien régime* exprimia sob a designação de ordens só vão ter uma formulação lexical diferente porque passam a ser outros os desiguais, outros os “tutores do povo”. Com pia inocência, o abade apresenta a diferença fazendo uma distinção especiosa entre direitos *civis e naturais*, por um lado, e direitos *políticos*, por outro; entre direitos *passivos* e direitos *ativos*; enfim, entre cidadania *passiva* e cidadania *activa*. Esclarece ele: “Todos os habitantes de um país devem desfrutar dos direitos de *cidadãos passivos*; isto é, todos têm direito à protecção da sua pessoa, da sua propriedade, da sua liberdade, etc. Mas, em contrapartida, nem todos têm direito a tomar parte activa na formação do estabelecimento público. Numa palavra, nem todos podem ser *cidadãos activos* (...) Todos podem desfrutar das vantagens da sociedade, mas somente aqueles que contribuem para a manutenção dos poderes públicos valem como verdadeiros accionistas da grande empresa social. Só eles integram os verdadeiros cidadãos activos, os autênticos membros da associação”¹.

O Estado é, pois, uma empresa social, uma sociedade para fins económicos. Quem a constitui e quem a dirige são os accionistas, os homens lockeanos, laboriosos e racionais. São esses os verdadeiros interessados, seja na bondade da sua constituição, seja no êxito do seu funcionamento. “... As classes inferiores resultam mais alheias, por razões de inteligência e de sentimento, aos interesses da associação do que poderiam sê-los os cidadãos menos estimados dos Estados livres da Antiguidade. Há, pois, entre nós uma classe de homens que, sendo cidadãos de direito, nunca o serão de facto”². Eles não constarão, por conseguinte, da *lista dos elegíveis*, serão excluídos de todos os órgãos do poder, tenham eles a função constituinte, a legislativa ou a executiva. Não contribuirão activamente nem para formação do Estabelecimento Público nem para o seu governo.

Não há, pois, na ordem jurídico-política derivada da constituição, coincidência entre povo (a totalidade da nação) e o conceito de poder constituinte, entre o soberano teórico (a totalidade dos cidadãos) e o detentor real da soberania (a classe possidente). A teoria da justificação pós-revolucionária foi-se aproximando da realidade sociológica. Nos termos de Sieyès poderíamos dizer que o povo, a nação, é poder constituinte *passivo*, fonte ideológica recorrente de legitimação, ao passo que a burguesia revolucionária é poder constituinte *activo*, o agente efectivo da transformação e da

¹ Idem, *ibidem*, 101 (sublinhado por SIEYÈS).

² Idem, “Observaciones sobre el dictamen del Comité de Constitución concerniente a la nueva organización de Francia”, *ibidem*, 141.

apropriação do poder político¹. Este último deseja ser *constituído*: será “interiorizado no poder constituído”² pela constituição. No mesmo jogo de linguagem, diremos que aquele outro será, pelo contrário, constitucionalmente *exteriorizado* desse poder. A burguesia criará um Estado à sua medida mediante uma constituição que servirá os seus objectivos (não proclamados) de classe, encerrando o povo constituinte numa “jaula de limitações” constitucionais (Negri). Ela utiliza inicialmente a ideia de nação (“os que vivem sob a lei comum”) contra os privilegiados, para tomar o poder político; utiliza posteriormente a ideia de representação da soberania nacional para justificar a exclusão do Terceiro Estado pobre dos negócios do Estado através do sufrágio censitário.

A exclusão da aristocracia do conceito de nação é possibilitada pelo facto de, como nota Tocqueville, os privilégios dos nobres aparecerem como insuportavelmente irracionais na medida em que o processo de construção do Estado moderno e da sua primeira forma política (monarquia absoluta) os foi sucessivamente separando das funções (defesa, administração, justiça) que tradicionalmente os justificavam⁴. Os privilegiados formavam uma casta perfeitamente distinta do Terceiro Estado que “tinha tudo para formar uma nação”. Quanto às “classes inferiores” de que falava Sieyès, essas eram, como diz Garcia Pelayo, mais “classes em si” do que “classes para si”⁵. Isto é, não tinham consciência de ter interesses de classe distintos dos das classes médias. Estas, para retirarem o poder às classes aristocráticas, necessitavam do apoio das mais desfavorecidas. Para isso, enquadram as suas pretensões em vestes universalizantes que depois tratam de particularizar através de estratagemas que coarctam as consequências logicamente decorrentes dos princípios afirmados. Perante estas circunstâncias, o Terceiro Estado, que tinha condições subjectivas e objectivas para se assumir como nação, pôde colocar a questão do poder constituinte nos termos pacificamente lógicos em que Sieyès os colocou: há divergências quanto à constituição dos Estados Gerais; ora, um corpo constituído não pode tocar na sua constituição; apele-se, então, ao Criador, à nação.

¹ Outra dicotomia aplicável seria aquela que nos é sugerida por BIDART de CAMPOS: a titularidade radica “em potência” no povo, mas “exerce-se realmente «em acto» através dos homens ou grupo de homens que, dentro do mesmo povo estão em condições de determinar a estrutura fundamental do Estado e de adoptar a decisão fundamental de conjunto” (*Filosofía del Derecho Constitucional*, Ediar, Buenos Aires, 1969, 167-168). Se recusarmos interpretar a dicotomia proposta num registo positivista (que identifica a legitimidade com o êxito de qualquer força política), a vantagem que retirarmos dela é o facto de tornar claro que é no povo que reside, enquanto potencial de emancipação, o princípio e o sentido das transformações constitucionais.

² TONI NEGRI, *El poder constituyente, ensayo sobre las alternativas de la modernid*, ed. cit., 19.

⁴ A. TOCQUEVILLE, *L'ancien régime et la révolution*, Gallimard, Paris, 1967, 229 e ss..

⁵ MANUEL GARCIA PELAYO, *Las transformaciones del Estado contemporáneo*, Alianza, Madrid, 1977, 112.

Esta era a solução – aparentemente não revolucionária – que se impunha de acordo com o rigor dos princípios. Porque a burguesia, classe que acedia ao poder, se fez coincidir com a totalidade da nação, sendo esta ideologicamente representada como uma unidade socialmente homogénea, obscureceu-se a relevância das forças político-sociais e dos seus interesses de classe no fenómeno constituinte, no processo de destruição e substituição da ordem jurídico-política.

Só que, ao contrário das auto-ilusões instrumentais da teoria criada pelos próprios implicados na revolução, na ordem efectiva do processo político, a unidade e a homogeneidade dissolvem-se em diversidade e hierarquia. Como revela outra tradição teórica, portadora de uma diferente precompreensão do poder constituinte, são as forças sociais preponderantes, todavia sem a correspondente expressão institucional – e não a nação indiferenciadamente, entendida como entidade espiritual distinta dos indivíduos que a compõem – que, opondo-se a uma ordem constitucional que lhes é adversa, assumem o poder originário para plasmar na nova constituição as soluções políticas mais adequadas à prossecução dos seus interesses particulares de classe ou de grupo. Nesta perspectiva, as grandes mudanças constitucionais tendem a ocorrer quando deixa de haver correspondência entre os interesses socialmente dominantes e a respectiva tutela jurídico-política e ocorrem necessariamente sempre que esse desajustamento se torna insuportável para o grupo social em causa.

2.3. Luta de classes e factores reais de poder

A primeira ordem de reacções contra a "hipocrisia burguesa" de um poder constituinte da nação vamos encontrá-la na obra de Marx e Engels e na tradição crítica que neles se funda. Dito resumidamente, aqueles autores e de igual modo os seus epígonos consideram que as constituições (e todo o direito em geral) são historicamente instrumentos de poder das classes dominantes. Isto, diga-se de passagem, sem prejuízo de reconhecerem o que de emancipatório o constitucionalismo de cariz revolucionário foi trazendo.

Note-se, no entanto, que não existe uma verdadeira teoria especificamente marxista do poder constituinte originário, uma vez que a questão da transformação do regime político só implicitamente vem tematizada na problemática das relações entre

infra-estrutura e superestrutura. Para esta linha de pensamento, o Estado é uma emanção do processo social e reflecte os antagonismos que inexoravelmente derivam da apropriação privada dos meios de produção. “O Estado não é, pois, de modo algum, um poder que se impõe à sociedade de fora para dentro; tão-pouco é a «realidade da ideia moral» ou a «a imagem e a realidade da razão», como afirma Hegel”¹. Pode dizer-se que ele é precisamente o contrário disso na medida em que funciona como um instrumento de repressão criado, dirigido e utilizado pelas classes dominantes contra as classes dominadas que, excluídas da propriedade pela força e pelo “direito”, ficam inapelavelmente sujeitas à exploração económica.

Assim, na perspectiva do marxismo, a sucessão das formas constitucionais do Estado ocorre por substituição de uma classe – ou fracção de classe – que deixou de ser dominante por outra que, entretanto, passou a sê-lo. Essa substituição é o resultado de alterações verificadas na correlação das forças sociais que disputam entre si a hegemonia, sendo certo que a força historicamente predestinada a triunfar na refrega política será aquela que, na altura, estiver na vanguarda do processo produtivo. É a evolução deste que vai determinar mudanças nas instituições e nas formas da consciência social: “a estrutura económica da sociedade constitui sempre o fundamento real a partir do qual têm que se ser explicados, em última instância, toda a superestrutura das instituições jurídicas e políticas, assim como os tipos de representação religiosa, filosófica e outros, de cada período histórico”². Se o Estado, pois, é um instrumento de domínio, uma *máquina de repressão*, então a lei constitucional não será senão um instrumento desse instrumento, quer dizer, um conjunto de mecanismos de que aquele se servirá para concretizar os interesses para a defesa dos quais foi precisamente constituído com a forma que o poder constituinte decidiu e conseguiu dar-lhe.

Familiar do marxismo, Lassalle dedicou um opúsculo, que se tornou um marco incontornável da teoria constitucional, à dilucidação expressa do conceito de constituição³. Como analista social, ele desfez o sedutor embuste de Sieyès explicando o

¹ FRIEDRICH ENGELS, *L'origine de la famille, de la propriété privée et de l'État*, em *Oeuvres Choisies*, 3, Éditions du Progrès, Moscou, 1970, 346.

² Idem, *Anti-Düring*, Ediciones Pueblos Unidos, Montevideo, 1960, 36.

³ Tanto MARX como LASSALLE postularam um conceito sociológico de constituição. Estabelecendo uma tipologia dos conceitos de constituição inferida das grandes correntes sociais, filosóficas e políticas do século XIX, GARCÍA-PELAYO opõe o conceito sociológico, quer ao conceito racional-normativo (defendido pelos revolucionários burgueses), quer ao conceito histórico-tradicional que emerge como reacção por parte dos defensores do antigo regime ou, numa versão mais moderada, pelos adeptos das constituições outorgadas. “O conceito sociológico de constituição é a projecção do sociologismo no campo constitucional (...) Entendemos por tal um conceito que se baseia nas seguintes afirmações: a) a constituição é primordialmente uma forma de ser e não de dever-ser; b) a constituição não é resultado do

constitucionalismo a partir da visão de uma sociedade estruturada sobre o conflito e, de modo nenhum, sobre o consenso pressuposto num pacto primordial. A constituição não se deve, pois, a um acto de vontade racionalmente produzido pela nação – ou pelos seus intérpretes – num momento preciso da sua história, como se tudo pudesse começar de novo, mas sim a configurações prévias da realidade social sustentadas por compromissos políticos de persistência incerta. Há então lugar para falar de duas constituições e não de uma só: a constituição real e a constituição jurídica, sendo aquela a raiz ontológica desta e sendo esta a formalização escrita daquela.

A resposta de Lassalle à questão *O que é uma constituição política?* (título do referido opúsculo)¹ não será, pois, igual à que se esperaria de um jurista. Para este, a constituição é apenas um conjunto de normas positivas que enunciam os princípios básicos da legislação e do governo de um país. Tal definição, porém, não capta a verdadeira essência da constituição. Com ela não se ficaria a saber se determinada constituição é boa ou má, possível ou utópica, duradoura ou precária. Os critérios da validade, quer dizer, da eficácia estão fora do documento escrito. Partindo desta premissa, Lassalle pergunta se existem na sociedade algumas forças capazes de influir em todas as leis do país, determinando que elas sejam como são sem poderem ser de outro modo. É claro que essas forças existem – não há sociedade nenhuma que esteja livre delas – e sendo assim é nelas que está a constituição real, ou seja, o fundamento político da constituição jurídica. Para se fazer entender melhor, Lassalle convida-nos a imaginar um incêndio que destruísse todas as leis em vigor na Prússia. Se, na oportunidade que assim se oferecia, o novo legislador constituinte quisesse instituir a República ou diminuir as prerrogativas régias, poderia fazê-lo? Não, porque o rei chamaria em seu auxílio o exército que facilmente restabeleceria a autoridade real dotada de todas as suas prerrogativas anteriores. Um rei ao qual o exército obedece é uma parte da constituição. E se o legislador constituinte, considerando descabidos, à luz da razão, os poderes de que os nobres usufruíam no aparelho de Estado (como é que um punhado de aristocratas pode tanto como o resto do país?), decidisse voluntariosamente eliminar a câmara alta, poderia fazê-lo? A resposta é de novo negativa porque, nessa eventualidade, os nobres apelariam

passado, mas imanência das situações e estruturas do presente social (...); c) a constituição não se sustenta numa norma transcendente, tendo a sociedade a sua própria «legalidade» (...); d) por fim, se, no que respeita ao direito, a concepção racional elege o momento da validade e a histórica o da legitimidade, a concepção sociológica elege o da vigência” (“Constitución y Derecho Constitucional”, *Revista de Estudios Políticos*, 37-38, 1948, 73-75).

¹ FERDINAND LASSALLE, *Qué es una Constitución?* Editorial Temis S. A., Santa Fé de Bogotá, Colômbia, 1997.

ao rei e este, com a força armada por seu lado, de resto dirigida por membros do grupo social em causa, facilmente sairia vencedor num confronto com o legislador. Também uma nobreza que pode contar com o apoio real é uma parte da constituição. Imaginemos ainda que o legislador constituinte pretendia regressar ao modo de produção feudal, reintroduzindo na legislação a teia das regulamentações com que então se disciplinava a actividade económica. É claro que não podia fazer isso, porque, se o fizesse, a grande burguesia fecharia as fábricas e instalaria o caos. Assim, também esta classe participa da constituição. E poderia dizer-se o mesmo de outros segmentos da população, lembrando que, nas situações mais desesperadas também o povo é capaz de fazer ouvir a sua voz e impor a sua vontade, o que significa que nem mesmo ele pode ser excluído da constituição. “Imaginemos – diz a propósito Lassalle – que o governo, procurando proteger e dar plena satisfação aos privilégios da nobreza, dos banqueiros, dos grandes industriais e dos grandes capitalistas, decidisse privar a pequena burguesia e a classe operária das suas liberdades políticas. Poderia fazê-lo? Desgraçadamente, senhores, sim, poderia (...) Mas se se tratasse de despojar a pequena burguesia e a classe operária, já não somente das suas liberdades políticas, mas também da liberdade pessoal...? Prosperaria a pretensão? Não, senhores (...), a resistência desse bloco seria invencível, pois em certos casos *extremos e desesperados*, todos juntos, também são um fragmento da constituição”¹.

O que o legislador constituinte aprovasse em contradição com esta realidade seria de efeito nulo. A constituição escrita seria uma mera *folha de papel*. Para ser mais do que isso, isto é, para ser juridicamente eficaz, é necessário que ela assimile os factores reais de poder². É nestes que reside a verdadeira constituição de um país, a constituição real, e não na constituição escrita que é apenas a sistematização jurídica dos poderes fácticos. “Assim, pois, desaparece quase completamente o lado normativo da constituição na medida em que não se estabelece diferença alguma entre a estrutura do ser e a do dever-ser”³

Outra questão é esta: como se transforma a constituição real em constituição jurídica? Lassalle é inequívoco na resposta: reúnem-se os factores reais de poder, dá-se-lhes expressão escrita e, a partir desse momento, eles passam a ser verdadeiro direito.

¹ *Qué es una Constitución?* ed. cit., 49-50.

² “Os factores reais de poder que regem no seio de cada sociedade são essa força activa e eficaz que informa todas as leis e instituições jurídicas da sociedade em questão, fazendo com que não possam ser, em substância, *mais que isso e como são*” (*Qué es una Constitución?* ed. cit., 42; sublinhado no original).

³ M. GARCÍA-PELAYO, “Constitución y Derecho Constitucional”, loc. cit., 82.

Esta passagem do facto ao direito não se faz, contudo, de forma aberta, antes se faz de forma camuflada. Assim, se se pretende que os nobres latifundiários tenham um poder equivalente ao da grande burguesia, o texto jurídico-constitucional prescreverá que o poder legislativo seja composto por duas câmaras, a câmara dos nobres (ou câmara alta) e a câmara dos deputados (ou câmara baixa). A lei resultará do acordo entre as duas. Se se pretende que a grande burguesia usurpe todo o poder político à pequena burguesia e ao proletariado, bastará para isso estabelecer que o sufrágio é censitário.

O que daqui se deduz é que a constituição escrita, sob pena de ser ineficaz, não pode deixar de reflectir a constituição real. Mas esta não é ela mesma estável. Na sociedade actuam forças que nunca sossegam no grau de poder que, em qualquer fase da competição política, lograram alcançar. E sempre a mais vitoriosa há-de pretender estabilizar na forma do direito a sua superioridade de facto. Síntese variável de uma correlação de forças instável, a constituição real pode, por outro lado, sofrer o efeito de uma irrupção revolucionária do povo desorganizado, como foi o caso da revolução de 1848 em França. “Quer dizer, senhores, que os factores reais e efectivos de poder que reinavam dentro das fronteiras deste país voltaram a deslocar-se”¹. Na circunstância, houve a preocupação de consolidar imediatamente a vitória popular numa nova constituição escrita. Confiou-se demasiado no poder normativo do texto constitucional e aí esteve, segundo Lassalle, a razão do fracasso da revolução. As forças revolucionárias não souberam aproveitar o seu sucesso para dismantelar as estruturas nas quais assentava o poder do regime anterior, designadamente o exército, “uma *organização* perfeita” ao serviço da política real². “Se se quisesse, pois, que a vitória arrancada no dia 18 de Março [de 1848] não resultasse forçosamente estéril para o povo, era necessário ter-se aproveitado aquele instante de triunfo para transformar o poder organizado do exército tão radicalmente que ele não voltasse a ser um simples instrumento de força posto nas mãos do rei contra a nação”³. Sem uma mudança efectiva e consistente na correlação de forças existente no seio dos factores reais de poder, é praticamente inútil mudar a constituição escrita: “uma constituição escrita faz-se, em caso de apuro, em vinte e quatro

¹ F. LASSALLE, *Qué es una Constitución?* ed. cit., 66.

² Secundando GARCÍA-PELAYO, assinalaremos as duas espécies de poder que LASSALLE distingue na constituição real: o *poder organizado*, que se caracteriza pela disciplina e eficácia na acção, e o *poder desorganizado* o qual, sendo quantitativamente extenso, é qualitativamente débil pela incoerência e inconstância dos seus objectivos políticos. “Sujeitos do primeiro poder são, acima de tudo, o exército e a burocracia nas mãos do monarca e da nobreza; sujeitos do segundo são a nação ou certos grupos sociais” (“Constitución y Derecho Constitucional”, *Revista de Estudios Políticos*, ed. cit., 82-83).

³ F. LASSALLE, *Qué es una Constitución?* ed. cit., 68.

horas; mas com ela *nada* se consegue se for *prematura*"¹. Não seria mais do que uma nova folha de papel sem consequências.

2. 4. A constituição em sentido material. Assimilação do poder constituinte às forças políticas dominantes

A concepção dualista da constituição voltou a ganhar relevância com a elaboração teórica de Mortati, que teve a sua primeira expressão sistemática – indubitavelmente a mais conhecida – na obra *La costituzione in senso materiale*, publicada em 1940. Para o tema aqui em questão, importante é também *La costituente*, que o célebre jurista italiano escreveu no empolgante clima de trabalho da assembleia constituinte pós-fascista. Datada de 1945, esta obra foi depois recolhida nos *Studi sul potere costituente e sulla Riforma costituzionale dello stato*, editados em 1972. Com a noção de constituição em sentido material, propõe-se Mortati interpretar a fonte suprema do ordenamento jurídico à luz de conceitos antes considerados estranhos à esfera do direito e atinentes somente à esfera científica do sociólogo e do historiador². A tese pode ser enunciada da seguinte maneira: toda a actividade política dinamizada pelo objectivo de criar direito, mesmo nos casos extremos de ruptura constitucional, é já ela própria uma realidade de direito. Assim, segundo esta tese (e é de Fioravanti o esclarecimento), “no poder constituinte está incindivelmente presente o aspecto *político* da decisão que resulta da diferenciação, da competição e do conflito e o aspecto *jurídico* da disciplina dos interesses em jogo, da sua recondução a opções de longo período para encarnar na constituição formalmente entendida e nas instituições políticas que ela está em condições de construir e de legitimar”³.

Poderá ver-se nisto, antes de mais, a circularidade entre o ser e o dever ser⁴; mas o que Mortati pretende sobretudo fazer ressaltar é a sua defesa da fusão real entre o tempo de *fazer política* e o tempo de *fazer direito*. Os factos da competição e do conflito dão conteúdo a uma constituição real “que permite reconhecê-la como expressão de uma

¹ Ibidem, 72 (sublinhados de LASSALLE).

² Cf. TEMISTOCLE MARTINEZ, *Diritto Costituzionale*, Dott. A. Giuffrè, Milano, 1993, 29.

³ MAURIZIO FIORAVANTI, “Potere costituente e diritto pubblico. Il caso italiano, in particular”, in *Potere costituente e riforme costituzionali*, a cura di Paulo Pombeni, Il Mulino, 1992, 75.

⁴ COSTANTINO MORTATI, *Studi sul potere costituente e sulla riforma costituzionale dello Stato*, Dott. A. Giuffrè Editore, Milano, 1972, 354, nota.

identidade não puramente existencial, mas deontológica”¹. O que aqui há de novo relativamente à posição de Lassalle, que pensava ainda sob o preconceito liberal da pré-juridicidade da política, é o postulado da continuidade do direito e da constituição, o que implica ver o ordenamento jurídico para além dos textos que o captam². Para Mortati, a ordem legal é apenas uma parte de um sistema jurídico que integra as relações de força que estão por detrás do direito. O que também vale por dizer que a constituição do Estado não se confunde a constituição formal e que esta conserva ou perde a eficácia jurídica em função do poder que tenha hegemonia na ordem política. Uma nova constituição ocorre quando forças políticas emergentes (grupos sociais ou partidos políticos) conseguem impor um princípio de organização estatal adequado à prossecução dos seus interesses específicos: “a mudança do Estado existe todas as vezes que ao princípio organizativo existente sobrevém um outro”¹. A nova configuração do Estado torna-se o resultado de um processo constituinte que segrega ele mesmo, auto-referencialmente, a sua própria validade jurídica. “Exactamente o fenómeno considerado pode ser designado por «facto normativo» quando este se entenda no exacto sentido de facto que tem em si mesmo a sua lei e as garantias da sua persistência no futuro”³.

A força normativa do facto irá depender exclusivamente da capacidade de fazer sair dele uma nova relação estável de domínio e sujeição. Neste quadro, histórica e sociologicamente realista, não faz sentido nenhum a metáfora jusnaturalista do contrato

¹ COSTANTINO MORTATI, *La costituzione in senso materiale*, Dott. A. Giuffrè Editore, Milano, 1940, 89.

² No horizonte desta problemática, já antes RENÉ CAPITANT defendera a tese de que o Estado sobrevive a todas as mudanças políticas, a todas as revoluções, o que supõe a persistência de uma ordem jurídica e, portanto, de uma constituição. A constituição é positiva antes de ser escrita. Ela é formada pelo sistema de ideias em nome do qual uma força política desencadeia um processo revolucionário. Naturalmente que enquanto decorre a luta política, quando ainda não é possível prever o desfecho dessa luta, a constituição positiva terá que padecer de alguma indefinição. “Mas logo que a revolução termine, logo que a nova ordem tenha triunfado sobre o antigo regime, a unidade nacional é reconstituída e pode então falar-se de uma constituição positiva sem esperar que lhe seja dada expressão escrita” (RENÉ CAPITANT, “Le droit constitutionnel non écrit”, in *Recueil d'études en l'honneur de F. Gény*, III, Paris, 1934, 4). E assim fica superada a relutância positivista relativamente à valoração jurídica dos factos através dos quais uma força política provoca – inconstitucionalmente – a transformação do Estado. E nem é necessário o recurso de KELSEN a uma “norma fundamental hipotética” – a *Grundnorm* – para dar competência constituinte ao poder vitorioso e validade jurídica à constituição por ele criada. Basta pensar que a constituição positiva não se esgota na constituição escrita, nem, conseqüentemente, um poder de direito positivo no poder derivado da constituição formal: “qualquer que seja o órgão da revolução que tenha tomado nas suas mãos o governo, o facto de ele impor a sua autoridade é mais do que um simples facto, é o sinal de uma regra positiva de competência constitucional” (R. CAPITANT, *ibidem*).

¹ COSTANTINO MORTATI, *Studi sul potere costituente e sulla riforma costituzionale dello Stato*, ed. cit., 25.

³ *Studi sul potere costituente e sulla riforma costituzionale dello Stato*, ed. cit., 14.

social¹. O Estado não está fundado sobre o pressuposto de uma escolha primordial e consensual a favor do estado de sociedade, pressuposto esse em que assenta a tese do povo ou nação constituinte, mas sobre a realidade de uma força social que foi capaz de impor a sua supremacia ideológica e política². Diz Mortati que é precisamente essa força, resultante da organização de um grupo social que consegue triunfar sobre outros grupos antagonistas, portadores de interesses divergentes, que dá conteúdo à constituição originária, fundamental ou material, e que, conseqüentemente, dá também conteúdo à constituição formal, já que esta é – deve ser – mera declaração daquela³. São de observar, pois, dois elementos na definição da constituição material; por um lado, a força politicamente triunfante ou o partido político dominante (elemento instrumental), e, por outro, a ideia – os interesses ou fins políticos daquela força – da qual o Estado extrai o seu *indirizzo* político, o seu princípio organizativo (elemento material)⁴.

O que não significa que tenha que haver, ou mesmo que possa haver, uma coincidência perfeita entre as duas constituições, a material e a formal, visto que uma é dinâmica enquanto a outra tende a permanecer cristalizada no papel⁵. “Daí a

¹ Referindo-se às novas teorias dualistas da constituição, GRASSÒ sublinha o que vem negado nelas, a saber, a tese de SIEYÈS (e epígonos) segundo a qual a constituição deriva de uma decisão livre da nação, concebida como uma entidade socialmente homogénea e não organizada. Em vez disso, é proposta a imagem bipartida da sociedade: “Sistematicamente se exclui que uma constituição possa surgir como produto da vontade de uma sociedade indiferenciada (...) Sustenta-se em vez disso que uma comunidade resulte qualificada por uma organização político-institucional (...), com relações de domínio e sujeição, e por uma ideologia dominante” (“Potere costituente”, *Enciclopedia*, XXXIV, 42, 653-654).

² “Não parece, portanto, que as tentativas feitas para representar a sociedade como uma unidade fechada ao lado do Estado sejam logradas: uma unidade social, coincidente na sua extensão com o Estado, não pode ser imaginada como existente” (*La costituzione in senso materiale*, ed. cit., 73).

³ O grupo social que almeja o poder por meio da sua organização em partido não se reduz, porém, a uma elite restrita: “No grupo assim organizado assumem uma posição activa não só aqueles aos quais é atribuído o exercício efectivo do poder, mas ainda também os aderentes, porque a sua pertença à força dominante serve, antes de mais, para conferir validade a esta...” (*La costituzione in senso materiale*, ed. cit., 77).

⁴ Esta é uma posição que não se afasta muito da de C. SCHMITT. Digamos que a diferença reside na afirmação (MORTATI) ou negação (SCHMITT) do carácter jurídico do que ambos consideram ser a constituição que, na ordem real, sustenta a constituição em sentido formal. Nesta linha, SCHMITT estará mais próximo de LASSALLE. Este, porém, procurou identificar os factores reais do poder na diversidade e relatividade das forças sociais. Ora, precisamente MORTATI acusa SCHMITT de ser vago neste domínio: “Ele identifica a constituição em sentido absoluto, a verdadeira constituição, aquela que nunca pode deixar de existir e que dá sentido à real, com a decisão política fundamental, isto é, a decisão sobre a espécie e forma da unidade política de um povo. Mas o conceito é falho de determinação e os desenvolvimentos que o autor lhe dá são incertos e obscuros... Com efeito, por um lado, resta de todo impreciso quem deva considerar-se autor da decisão fundamental” (*La costituzione in senso materiale*, ed. cit., 55).

⁵ O risco de dessincronização torna-se maior no caso em que a constituição material não configura uma situação de predomínio acentuado de uma força política, mas uma situação de equilíbrio entre forças politicamente divergentes. Quando assim acontece, a constituição formal será compromissória e terá que ter elasticidade suficiente para suportar a variação da correlação de forças. “Neste último caso, a constituição formal é necessariamente reticente sobre certos pontos (como, por exemplo, na determinação do órgão que exerce o poder supremo) (...) e a própria parte regulada é destinada a sofrer a influência das oscilações das

possibilidade de um dissídio e de um desvio mais ou menos amplo entre o conteúdo das normas jurídicas positivas e os seus pressupostos: dissídio que se costuma representar como existente entre a constituição jurídica e a real e que, todavia, será mais exacto definir como contraste entre a constituição escrita e aquela outra que, por ser efectivamente vigente, é a única à qual se pode atribuir verdadeiro carácter jurídico”¹.

O que significa, volta a dizer-se, que não é constituição formal que confere juridicidade à actuação da força política dominante, mas que é, ao invés disso, a vontade prática dessa força que decide sobre o valor jurídico do texto constitucional. A força que pode determinar a produção do direito não pode deixar de ser ela própria uma realidade jurídica, já que se negássemos “a juridicidade da fonte primária, ficar-se-ia logicamente constringido a negar também a juridicidade da fonte que dela deriva e assim sucessivamente para todos os graus do ordenamento até ao mais baixo”². A constituição formal “tem carácter declarativo de uma situação que encontra em si mesma a sua própria validade e que, por conseguinte, é capaz de produzir efeitos jurídicos mesmo fora de uma disciplina expressa”³. Exactamente porque a positivação da constituição não obedece a outro propósito que não seja a realização dos interesses e valores do grupo político que emergiu como “grupo constituinte”⁴, pode esse mesmo grupo tentar alcançar os seus fins mediante recursos não previstos na ordem constitucional formalizada. “Deve, portanto, reter-se que as forças políticas agem não somente através dos órgãos pertencentes ao ordenamento do Estado, entendido em sentido estrito, mas ainda directamente e fora de toda a disciplina formal...”⁵.

Esse modo extralegal de actuação do poder efectivo (*força material* capaz de objectivar a sua vontade e de impô-la como princípio de ordem total⁶) não deixa, no

forças em presença e, por conseguinte, flexível na sua actuação de modo a reflectir as exigências da força que conseguir sobrepor-se” (*La costituzione in senso materiale*, ed. cit., 132).

¹ Idem, ibidem, 132-133.

² Idem, ibidem, 227

³ Idem, ibidem, 138.

⁴ A expressão é de CARL FRIEDRICH. Questionando-se sobre quem toma a decisão fundamental (decisão constituinte), afirma que é o *grupo constituinte* que aparece para dissolver o governo estabelecido e para modelar a nova constituição. O grupo constituinte seria formado pela “parte mais inteligente e importante da comunidade no seu conjunto”. Tudo “o que podemos dizer em resposta à pergunta de quem toma a decisão fundamental é que é por vários mas não demasiado poucos. Grupo constituinte em sentido estrito seria aquela parte da comunidade capaz de exercer o poder residual de facto, de alterar ou substituir uma ordem estabelecida por uma nova constituição” (*Gobierno constitucional y democracia, Teoría e práctica en Europa y América*, II, Instituto de Estudios Políticos, Madrid, 1975, 650).

⁵ COSTANTINO MORTATI, *La costituzione in senso materiale*, ed. cit., 146.

⁶ Um poder, diz PAOLO POMBENI, “capaz de criar uma nova síntese política que não fosse simplesmente um discurso sobre a organização dos poderes, mas que fosse antes um discurso sobre o *indirizzo* político....que deveria coordená-los para um fim”. Assim, a constituição por ele produzida “não

entanto, de valer como *política legítima*, quer dizer, juridicamente válida. A juridicidade é, pois, mais extensa do que a legalidade. "Para conseguir uma verdadeira compreensão do fenómeno estatal, é necessário superar o ponto de vista formalista, considerar a ordem legal por aquilo que realmente ela é, ou seja, apenas e tão-só parte de um sistema mais vasto no qual forças materiais e princípios políticos entram como elementos directivos anteriores e transcendentem àquela ordem. É necessário, por outras palavras, remontar da constituição à instituição"¹. Aí se desfaz definitivamente o mito da génese contratualista do Estado e a visão de uma nação socialmente homogénea e originariamente detentora do poder constituinte, equívocos atrás dos quais Sieyès logrou ocultar a particularidade sociológica das forças que protagonizaram a revolução francesa.

Nesta linha de pensamento, Franco Modugno dirá que o poder constituinte, enquanto "manifestação em acto do facto institucional", assumido com o propósito de converter um novo "dato institucional originário" num novo ordenamento jurídico, de transformar o que é *ordo ordinans* em *ordo ordinatus*, não se identifica com todos os que ficarão submetidos a tal ordenamento, "mas com aqueles que, sendo expressão das forças predominantes, assumem justamente o poder. É por essa razão que, na formação de um ordenamento estatal, não faz sentido falar de um «poder constituinte do povo»..."².

seria só um acto do poder constituinte na determinação da nova ordem, mas também um acto de fundação de uma espécie de poder constituinte prolongado no confiar à tradição futura...uma tarefa de *indirizzo* permanente sobre a evolução futura" ("Potere costituente e riforme costituzionali", loc. cit., 103-104).

¹ C. MORTATI, *Studi sul potere costituente e sulla riforma costituzionale dello Stato*, ed. cit., 16. A construção de MORTATI reconduz-se, a bem dizer, ao institucionalismo de SANTI ROMANO e HAURIUO. MORTATI não deixa, no entanto, de salientar as suas diferenças (cf. *La costituzione in senso materiale*, ed. cit., 58 e ss.). Segundo BENITO ALÁEZ CORRAL, embora gerado num horizonte de referências institucionalista, MORTATI desenvolve um pensamento que merece ser diferenciado das teorias daqueles autores: "Por um lado, porque perfila de forma mais nítida e acabada as consequências da concepção institucional do Direito e do Estado. Por outro lado, porque realiza um tratamento dogmático da Constituição (...) A «Constituição material» vai erigir-se em fonte de validade da Constituição formal. Do conteúdo da «Constituição material» surgem os limites materiais que, sem necessidade de positivação, condicionam a validade das modificações na Constituição formal. Mas, além disso, a «Constituição material» fundamentará a validade de verdadeiras mutações constitucionais que se imporão à «Constituição formal»" (*Los límites materiales a la reforma de la Constitución española de 1978*, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, 2000,87)

² FRANCO MODUGNO, "Il problema dei limiti alla revisione costituzionale", *Giurisprudenza Costituzionale*, Anno XXXVII, Marzo-Aprile, 1992, 207.

2.5. Legitimação em última instância pelo “soberano alegórico”

Deve, no entanto, dizer-se que, sendo verdade que a unidade mítica da nação é desmentida pela observação empírica da história e da sociologia, nem por isso é menos verdade que as forças políticas dominantes não passam sem procurar além de si mesma as bases sociais de apoio aos seus programas e ideologias. Para que um poder de facto se converta no poder de direito, estatuto a que naturalmente aspira, é forçoso que possa contar com a aceitação activa ou, no mínimo, resignada da maioria da população. Pensam assim praticamente todos os autores que privilegiam o papel das minorias activas na instauração dos regimes constitucionais. É caso para falar, como observa Pietro Grassò, de uma concepção bilateral de poder constituinte: “Por um lado, é reconhecida a acção de um grupo promotor que consegue impor-se como poder efectivo (...) Por outro, é exigido que haja em seguida o consenso, a adesão ou a convicção da necessidade objectiva de obedecer por parte da comunidade, mais propriamente da maioria ou da fracção mais relevante da população”¹. Para Guelli, trata-se de uma espécie de neocontratualismo². Justifica-se, assim, o desdobramento conceptual que acima fizemos em poder constituinte *activo* (o grupo com condições para decidir sobre o conteúdo da constituição) e poder constituinte *passivo* (o “soberano alegórico”, na expressão de Burdeau, ou seja, a nação à qual o activo atribui ficticiamente a autoria do seu estatuto de constituinte). “Que a nação seja o poder constituinte supremo – diz R. Capitant – isso significa somente que da sua atitude, da sua submissão ou da sua resistência, depende a positividade do direito”³.

Seja como for, e tirando os casos de implantação de um domínio que julgue bastante apoiar-se na repressão, sempre o poder emergente há-de querer alicerçar a sua autoridade no sentimento difuso de conformidade entre os seus objectivos políticos e o interesse geral da comunidade. É desse sentimento que vai depender a possibilidade e a efectividade do novo ordenamento jurídico. Por isso, Mortati considera ser a convicção acerca da necessidade das mudanças institucionais um *factor constitutivo do poder*

¹ “Potere costituente”, loc. cit., 653

² VICENZO GUELLI, *Elementi di una dottrina dello stato e del diritto come introduzione al diritto pubblico*, ed. del Foro Italiano, Roma, 1959, 51 e ss. (citado por GRASSÒ, loc. cit., 653).

³ “Le droit constitutionnel non écrit”, loc. cit., 5.

*constituante*¹. É essa convicção que, condicionando a adesão dos sujeitos à nova constituição, transmuta o facto em direito, compensando com legitimidade a ilegalidade do evento revolucionário².

Necessariamente, os juristas dificilmente admitem ver na pura facticidade da força física a origem primeira de todo o direito positivo. Ou simplesmente excluem do seu trabalho os momentos preconstitucionais da geração constitucional, ou inventam uma *grundnorm*, uma constituição lógica que substitua a sociológica enquanto fundamento da política, ou, então ainda, acabam, de uma forma ou de outra, por reconhecer validade jurídica aos factos que conduzem a uma nova ordem constitucional, no pressuposto de que as revoluções só triunfam desde que haja coincidência entre o projecto político das novas forças dominantes e o desejo não reflexivo da nação.

Nesta última posição avulta o nome de Burdeau. A concepção bilateral aparece neste autor na distinção que ele faz entre o soberano e a força política que assume o poder constituinte para concretizar no plano jurídico-constitucional a nova ideia de direito da nação soberana. A ideia é anterior ao poder de facto que será apenas o mediador da sua realização. "Pertence, com efeito, apenas ao soberano decidir se a ideia de direito que, no seguimento da institucionalização do Poder, vai ser incorporada no Estado é, realmente, a ideia de direito segundo a qual entende viver a colectividade"³. É por isso que tal poder, embora não autorizado por nenhuma investidura legal prévia, não actua como um bando de salteadores. O seu objectivo não é fazer reinar a anarquia no lugar do direito, mas substituir uma ordem jurídica por outra com fundamento numa representação da organização da vida social que há-de fazer a prova de corresponder à vontade constituinte da nação.

Segundo Burdeau, o povo nunca toma por si mesmo a iniciativa de mudar uma ideia de direito por outra. Essa mudança só acontece no contexto de um processo revolucionário desencadeado por uma minoria, porque "somente um pequeno número de homens" é capaz de conceber uma ideia de direito mais perfeita do que aquela que, até

¹ *Studi sul potere costituente e sulla riforma costituzionale dello Stato*, ed. cit., 351 e ss. É nesse sentido que R. CAPITANT, com reminiscências de SIEYÈS, vê na nação "um constituinte permanente de que emanam todas as constituições escritas (...)" ("Le droit constitutionnel non écrit", loc. cit., 5).

² Cf. GUY HÉRAUD, *L'ordre juridique et le pouvoir originare*, Recueil Sirey, Paris, 1946, 370.

³ GEORGES BURDEAU, *Traité de Science Politique*, T. III, ed. cit., 174-5. "A ordem postula uma regra de vida que se inscreve na norma jurídica. Mas a regra, por sua vez, repousa sobre uma certa representação do que deve ser a organização social. O objecto desta representação é a *ideia de direito*" (idem, *Traité de Science Politique*, T. I, Librairie Générale de Droit et de Jurisprudence, Paris, 1949,90).

então, servia de modelo à realidade constitucional¹. Mas, consumada a revolução, é indispensável que o povo confirme a bondade da nova ideia de direito, mesmo que o faça por simples ausência de contestação. Só o consentimento, se não expresso pelo menos tácito, da maioria do povo é que autoriza a qualificar de jurídico o facto revolucionário². Não se trata de uma legitimação *a posteriori*, mas antes de reconhecer *a posteriori* que o facto era, desde o início, dotado de uma legitimidade que lhe advinha da validade social da ideia de direito que o inspirava. Bem vistas as coisas, trata-se de uma subtilidade face à posição de Santi Romano. Este considera que, durante o processo que conduz à substituição de um ordenamento por outro, não há lugar para a questão da legitimidade, visto que o novo ainda não existe e o antigo não autoriza a sua ab-rogação. No que se refere ao novo ordenamento não se coloca o problema da legitimidade porque "se existe e é instaurado estavelmente, é um ordenamento jurídico, logo é legítimo: um ordenamento jurídico ilegítimo é uma contradição nos termos; a sua existência e a sua legitimidade são uma só coisa"³. Quanto ao processo e àqueles que o desencadeiam, uma vez que os objectivos sejam conseguidos, "eles adquirem retroactivamente a legitimidade que inicialmente lhes faltava"⁴.

O sinal que permite reconhecer a legitimidade (ou, na linha de Santi Romano, o facto que confere *a posteriori* legitimação) é, pois, a vitória alcançada pelo grupo político que assumiu o poder constituinte: "o seu sucesso deve ser considerado como uma presunção – cuja prova contrária poderá verificar-se na vitória de uma força rival – do consentimento que lhe é dado pelo soberano"⁵. Existem, assim, dois momentos em todo o processo constituinte: o primeiro é dominado pelo facto revolucionário durante o qual as

¹ G. BURDEAU, *Traité de Science Politique*, T. I, ed. cit., 108. A ideia de direito deve ser solidária com emergentes condições objectivas do meio social. É nesse grupo restrito de homens que o Poder se incarna. "Só que é preciso ter em conta que esta prerrogativa exorbitante reconhecida ao Poder não lhe é concedida senão sob reserva de sucesso (...). Se fracassa, o fracasso da sua empresa desencadeará a sua própria ruína..." (ibidem, 135).

² "Daqui a consequência de que as enfáticas atribuições ao povo da paternidade de uma Constituição dada (por exemplo, o «Nós, o Povo dos Estados Unidos...») persigam o simples objectivo de atribuir legitimidade àquele documento e facilitar a sua futura legitimação" (ALESSANDRO PACE, "La instauración de una nueva constitución. Perfiles de teoría constitucional", *Revista de Estudios Políticos* (Nueva Época), Julio-Septiembre, 1997, 23, nota 49).

³ SANTI ROMANO, *L'instaurazione di fatto di un ordinamento costituzionale e sua legittimazione*, *Scritti Minori*, I, Milano, 1950, 192-193.

⁴ Idem, ibidem, 193. Na mesma ordem de ideias, ALESSANDRO PACE considera que só *a posteriori* os detentores do poder constituinte podem ser identificados. "Com efeito, aqueles que costumam ser assim chamados são apenas sujeitos políticos que actuam de um modo ou de outro com o objectivo de instaurar uma nova constituição; e só se a sua pretensão constituinte tem êxito (portanto, só *ex post*) poderão ser qualificados ... como *ex* detentores de poder constituinte" ("La instauración de una nueva constitución. Perfiles de teoría constitucional", loc. cit., 24).

⁵ GEORGES BURDEAU, *Traité de Science Politique*, T. III, ed. cit., 216.

forças que tomaram a iniciativa da ruptura exercem algum poder constituinte: “sumário sem dúvida e reduzido ao essencial, mas que é verdadeiramente a manifestação do poder originário. O seu objecto? É o estabelecimento da nova forma governamental. O seu fundamento? É a presunção, autorizada pelo sucesso, que permite ao Poder reclamar-se do consentimento do soberano fora do qual a nova organização política seria desprovida de valor jurídico”¹. No segundo momento, observa-se a confirmação da presunção no acto da consagração constitucional da ideia de direito que serviu de fundamento e guia ao movimento revolucionário: “Uma constituição formal vai ser elaborada segundo um processo em que, teoricamente, a decisão do soberano será preponderante”².

Na realidade, são “os indivíduos nos quais se encarna o Poder”, ou seja, o grupo de homens que quer e tem condições para fazer a revolução, quem determina o sentido e o conteúdo do novo ordenamento jurídico³. Burdeau acaba por confessar que só teoricamente o povo, a nação, o soberano, seja lá o que for, poderá ser considerado titular do poder constituinte. A constituição escrita é uma realidade segunda em relação à constituição real ou material (no conceito de Mortati). Formalmente, o novo ordenamento começa com a aprovação da lei constitucional. “Mas, na realidade, o único acto constitucional verdadeiramente imbuído do carácter inicial é, desprovido de todas as formas, aquele pelo qual o governo revolucionário impôs a sua autoridade. Resulta daí que o poder constituinte incondicionado, o único verdadeiramente originário, não pode reclamar-se do soberano senão pela presunção de que se falou. Não é caso para espantar, pois, que a nação ou o povo soberano não possam, de facto, exprimir-se senão pela intermediação de indivíduos que agem em seu nome”⁴. A constituição escrita é mera declaração da vontade constituinte que desencadeou a revolução. “O povo soberano é um Deus que se invoca, mas que não age; é uma explicação, não um fermento de acção”⁵.

Deve reconhecer-se, inquestionavelmente, a importância desta desmistificação da “hipocrisia burguesa” que temos vindo a apresentar. A nação não é uma unidade indivisa; é, ao invés disso, uma pluralidade de forças sociais com valores, interesses e projectos divergentes, se não mesmo antagónicos. Por isso, nenhuma delas falará autenticamente em nome de todas as outras. Mas, se isso é assim, não é menos verdade que, nos momentos decisivos da evolução de um povo (ou da humanidade),

¹ Idem, *Traité de Science Politique*, T. III, ed. cit., 217.

² Idem *ibidem*, 218.

³ Idem, *Traité de Science Politique*, T. I, ed. cit., 109.

⁴ Idem, *Traité de Science Politique*, T. III, ed. cit., 218, nota.

⁵ *Ibidem*, 221.

podem observar-se convergências estratégicas entre o todo e a parte que emerge como força dominante. Ninguém duvida de que, mau grado a referida "hipocrisia", a burguesia revolucionária protagonizou realmente um processo de emancipação universal. Não só elaborou um discurso de autolegitimação, que se tornou recorrente e incontornável, como positivou irreversivelmente, em colisão com os seus próprios interesses de classe, os direitos humanos trazidos à consciência pela teoria do pacto social. Digamos que pela parcialidade da sua intenção passou algo de uma intenção universal, exactamente no sentido que Hegel postula ao vislumbrar a realização parcial do espírito do mundo (*Weltgeist*) na particularidade histórica do espírito do povo (*Volksgeist*).

Poderíamos ainda, usando outras referências, dizer que na ideia de direito (ideológica) de uma força política triunfante vai parcialmente representada a intenção axiológica do direito, a ideia de direito conforme ela é entendida por Castanheira Neves ("Burdeau ... acaba por confundir a Ideia de Direito com uma ideologia"¹). O que se pretende afirmar é que não é insequente a atribuição do poder constituinte ao povo (signo que tem como referente a classe economicamente dependente, a classe expropriada no sentido de Marx). Todas as forças pretendem actuar em representação do povo e, ainda que o não representem de facto, não podem actuar, com pretensão de legitimidade, senão em seu nome. "Esta é a razão da debilidade político-constitucional de todas as posições que entendam impedir ou limitar o recurso ao povo: isso é difícil porque hoje, na ideologia absolutamente dominante, não existe autoridade mais alta"². Neste quadro, a força que toma a iniciativa da ruptura constitucional, fá-lo auto-assumindo uma representação provisória do povo soberano; a seguir, pede ao povo que eleja os seus representantes legítimos para que exerçam o poder constituinte que originariamente lhe pertence (ou que plebiscite ele próprio, directamente, a nova constituição). Do que aquela força não abdica, ainda que estrategicamente oculte as suas intenções, é de pré-constituir, segundo as suas conveniências e possibilidades, o próprio povo ao qual, pela cultura constitucional já adquirida, se reconhece o poder constituinte originário. Por isso, se poderia falar de um poder pré-constituinte, não no sentido temporal, isto é, no sentido de um poder que actua no intervalo de duas constituições, mas num sentido efectivamente político, isto é, no sentido de um poder que, de uma forma ou doutra, será determinante

¹ A. CASTANHEIRA NEVES, *A revolução e o direito*, Coimbra, 1976, 206. A Ideia de Direito é, no pensamento deste jurista, uma predisposição humana – axiológico-transcendental – para a realização do justo.

² GIUSEPPE UGO RESCIGNO, "La discussione nella Assemblea costituente del 1946 intorno ai suoi poteri, ovvero del potere costituente, delle assemblee costituenti, dei processi costituenti", *Diritto Pubblico*, Anno II, n. 1, Gennaio-Aprile, 1996, 32.

para a configuração sociológica do poder constituinte. O poder constituinte político (o sujeito que toma a iniciativa da ruptura e que actua, portanto, à margem da lei constitucional) determinará a constituição do poder constituinte jurídico (o sujeito encarregado de elaborar a nova constituição ao qual se atribui e reconhece legitimidade processual).

2.6. Poder constituinte e revolução. Fenomenologia do processo constituinte

As revoluções são, como decorre do exposto, síndromas da manifestação do poder constituinte originário. Há, pois, uma ligação intrínseca, diríamos mesmo fisiológica, entre o fenómeno constituinte e o fenómeno revolucionário¹. Nesse sentido vai a nossa experiência histórica. E o que ela nos diz é que as rupturas constitucionais só ocorrem – melhor, só excepcionalmente não ocorrem – no contexto de revoluções. Mas o acto inconstitucional da ruptura com a constituição em vigor não é um evento absolutamente desregulado, sem balizas de validade. “A revolução não o triunfo da violência; é o triunfo de um Direito diferente ou de um diverso fundamento de validade do sistema jurídico positivo do Estado. Não é antijurídica; é apenas anticonstitucional por oposição à anterior Constituição – não em face da Constituição *in fieri* que, com ela, vai irromper”². O poder revolucionário entra na categoria das fontes de produção do direito fundamental. “Processo constituinte é, portanto, criação de direito constitucional”¹. E é por isso que, conforme observa Burdeau, as revoluções são elas próprias factos jurídicos. “A revolução no plano histórico aparece, sem dúvida, como um fenómeno de força, mas,

¹Como diz CARL FRIEDRICH: “O poder constituinte guarda uma íntima relação com o revolucionário (...) Cada vez que o grupo constituinte entra em acção desencadeia-se uma revolução ou, pelo menos, uma rebelião (*Gobierno constitucional y democracia. Teoría y práctica en Europa y América*, ed. cit., I, 276). A revolução, enquanto manifestação do poder constituinte, é, conforme lemos em F. LUCAS PIRES, “o «ovo» da constituição, na acepção de que aquela já contém o princípio ou a potência da ordem que nesta última se irá imprimir” (*Teoria da Constituição de 1976, a transição dualista*, Dissertação de Doutoramento em Ciências Jurídico-Políticas na Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra, 1988139).

² JORGE MIRANDA, *Manual de Direito Constitucional*, Tomo II, Coimbra Editora, Coimbra, 2000, 83-84.

¹ KLAUS STERN, *Derecho del Estado de la Republica Federal Alemana*, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1987, 314 (a frase no original está escrita a negrito).

vista sob o ângulo jurídico, ela é um esforço do direito para penetrar na vida social”¹. Não se trata de uma ruptura do direito, mas da tentativa de mudar uma ideia de direito, supostamente em decadência, por outra supostamente em fase de ascensão. O desfecho da revolução mostrará qual das duas ideias de direito é mais forte. O eventual fracasso do movimento revolucionário confirmaria a validade da constituição em vigor. Nesse caso, a autoridade instituída veria reforçado o seu fundamento de legitimidade.

Assim, e ao contrário do que pensam os positivistas, a revolução não é uma simples desordem: ela distingue-se de uma agressão qualquer à ordem pública pelo seu carácter organizado e intencional. Ela não se processa num vácuo jurídico: "Já não há talvez regras constitucionais, mas há certamente direito e, ao mesmo tempo, uma forte consciência jurídica"². O direito que prevalece e regula o processo revolucionário é mesmo um critério de legitimação desse processo. "A revolução, se verdadeiramente o for – e não apenas agitação epiléptica... –, é uma ideia, um sistema que tenta encarnar – «a inserção da ideia na experiência histórica» –, e não se dispensará por isso, até como condição de êxito da sua tentativa, de uma ordem e mesmo de um ordenamento próprios, embora decerto ambos com uma particular indeterminação e submetidos à aceleração que nunca deixará de lhes impor a sua dialéctica constitutiva em que antecipa um futuro"³.

De resto, a violência não é uma característica essencial do facto revolucionário. Se as novas forças políticas conseguirem, através dos mecanismos formais de revisão (ou outros expedientes procedimentais), e, portanto, sem violência, mudar os princípios políticos fundamentais do regime, introduzir nova fórmula política (Mosca, Verdú), então surge um novo poder constituinte originário. Desde que se mude a forma de Estado, há uma revolução (Esmein), mais precisamente, uma revolução em sentido técnico (Barile), uma revolução legal (Bonnard), uma revolução *sui generis* (Stern). Como diz Alessandro Pace: “o *iter* procedimental para a instauração da nova ordem, se se exclui a instauração violenta, desenvolve-se sempre na legalidade aparente (quanto mais não seja para facilitar a legitimação do novo). Isso, no entanto, não consegue esconder a efectiva substância da nova situação criada...”⁴. No fundo, o que se pretende dizer é que a revolução não tem que passar necessariamente pela guerra civil.

¹ GEORGES BURDEAU, *Traité de Science Politique*, T. III, ed. cit., 544. Daí a necessidade do seu estudo na área científica do Direito: “...este estudo é necessário para o jurista, porque a revolução não pode ser, aos seus olhos, um simples facto. Ela é o ponto de partida do ordenamento jurídico” (idem, *ibidem*, 523).

² Idem, *ibidem*, 544.

³ CASTANHEIRA NEVES, *A Revolução e o direito*, ed. cit., 13.

⁴ ALESSANDRO PACE, “La instauración de una nueva constitución. Perfiles de teoría constitucional”, loc. cit., 12.

Quando esta acontece é porque, como nota Burdeau, a revolução foi mal preparada: não terá sido suficientemente precedida de uma “preparação psicológica” – melhor dito, ideológica – que fizesse dela um processo quase natural¹. A essência da revolução está na mudança constitucional que, por ela, visam aqueles que a desencadearam.

Vimos já que as forças revolucionárias não podem hoje, sem mais, formalizar o seu projecto de sociedade, a sua ideia de direito, a sua representação da ordem social ideal. O constitucionalismo moderno, rejeitando as legitimações transcendentais do poder, assentou a génese do Estado na ideia de um pacto participado por todos os cidadãos. E uma vez interiorizada pela comunidade esta forma de justificação do poder político – Habermas vê na sucessão histórica dos níveis de justificação a mesma necessidade que as aprendizagens ontogenéticas² –, qualquer novo poder, que pretenda estabelecer uma nova ordem jurídica, tem que, inevitavelmente, fazer passar o seu projecto de sociedade através da vontade constituinte do povo. "Mesmo sustentando-se que o povo é uma ficção, já que ele se articula em vários grupos e alguns deles são grupos dominantes que, embora sendo minoritários, conseguem pelo seu poder económico, cultural, religioso e semelhantes, construir um bloco dominante, no plano constitucional, mesmo admitindo tudo isto, para vencer é necessário que todos os cidadãos maiores, homens e mulheres, se pronunciem em livres competições eleitorais, e vence a maioria. Esta é hoje a regra constitucional suprema"³.

As forças que tomaram a decisão de iniciar um processo destinado a mudar o ordenamento em vigor, declarando suspenso o título de legitimidade do poder fundado na constituição, têm, pois, que convocar a nação para que a sua ordem apareça não como ordem de facto, mas como ordem legítima, isto é, válida juridicamente. É a este tipo de situações que Luhmann se refere quando fala em legitimação através do processo⁴.

Mas seria simplificar demasiado (mais rigorosamente: seria mesmo falsificar) o problema do fenómeno constituinte se pensássemos que as forças de ruptura surgem no horizonte constituinte apenas para destruir uma ordem jurídica "injusta" e para devolver em seguida o poder constituinte à nação, uma nação supostamente homogénea e livre, a qual, impossibilitada de exercer esse poder directamente, o delegaria, por sua vez, num órgão que, por emanar dela, a representaria com total auto-determinação. Igual

¹ *Traité de Science Politique*, T. III, ed. cit., 537.

² JÜRGEN HABERMAS, *La reconstrucción del materialismo histórico*, Taurus, Madrid, 1981, 251.

³ GIUSEPPE UGO RESCIGNO, “La discussione nella Assemblea costituente del 1946 intorno ai suoi poteri, ovvero del potere costituente, delle assemblee costituenti, dei processi costituenti”, loc. cit., 33.

⁴ NIKLAS LUHMANN, *Legitimation durch Verfahren*, Luchterhand, Darmstadt, 1975.

falácia simplificadora, de sentido contrário, seria conceber esse órgão à imagem das forças que desencadearam o processo constituinte, o que implicaria admitir que a constituição a aprovar viesse a ser uma simples reprodução do programa político dessas forças.

O facto é que, da nação real, fazem parte não só as forças de ruptura (que, aliás, não convergem em tudo: estarão de acordo sobre aquilo que é necessário destruir, porém já não necessariamente sobre o modelo da nova ordem a construir), mas igualmente as forças vencidas e outras ainda que, embora podendo beneficiar objectivamente das transformações económicas e sociais em perspectiva, estão contudo de tal forma imbuídas da ideologia até então dominante que, em prejuízo do seu próprio interesse, reforçam a resistência à mudança. A constituição será o resultado possível de todas estas contradições. Só partindo desta realidade complexa se poderá captar o fenómeno constituinte na sua globalidade, isto é, captar a importância das questões processuais, dos conflitos de legitimidade (dinástica, democrática e revolucionária) e aceitar a insubordinação como meio ambiente natural onde se desenvolve o fenómeno constituinte.

As novas forças que assumem o poder em nome do povo vêm-se, pois, inexoravelmente, perante o seguinte problema: necessidade, por um lado, de dar forma jurídica aos seus princípios políticos e necessidade, por outro, de fazer passar o seu projecto (a nova ideia de direito) pelo crivo da vontade constituinte da nação. Assim, as forças inovadoras, detentoras imediatas (e naturais) do poder constituinte formal (poder de escolher o processo de elaboração da constituição) vão envidar todos os seus esforços no sentido de criar os mecanismos mais seguros, de delinear o tipo e composição do órgão que, detentor do poder constituinte material (poder de dar forma constitucional a um certo conteúdo), seja mais adequado à consagração normativa dos seus programas e ideologias – na terminologia de Vincenzo Guelli: à transformação do princípio político em princípio constitucional¹.

Este órgão se, por um lado, como afirma Duverger, não surge de geração espontânea (a sua criação depende da filosofia revolucionária)², por outro, é já um poder constituinte instituído porque "(...) a participação do soberano – a nação – dependerá das condições e processos fixados para o estabelecimento da constituição". O "povo" irá,

¹ VICENZO GUELLI, *O Regime político*, Arménio Amado Editor, Coimbra, 1951, *passim*.

² MAURICE DUVERGER, "Contribution à l'étude de la légitimité des gouvernements de fait" *Revue du Droit Public et de la Science Politique en France et à l'étranger*, T. soixante, 1945, 78.

pois, participar de acordo com regras prefixadas e o mesmo é dizer que o povo aparecerá “já formado”. O poder constituinte *passivo* será, assim, pré-constituído pelo poder constituinte *activo*. A fixação das regras, através das quais se vai manifestar a sua vontade constituinte (a predisposição da lei eleitoral) será determinante para o conteúdo da constituição. "Se, relativamente ao sistema electivo, dirigido à formação dos órgãos legislativos ordinários, se pode dizer que, toda a lei eleitoral é uma constituição, ou, dito de outro modo, que uma lei eleitoral bem feita pode evitar uma revolução, por maioria de razão os conceitos expressos pelas máximas citadas aparecem como verdadeiros quando se trata da escolha dos mecanismos através dos quais deve sair a vontade constituinte dos povos"¹.

Com efeito, a determinação do colégio eleitoral – quem vota (sufrágio universal ou restrito); como vota (sufrágio indirecto ou directo, voto plural ou múltiplo); para que vota (escolha do órgão representativo ou votação do projecto da constituição) –, a escolha do sistema eleitoral, o local de funcionamento do órgão, a data das eleições, etc., tudo isso, sendo da competência do governo provisório, tem iniludível e decisiva repercussão no produto final do processo constituinte. É no conflito pela escolha da lei eleitoral que se encontram as diversas concepções políticas que tendem a fazer-se valer na constituinte e é normalmente aqui que, após a vitória revolucionária, se vão iniciar as disputas entre as forças em presença.

Do exposto se depreende, pois, que, bem mais importante de que a questão da titularidade do poder constituinte, consensualmente atribuída ao povo, é o modo concreto do seu exercício. A delimitação dos mecanismos através dos quais se vai manifestar a vontade constituinte da nação, isto é, a engenharia do procedimento constituinte, é determinante para o conteúdo da constituição, o que explica a grande variedade histórica das manifestações constituintes da nação. “Em resumo, o procedimento influencia a

¹ C. MORTATI, *Studi sul potere costituente e sulla riforma costituzionale dello Stato*, ed. cit., 136. Ninguém é mais transparente do que LENINE a este propósito: "O nosso «programa mínimo», o programa da nossa unificação, é simples e claro: 1. Confiscação de toda a terra aos terratenentes; 2. República. Para isso necessitamos de uma assembleia constituinte que *seja capaz* de consegui-lo" (citado por MANUEL FOYACA DE LA CONCHA, "Lenin y la Asamblea constituyente", *Revista de Estudios Políticos*, 4, 1978, 102). "A palavra de ordem «Assembleia Constituinte» como palavra de ordem independente é errónea porque todo o problema está *agora* em saber quem a convoca. Os liberais aceitaram em 1905 esta palavra de ordem, porque era possível interpretá-la no sentido de que a constituinte deveria ser convocada pelo czar e que ela deveria colaborar com ele. Mais acertado do que tudo são as «três colunas» (república democrática, confiscação da terra aos grandes proprietários e jornada laboral de oito horas), junto com a chamada solidariedade internacional dos trabalhadores na luta pelo socialismo, pela derrocada revolucionária dos governos beligerantes e contra a guerra" (citado *ibidem*, 103).

transformação, a expressão, a agregação das preferências de uma maneira que pode pesar fortemente sobre o resultado final”¹.

A doutrina mais recente, para compreender a complexidade das questões colocadas pela problemática do poder constituinte (sujeito, natureza jurídica, limites) vem demonstrando um interesse teórico crescente sobre o conceito de processo constituinte, conceito normalmente subalternizado perante a centralidade hegemónica dos conceitos de poder constituinte e de assembleia constituinte. Afirma J. Elster, em registo de lamentação, que “o estudo comparado da elaboração constitucional é praticamente inexistente”². O que não significa tratar de questões cientificamente secundárias. Disso nos adverte Bruce Ackerman quando constata que “uma comparação sistemática de exercícios recentes evolutivos e revolucionários de constitucionalismo deveria figurar em situação de prioridade na agenda de investigações futuras”³. Na opinião de Rescigno, trata-se de dar voz no direito ao *processo constituinte*, o que significa contrapor ao sentido *descritivo* da perspectiva histórica o sentido *prescritivo* – avaliação da legitimidade – da perspectiva jurídica⁴.

Tem-se, de facto, chegado à conclusão de que a configuração política do poder constituinte não é constante ao longo de todo o processo e que, por conseguinte, não se capta devidamente a sua imagem quando a focagem do investigador se dirige apenas para os dois pólos temporais do processo constituinte, o momento da ruptura revolucionária e o momento da formalização da nova ordem constitucional. “O poder constituinte é uma noção juridicamente fugidia: a única coisa *certa* que se pode dizer *juridicamente* é que, se existe uma constituição escrita vital e vivente, alguém oficialmente a aprovou (ou: se se quer uma constituição escrita, alguém deve oficialmente aprová-la): neste sentido circunscrito, o poder constituinte é a assembleia que aprova definitivamente o texto da constituição, ou o corpo eleitoral que aprova o texto a ele proposto; no entanto, caso se ponha no centro da indagação o processo constituinte (...) então o poder constituinte vai procurado nos acontecimentos, e pode

¹ JON ELSTER, “Argumenter et négocier dans deux assemblées constituantes” *Revue Française de Science Politique*, nº 2, vol. 44, 1994, 206

² “Argumenter et négocier dans deux assemblées constituantes”, loc. cit., 188.

³ BRUCE ACKERMAN, *El futuro da revolución liberal*, Ariel, Barcelona, 1995, 54, nota.

⁴ “Parece-me, em suma, que a minha tese, se tem alguma originalidade, consiste em distinguir entre processo constituinte em sentido descritivo e processo constituinte em sentido prescrito no que se refere a dar autonomia à voz do *Processo constituinte* (em sentido prescrito) e pôr como prioritária a análise e avaliação jurídica disso, antes ainda de examinar o poder constituinte...” (GIUSEPPE UGO RESCIGNO, “La discussione nella Assemblée costituente del 1946 intorno ai suoi poteri, ovvero del potere costituente, delle assemblee costituenti, dei processi costituenti”, loc. cit., 24, nota 18).

resultar muito complexo e variável dentro do processo (o poder constituinte pode resultar, por exemplo, constituído por relações entre vários centros de poder; alguns deles podem cessar no curso do processo, e outros entrar em campo)”¹.

Dentro desta linha e levando mais longe uma investigação já esboçada por outros autores franceses sobre as diferentes manifestações do poder constituinte ao longo da transição constitucional revolucionária², Olivier Beaud acaba por nos oferecer uma chave de interpretação do fenómeno a partir da análise das decisões constitucionais que se produzem desde o início do processo constituinte até ao seu termo, isto é, até à altura em que uma nova constituição entra em vigor. Segundo ele, essas decisões dividem-se em dois grupos: as *decisões pré-constituintes*, que exprimem a vontade política de estabelecer uma nova legalidade constitucional e antecipam as regras do jogo do futuro procedimento constituinte; e as *decisões constituintes* que normalizam a fase da elaboração da lei constitucional, observando o figurino do procedimento legislativo ordinário: iniciativa, discussão, adopção, ratificação e promulgação. Esta divisão obriga a fazer duas distinções paralelas: a distinguir, por um lado, entre procedimento pré-constituinte e procedimento constituinte; e, por outro, entre direito pré-constitucional e direito constitucional propriamente dito.

A referência ao direito pré-constitucional serve a Olivier Beaud para postular a existência de um quadro jurídico que coloca e mantém a acção do poder constituinte na esfera do direito. “Não há vazio jurídico, contrariamente ao que poderia fazer pensar a expressão metafórica de poder constituinte originário”³. A descontinuidade constitucional, criada pela revolução, é compensada por um direito pre-constitucional formado por decisões pré-constituintes, predominantemente de carácter processual, e por “princípios imanentes à matéria constitucional e à vida do Estado”. A esse conjunto de disposições normativas, escritas ou simplesmente pressupostas, que vigoram no interregno das constituições, Hauriou chama-lhe pré-constituição.

As dicotomias assinaladas vão ter reflexos na identidade do actor constituinte que, como já se disse, não é exactamente o mesmo em cada uma das fases do processo constituinte. “As autoridades que tomam decisões pré-constituintes são instâncias *pré-constituintes* e as autoridades competentes e habilitadas pelas decisões pré-constituintes

¹ Idem, *ibidem*, 41.

² Nomeadamente GUY HÉRAUD (*Le Pouvoir Originnaire*, ed. cit., 323 e ss.), o qual distingue entre o poder constituinte implícito, obra do governo provisório, e o poder constituinte explícito, obra da autoridade instituída pelo primeiro poder originário.

³ *La Puissance de L'État*, ed. cit., 264.

são *instâncias constituintes*. A natureza jurídica destas últimas depende do poder de que elas dispõem relativamente à edição da constituição: a instância constituinte que ratifica a constituição (a sanção constituinte), isto é, a instância constituinte que é soberana, é o *poder constituinte propriamente dito*¹.

No que concerne às decisões pré-constituintes, O. Beaud destaca duas. Em primeiro lugar, a decisão pela qual o sujeito que aboliu a constituição em vigor manifesta a sua intenção de a fazer substituir por outra. O processo constituinte começa com a declaração dessa intenção e não imediatamente com o simples facto da abolição, porque a força política que desencadeou a ruptura poderia visar tão-somente a suspensão da constituição para impor um regime de ditadura sem fundamento constitucional. Tomada a primeira decisão, é necessário prosseguir com uma segunda – a *decisão atributiva do poder constituinte* – que determine de que modo e por quem irá ser feita e aprovada a nova constituição. “Esta decisão deve, pois, organizar o procedimento constituinte e, conforme os casos, fixar limites ao poder constituinte”². Trata-se, pode bem dizer-se, da constituição do poder constituinte.

2.7. Ilustração do processo constituinte. Excurso pela história constitucional portuguesa

Uma breve retrospectiva pela história constitucional portuguesa – a história, observa Sanches Agesta, é inseparável do facto constitucional³ – fornecer-nos-á comprovações à saciedade do ponto de vista que temos estado a expor – e que sinopticamente lembraremos: as forças que, no momento constituinte, auto-assumem o poder tentarão obter uma composição favorável do órgão constituinte, de tal modo que este seja o canal por onde possa passar o seu projecto de sociedade; a definição da lei eleitoral é a primeira grande prova por que passa a revolução; assiste-se a uma primeira

¹ Ibidem, 266.

² Ibidem, 271.

³ “E esta pesquisa só é possível recapitulando as ideias que parecem flutuar num ambiente histórico e os factos em que mais ou menos rudimentarmente se manifestam” (SANCHES AGESTA, *Sistema político de la constitución española de 1978*, Editora Nacional, Madrid, 1981, 23). Também FIORAVANTI apresenta posição semelhante: “torna-se, de súbito, claro que a resposta para problemas deste género não pode continuar a ser a positivista e estatalista de há um século, mas deve colocar-se no terreno de uma doutrina e de uma cultura da constituição que é destinada a desafiar (provocar) os juristas, no sentido que os impele a reabrir completamente o diálogo com a história constitucional e com as ciências políticas e sociais” (“Quale futuro per la «costituzione»?”, loc. cit, 624).

arrumação de forças e anunciam-se já as clivagens que irão rebentar no decurso do procedimento constituinte¹.

Começemos pela revolução de 1820. Por Portaria de 6 de Outubro, o Governo solicita às corporações científicas e aos homens de letras a cooperação, através de trabalhos, com a Junta Preparatória das Cortes na preparação da lei eleitoral. O parecer da Academia Real das Ciências foi no sentido da convocação das Cortes por ordens. Segundo José de Arriaga, diferente foi a posição de "muitos cidadãos respeitáveis e homens de ciência" que se pronunciaram por "uma eleição ampla e libérrima"².

Reunida a Junta Preparatória das Cortes, transpõem-se para o seu interior as divergências que reflectem as várias posições de classe quanto ao modo de convocação (e ao local de reunião) das Cortes. Enquanto os elementos mais retrógrados, encabeçados por Trigoso, propugnam a convocação das antigas Cortes, os elementos moderados, rejeitando o sistema tradicional, propõem eleições indirectas (dois ou três graus), ao passo que outros, mais radicais, defendem um sistema mais livre ou de eleições directas. Antecipando-se a uma potencial decisão irreversível, as classes médias (comerciantes, industriais e artífices), por iniciativa do juiz do povo e do seu escrivão, reúnem de emergência a Casa dos Vinte e Quatro e enviam à Junta uma representação que exprime o "voto da nação": "Requeriam que fosse levado ao conhecimento da sábia e digna Junta Preparatória das Cortes em como a opinião e o voto dos sobreditos grémios e povo era de que os membros para representarem em cortes fossem escolhidos da massa geral da nação, seguindo-se para obter este fim a mesma forma determinada na digna constituição espanhola, e alterando-se tão somente naquela parte que diz respeito à diferença de população, pois que esta é a seguida opinião dos sábios e honrados amantes do justo, corroborada com a experiência dos bons resultados na mesma Espanha, devendo ser desprezada toda a ideia de uma convocação de cortes da maneira antigamente praticada, do que só resultaria a inutilidade das honrosas fadigas gloriosamente sofridas para se conseguir uma livre constituição adaptada às puras ideias do tempo e às nossas necessidades, e que todos os deputados rogavam à mui digna Junta tomasse muito em séria consideração o presente voto, como representativo de um muito considerável

¹ Embora com outros objectivos teóricos e com outra dimensão, JORDI SOLÉ TURA e ELISEU AJA realizaram um excuro semelhante ao nosso, percorrendo a história constitucional espanhola, numa obra que nos permite verificar o forte paralelismo entre os processos constituintes dos dois países ibéricos [cf. *Constituciones y períodos constituyentes en España (1808-1936)*, Siglo XXI de España Editores, Madrid, 1983].

² JOSÉ de ARRIAGA, *História da Revolução Portuguesa de 1820*, Porto, 1887, vol. 2, 194.

número de cidadãos empregados nos grémios e um povo de uma capital amante do soberano e da pátria...."¹.

Solicita-se, simultaneamente, o apoio do exército para esta pretensão o que leva os oficiais militares a enviarem no dia seguinte (26 de Outubro) um ofício à Junta onde se demonstra que estão imbuídos dos mesmos ideais das classes médias: "Os corpos militares da guarnição de Lisboa, cientes pela certidão junta, que o povo desta capital já fez conhecer à junta provisional preparatória das Cortes que desejava que o nosso primeiro congresso nacional fosse convocado como determina a constituição espanhola, unidos ao voto geral da nação, respeitosamente pedem à mesma sábia junta pelo órgãos dos oficiais abaixo assinados que tome o voto expressado na representação do povo como o seu próprio, pois acham que *o sobredito método de convocação é o único que nos pode conduzir à posse de uma constituição liberal*"² (sublinhado nosso).

A 10 de Novembro é publicada a lei eleitoral. Sobre ela afirma José de Arriaga: "Além das grandes deficiências, como, por exemplo, não designar quem são os cidadãos portugueses, essa lei tem em vista centralizar o mais possível o serviço eleitoral e colocá-lo sob a acção e vigilância da autoridade. Adopta-se a eleição em dois graus ou indirecta (...) e além disso rejeita-se a eleição por paróquia e estabelecem-se somente as da câmara cabeça de distrito e as da câmara cabeça de comarca. O juiz de fora como presidente e a câmara é que constituíam a mesa eleitoral nas eleições dos eleitores. Na dos deputados presidia o corregedor ou juiz de fora das respectivas comarcas, excepto Lisboa e Porto. As eleições não eram feitas segundo a população reino e a distribuição do número dos eleitores e dos deputados era completamente arbitrária! O escrutínio e o voto não eram secretos"³.

Reagindo a esta atitude do Governo Provisório, o juiz do povo recorre ao comandante em chefe do exército para que "reunido o exército, faça proclamar a constituição espanhola, se adapte e aproprie aos usos e costumes e terreno de Portugal, sem que se lhe alterem o seu essencial e as ideias liberais que ela contém"⁴. Gaspar Teixeira responde convidando o juiz do povo e o seu secretário a apresentarem-se no paço para travar a publicação da lei e proclamar o modelo de Cádiz – eis o episódio da *Martinhada* (11 de Novembro, dia de S. Martinho). A nova lei eleitoral vem a ser publicada a 20 de Novembro.

¹ Idem, ibidem, 199.

² Idem, ibidem, 200.

³ Idem, ibidem, 205.

⁴ Idem, ibidem, 209.

Permanece, como se sabe, uma certa nebulosidade sobre o pronunciamento da *Martinhada*¹. No entanto, uma coisa é indiscutível: o rastilho foi ateado pela questão eleitoral, tenha ele sido fomentado pelas classes médias e pelo exército radical e habilmente aproveitado pelos militares conservadores para eliminarem os membros mais progressistas do Governo Provisório, particularmente Fernandes Tomás, ou fomentado pela facção militar conservadora que, com o propósito oculto de demitir os elementos progressistas do Governo Provisório, terá sido obrigada, para assegurar o sucesso do movimento, a captar as simpatias dos oficiais subalternos e das classes médias, fazendo suas as pretensões alheias (proclamação imediata da constituição de Cádiz). Quer numa, quer noutra interpretação, o facto é que a adesão das classes médias civis e militares só foi possível porque estas queriam uma lei eleitoral mais democrática ou mesmo a Constituição de Cádiz para servir de fundamento às reformas a efectuar. E a confirmá-lo está a saída, oito dias após a rebelião, dos quatro membros impostos pelos conservadores, a readmissão dos membros depostos e a publicação a 20 de Novembro da lei eleitoral de acordo com o processo previsto na constituição de Cádiz.

Também na revolução de Setembro de 1836², incidentes graves se vão produzir em volta da lei eleitoral. Vitoriosa a revolução, a rainha, atendendo às "representações feitas por grande número de cidadãos" e a "outras claras demonstrações da opinião nacional", declara em vigor a Constituição de 1822 e manda que "imediatamente se proceda na forma dela à reunião das cortes gerais da nação portuguesa e cujos deputados, além das faculdades ordinárias, *se outorguem os poderes precisos para realizarem na mesma constituição as modificações que as mencionadas cortes entenderem convenientes*". A 8 de Outubro, é publicada a lei eleitoral que, segundo José de Arriaga, "é ainda mais livre e tolerante do que a de 22"³.

A reacção ao setembrismo que, ora mais latente, ora mais patente, se manifestou desde o início da revolução, pois, como observa Joel Serrão, "nem a corte portuguesa, nem os governos belga e francês poderiam ter visto com bons olhos tal guinada para a esquerda, que reduzia a quase nada o papel do soberano e se apoiava num

¹ Cf. ISABEL NOBRE VARGUES, I., *A aprendizagem da Cidadania em Portugal (1820-1823)*, Livraria Minerva Editora, Coimbra, 1997.

² Não fazemos referência à Carta Constitucional de 1826 (a constituição portuguesa com o mais longo período de vigência), uma vez que foi uma constituição outorgada, assente no princípio monárquico e não no princípio democrático como acontece nos processos constituintes de gestação revolucionária.

³ JOSÉ de ARRIAGA, *História da Revolução de Setembro*, Companhia Nacional Editora, Lisboa, Tomo III, 88.

movimento de massas dirigido pelos clubes e concretizado nos batalhões populares"¹, vem a culminar no golpe de Estado da *Belenzada*, cujo desfecho vai ser determinante para o conteúdo da constituição.

Este golpe contra-revolucionário, promovido pela rainha apoiada pelas potências estrangeiras (Bélgica, Inglaterra e França) e pelos cartistas, não tendo atingido embora o seu objectivo último – a restauração da Carta e a consequente liquidação total da revolução de Setembro – devido à decidida intervenção das massas populares e da guarda nacional, saldou-se num compromisso de Passos Manuel com o Paço, que vai ser determinante para o conteúdo da constituição. Passos Manuel ter-se-á comprometido a inserir na constituição o direito de dissolução, o veto absoluto e as duas câmaras. Para a concretização deste pacto – o convénio de Belém – o governo publica o decreto da procuração dos povos de 6 de Novembro, que é apenso à lei eleitoral. Este decreto, “filho do golpe de Estado de Belém”, “lavrado quase no meio do ruído das armas estrangeiras e das tropas sublevadas em Belém...”², estabelece “que os cidadãos que formam aquela assembleia outorguem aos deputados...poderes especiais para fazerem na constituição do ano de 1822 e na Carta constitucional de 1826 as alterações que julgarem necessárias a fim de estabelecer uma lei fundamental que assegure a liberdade legal da nação, *as prerrogativas do trono constitucional e que esteja em harmonia com as monarquias constitucionais da Europa*”³.

Este decreto, fazendo ressuscitar a Carta que a revolução tinha abolido, deturpa-lhe o espírito: a constituição a fazer não seria a da revolução democrática de Setembro. "Dita-se aos povos o sentido em que eles devem eleger os seus representantes ou os membros do confesso soberano", que não poderão elaborar livremente uma constituição democrática.

Intimamente relacionado com o golpe e alterando novamente a lei eleitoral, está ainda o decreto de 10 de Novembro – decreto da elegibilidade dos ministros – que permite que os ministros e conselheiros da coroa se tornem elegíveis. Passos Manuel é acusado de "ambicioso do lugar de deputado e de querer intervir nas eleições para obter para si grande número de votos"⁴, isto no intuito de poder cumprir as suas promessas com o Paço.

¹ JOEL SERRÃO, “Belenzada”, *Dicionário de História de Portugal*, I, Iniciativas Editoriais, Lisboa, 1971, 325.

² JOSÉ de ARRIAGA, *História da Revolução de Setembro*, loc. cit., 215.

³ Idem, *ibidem*, 90 (sublinhado por J. de ARRIAGA).

⁴ Idem, *ibidem*, 98.

Vemos, pois, que, enquanto em 1820 uma lei eleitoral não desejada pelas classes promotoras da revolução cai pelo pronunciamento da *Martinhada*, levando a uma primeira depuração de forças e a predispor contra a revolução uma parte do leque das forças inicialmente unidas na ruptura, em 1836, uma lei eleitoral não desejada desta vez pelas forças vencidas é profundamente adulterada em prejuízo da intenção revolucionária pelo golpe da *Belenzada*, delineando já os contornos básicos de uma constituição que conciliará o princípio monárquico com o princípio democrático¹.

A tradição dos processos revolucionários é retomada pelo movimento republicano do início do século seguinte. Proclamada provisoriamente a República a 5 de Outubro de 1910, só em Março de 1911 – e isso, por um lado, por pressão das forças anti-republicanas, que desde Dezembro exigiam um regresso à legalidade constitucional, e, por outro, para "minorar o exacerbamento dos conflitos no partido e no país" – só em Março de 1911, dizíamos, é publicada a lei eleitoral. Na sua mensagem à Assembleia Nacional Constituinte, sessão do dia 21 de Junho de 1911, o Presidente do Conselho de Ministros, Teófilo Braga, justificava desta forma o motivo pelo qual os republicanos decidiram não proceder de imediato à eleição da assembleia constituinte: "Felizmente as lições da história esclarecem os fenómenos sociais; caiu a República de 1848 em França e a República de 1873 em Espanha, porque estavam ainda a postos, e na sua maioria material, os elementos conservadores que, em momento oportuno, e a breve intervalo, estrangularam as duas repúblicas. Era necessário que isto não pudesse suceder em Portugal. O Governo Provisório aproveitou a ditadura para cimentar a República criando as bases fundamentais com reformas orgânicas de que tanto carecia uma Nação que fora afastada pelos seus governos do convívio da civilização e que estava sendo amoldada ao espírito congregacionista, que dominava, pela sua influência na família dinástica todos os poderes públicos"².

O programa do partido republicano português postulava, desde as suas origens e (em oposição à monarquia) como dogmas fundamentais o sufrágio universal e os círculos uninominais. Essas promessas, no entanto, foram abertamente contrariadas pela lei eleitoral. Com efeito, apesar das campanhas promovidas pela república

¹ "As cortes, eleitas com poderes constituintes [e não apenas de revisão da constituição de 1822], por virtude da convocação feita pelo Decreto de 6 de Novembro de 1836, que alterou o de 11 de Setembro) prepararam, discutiram e votaram a constituição e depois submeteram-na à rainha, pedindo que a aceitasse. E esta «achando que ela deve ser promulgada como Lei Fundamental do Estado» (Lopes Praça) resolveu jurá-la. A aceitação e o juramento de D. Maria II não foram actos meramente formais como os de D. João VI em 1822, foram actos de decisão política, corresponderam a *sanção* em sentido próprio" (JORGE MIRANDA, *Manual de Direito Constitucional*, Tomo I, Coimbra Editora, 1997, 281).

² Assembleia Nacional Constituinte, acta da sessão do dia 21 de Junho de 1911.

destinadas a fomentar a adesão das massas ao regime, havia motivos de sobra para suspeitar da influência dos caciques e padres sobre as massas rurais. Para neutralizar esta influência, a lei eleitoral atribuiu o direito de voto apenas aos adultos alfabetizados – "tentativa de consciencializar politicamente o eleitorado, transferindo o poder predominantemente para as massas urbanas e afastando dele uma enorme massa de rurais (analfabetos), fáceis de constituir clientelas conservadoras"¹. O partido republicano adoptou, afinal, a "Ignóbil Porcaria", expressão pela qual, quando estava na oposição, designava a última lei eleitoral da monarquia.

A reacção das bases analfabetas é violenta, como constata Pulido Valente: "Os militantes analfabetos consideraram a lei eleitoral uma traição e, pior ainda, um insulto. Sampaio Bruno exprimiu bem os sentimentos gerais quando lembrou ao «idolatrado» António José que os dirigentes republicanos nunca se haviam preocupado com o certificado de instrução primária «dos que tinham ido morrer à rua de S. António e à Rotunda»"².

A inicial preferência dos revolucionários pelos círculos uninominais, na presunção de que esse seria o sistema que maior representatividade asseguraria ao processo eleitoral, correspondia, segundo Pulido Valente, a uma época ultrapassada na vida do partido republicano português – de pequeno partido que era torna-se dono das alavancas do poder central, alavancas que utiliza perante uma província agressiva, conservando, portanto, os círculos plurinominais e as listas colectivas. Isto "não só caiu como «uma bomba» nos conservadores das regiões rurais, mas provocou mais uma explosão de fúria na ala radical do partido. Sobretudo no Porto e em Coimbra, duas cidades onde não se temia a concorrência monárquica, a Lei Eleitoral foi considerada como um descarado abuso e nova prepotência do centralismo lisboeta"³.

Por outro lado, nos termos do artigo 39º do Decreto de 5 de Abril, nos círculos onde se apresentasse unicamente uma lista ao eleitorado, esta considerava-se automaticamente eleita, tornando assim desnecessária a votação. "Com todas as pressões a que os adversários potenciais tinham sido submetidos para os obrigar a desistir, o partido republicano português apareceu de facto sem oposição em cerca de quarenta dos sessenta e dois círculos existentes", afirma Pulido Valente, que considera que esta medida

¹ OLIVEIRA MARQUES, *História de Portugal*, II, Palas Editores, Lisboa, 1976, 257-258. A frase do autor refere-se à lei eleitoral de 1913, mas, sendo igual o carácter selectivo da lei (exclusão dos analfabetos), a observação é perfeitamente aplicável à lei que regulava as eleições para a constituinte.

² VASCO PULIDO VALENTE, *O poder e o povo: a revolução de 1910*, Publicações Dom Quixote, Lisboa, 1974, 168.

³ Idem, *ibidem*, 169.

se destinou a encobrir as previsíveis abstenções na província monárquica¹. Forjar-se-ia assim uma imagem de adesão maciça ao regime, uma aparência importante sobretudo para "impressionar" as potências estrangeiras que ainda hesitavam em reconhecer a República.

Mediante coacções, propaganda, ou artifícios da lei eleitoral, a verdade é que a oposição monárquica (ou outra) não chegou a ter expressão na Assembleia Constituinte. As eleições foram inteiramente dominadas pelo partido republicano, que escolhia centralmente os seus candidatos locais. “Apenas em poucos círculos surgiram uns quantos independentes, socialistas ou dissidentes a contestarem as candidaturas oficiais. A Assembleia Nacional Constituinte, saída das eleições, tinha um *facies* de classe média burguesa, com um grupo majoritário de oficiais do exército e da marinha, funcionários públicos civis, advogados e médicos. A sua principal função consistiu em discutir e aprovar uma constituição para o novo regime e em corroborar os actos ditatoriais do Governo Provisório que o haviam organizado e consolidado”². Não admira, portanto, que, reunida pela primeira vez em 19 de Junho, a Assembleia tenha conseguido aprovar a Constituição dois meses depois, mais propriamente em 21 de Agosto.

As vicissitudes do momento constituinte observam-se também na dolorosa gestação da Constituição de 1933. O longo período que medeia entre a revolução e a aprovação da Constituição é explicada pelo difícil compromisso entre aqueles para quem a Ditadura era "um expediente transitório destinado a permitir o saneamento administrativo e o reagrupamento dos partidos aos quais seria restituído o poder finda essa tarefa e os que defendiam uma profunda remodelação das instituições políticas (uma constituição diferente) e para quem a Ditadura era o período de concepção de um regime que pela sua estrutura evitasse os males daquele que havia sido necessário suprimir”³.

A revolução de 28 de Maio de 1926 fizera-se sem ideologia. O objectivo mobilizador resumia-se a pôr fim à anarquia política para a qual evoluíra o regime da Primeira República. “Muitos oficiais dirigentes defendiam uma república democrática e o regresso à «normalidade constitucional», que poderia implicar certas alterações na Constituição e certas expurgações de «maus» políticos, mas nada mais”⁴. Esta ausência de perspectiva ideológica poderia justificar a falta de pressa em substituir a Constituição

¹ Ibidem, 171.

² OLIVEIRA MARQUES, *História de Portugal*, II, ed. cit., 265.

³ MARCELO CAETANO, *Manual de Ciência Política e Direito Constitucional*, 5ª edição, Coimbra Editora, Lda, Lisboa, 1967, 452.

⁴ OLIVEIRA MARQUES, *História de Portugal*, II, ed. cit., 293.

de 1911, o que só viria a consumir-se em 1933. Mas não foi apenas isso. A verdade é que o evento de 28 de Maio, a que se chamou revolução, não passou, na intenção dos seus promotores, de um simples golpe militar, na sequência de tantos outros ocorridos durante o conturbado regime republicano. De resto, as motivações dos intervenientes eram díspares: havia os que pretendiam uma regeneração da República, introduzindo na Constituição de 1911 apenas um pendor mais presidencialista, e outros (sobretudo os adeptos do Integralismo Lusitano de António Sardinha) que, na onda antidemocrática que varia a Europa (Mussolini, Primo de Rivera, etc.) pretendiam uma nova constituição que consagrasse um regime assumidamente antiparlamentar. Seja como for, a Revolução saldou-se numa *ditadura militar* (depois chamada *Ditadura Nacional*) que suspendeu *de facto* a Constituição de 1911 (só revogada em 1933), dissolveu o Congresso da República e concentrou o poder no Governo que legislava mediante “decretos com força de lei”. Depois de alguma instabilidade política, foi eleito por sufrágio universal o novo Presidente da República em 25 de Março de 1928, facto “que correspondeu à ratificação plebiscitária da Revolução”¹, formando-se novo Governo. Foi então que Oliveira Salazar foi convidado para a pasta das finanças. A proficiência com que saneou as finanças públicas e estabilizou o valor do escudo (“milagre financeiro”) fez dele a figura preponderante e carismática da ditadura. Foi nomeado Presidente do Conselho de Ministros em 1932, cargo que só abandonou por causas naturais em 1968.

A ditadura tornou-se, só a partir de então, fortemente ideológica: antiliberal, anticomunista, nacionalista e corporativista. Caso para dizer com Manuel de Lucena que Salazar acabou por instaurar “um fascismo sem movimento fascista”². Ainda ministro das Finanças, em 30 de Julho de 1930, Salazar anunciou a criação da União Nacional, a única forma de associação política que seria autorizada, e expôs «os princípios fundamentais da revolução política», que deveriam servir de base à futura Constituição³.

¹ MARCELO CAETANO, *Manual de Ciência Política e Direito Constitucional*, ed. cit., 451.

² MANUEL DE LUCENA, *A evolução do sistema corporativo português, I, O Salazarismo*, Perspectivas & Realidades, Lisboa, 1976, 38.

³ O que para sempre, inevitavelmente, manchará o seu consulado será a criação e actuação altamente repressiva da polícia secreta (Polícia de Vigilância e Defesa do Estado – PVDE, que em 1945 passou a designar-se Polícia Internacional e de Defesa do Estado – PIDE). Este era o quadro ideológico-repressivo que reflectia os interesses das elites dominantes da sociedade portuguesa, pouco seguras no ambiente de desordem que se vivia nos últimos anos da República. “Atrás de Salazar, claro está, achavam-se poderosas forças: o capital e a banca, que desejavam pulso livre para se expandirem sem restrições, protegidos contra gravames de classe, movimentos grevistas e a contínua agitação social; a Igreja, proclamando vitória sobre o ateísmo republicano demoliberal e maçónico e explorando as chamadas aparições de Fátima que não tardaria a associar com a figura do futuro Presidente do Conselho; a maioria do exército, constantemente louvado pelo próprio Salazar, respeitado, conhecedor de nova disciplina e detentor de redobrados privilégios; os intelectuais das Direitas, com grande percentagem de professores

O próprio Salazar, auxiliado por um pequeno grupo de constitucionalistas, de que fazia parte Marcelo Caetano, assumirá a responsabilidade de converter os seus princípios ideológico-políticos num projecto de constituição. Elabora-se então uma lei eleitoral fortemente censitária e opta-se por submeter o projecto a um referendo constituinte ("não por confiança na soberania popular, mas para satisfazer a oposição"). Com a censura prévia, a violenta repressão sobre os opositores e a sistemática propaganda oficial coadjuvada com as prédicas influentes da igreja reaccionária, somando a isso o artifício da contagem das abstenções como votos a favor, era impossível evitar o triunfo do plebiscito. Consumada a aprovação, Salazar congratulava-se, afirmando que a Constituição tinha finalmente "«todos os sacramentos» – a consagração da razão e do interesse colectivo na nossa tese e na dos nossos inimigos o voto directo da Nação"¹.

Chegados finalmente à revolução de 1974, donde saiu a actual Constituição da República Portuguesa (CRP), constata-se de forma igual que as forças de ruptura vão forjar as condições mais favoráveis à formalização do seu projecto jurídico-político. Curiosamente, foi também uma revolução desencadeada, como a de 1926, por iniciativa de forças militares, mais concretamente, pelo auto-designado Movimento das Forças Armadas (MFA). A revolução foi militar (pelo menos na sua fase inicial), mas não foi violenta: o regime do Estado Novo estava em progressiva e irreversível desagregação em consequência dos impasses e fracassos da guerra colonial². Por isso foi popularmente designada por "Revolução dos cravos". O povo tomou de imediato as ruas e plebiscitou-a através de grandiosas expressões de adesão ao longo de todo o país, proclamando-se a

de Coimbra; e a maior parte dos monárquicos, firmemente convencidos de que Salazar lhes acabaria por devolver o seu rei (o próprio D. Manuel II escreveu palavras de louvor ao estadista)" (OLIVEIRA MARQUES, *História de Portugal*, II, ed. cit., 341).

¹ SALAZAR, *Discursos* II, ed. cit., 36.

² ANTÓNIO SPINOLA, vice-chefe do Estado-Maior das Forças Armadas, considerava impossível chegar à paz pela guerra, mas somente "pela via das soluções políticas" (*Portugal e o futuro*, Arcádia, Lisboa, 1974, 42). E mais adiante, depois de explanar várias hipóteses de combate à guerrilha, acrescenta: "Podemos assim chegar à conclusão que, em qualquer guerra deste tipo, a vitória exclusivamente militar é inviável. Às forças armadas apenas compete, pois, criar e conservar pelo período necessário – naturalmente não muito longo – as condições de segurança que permitirão soluções político-sociais, únicas susceptíveis de pôr termo ao conflito. As forças da ordem podem sempre perder uma guerra subversiva, mas jamais a ganharão pela simples razão de que não é no seu campo que se centra a construção da vitória. Pretender ganhar uma guerra subversiva através de uma solução militar é aceitar, de antemão, a derrota..." (ibidem, 45). A indignação causada pelo livro junto das forças mais reaccionárias do regime determinou a demissão, no dia 15 de Abril, de SPÍNOLA e do General COSTA GOMES, Chefe do Estado-Maior das Forças Armadas, que o apoiou. "Foi o rastilho. Na mesma tarde, o quartel de Lamego revolta-se. À noite, os capitães do Regimento de Infantaria 5, de Caldas da Rainha, tomam o comando do quartel e de madrugada avançam para Lisboa. Era a aurora do 25 de Abril" (AVELINO RODRIGUES; CESÁRIO BORGÁ e MÁRIO CARDOSO, *O Movimento dos Capitães e o 25 de Abril, 229 dias para derrubar o fascismo*, Moraes Editores, Lisboa, 1974, 299).

Aliança Povo-MFA como nova instância do *processo revolucionário em curso* (PREC). No próprio dia 25 de Abril, o MFA justifica o seu acto revolucionário com a intenção de restituir ao povo português as liberdades cívicas das quais havia sido privado” e torna conhecido o Programa do Movimento das Forças Armadas Portuguesas.

O Programa desdobrava as decisões pré-constituintes do MFA em medidas imediatas e medidas a curto prazo. Do conjunto das primeiras, destaca-se a entrega do poder político a uma Junta de Salvação Nacional, que o exerceria até à formação de um Governo Provisório Civil, ficando a Junta com a incumbência de destruir as estruturas políticas e policiais do antigo regime. No curto prazo, o mesmo órgão deveria escolher, dentre seus membros, o Presidente da República que nomearia o Governo Provisório. As chefias militares seriam distribuídas pelos restantes membros da Junta. Estabelecendo-se que as medidas de fundo só poderiam ser adoptadas no âmbito da futura Assembleia Nacional Constituinte, o Programa impunha ao Governo Provisório que promovesse “imediatamente” todo o sistema de liberdades cívicas e políticas e lançasse os fundamentos de: “a) Uma nova política, posta ao serviço do Povo Português, em particular das camadas da população até agora mais desfavorecidas... o que necessariamente implicará uma estratégia antimonopolista; b) Uma nova política social que, em todos os domínios, terá essencialmente como objectivo a defesa dos interesses das classes trabalhadoras e o aumento progressivo, mas acelerado, da qualidade de vida de todos os portugueses”.

Importante é a Lei nº 3/74, publicada em 14 de Maio “para valer como lei constitucional”, tendo como objectivo “definir a estrutura constitucional transitória que regerá a organização política do País até à entrada em vigor da nova Constituição da República Portuguesa”. Nela se estipula que a Assembleia Constituinte deverá concluir a sua obra no prazo de noventa dias. Ela será eleita por sufrágio universal, directo e secreto. A lei eleitoral será elaborada pelo Governo Provisório, ficando sujeita a aprovação por parte do Conselho de Estado, que integra os membros da Junta de Salvação Nacional, sete representantes das Forças Armadas e sete cidadãos de reconhecido mérito, designados pelo Presidente da República. Ao Conselho de Estado compete exercer os poderes constituintes assumidos em consequência do Movimento das Forças Armadas até à eleição da Assembleia Constituinte.

A vontade do sujeito da ruptura não é nunca inteiramente homogénea, e isto quer dizer que o MFA prosseguia o processo revolucionário com fortes tensões internas. Mas a heterogeneidade tornou-se maior desde o momento que o sistema de liberdades

constante do Programa se tornou efectivo, dando voz a todos os portugueses e permitindo a formação dos partidos políticos (só os grupos altamente comprometidos com a ditadura tinham a sua liberdade de expressão e associação condicionada). Nesse quadro, a fase construtiva da nova ordem política tornou-se menos linear e a realização das promessas revolucionárias mais incerta. A sociedade dividiu-se numa correlação de forças variável e sempre imprevisível. Essa divisão reflectia-se no seio das Forças Armadas. Após uma tentativa de contra-revolução em 11 de Março de 1975, a parte mais revolucionária do MFA criou o Conselho da Revolução, institucionalizou a Assembleia do MFA e impôs aos partidos uma Plataforma de Acordo Constitucional (*vulgus* Pacto MFA/Partidos) como condição para que as eleições para a Assembleia Constituinte pudessem realizar-se na data simbólica do dia 25 de Abril, precisamente um ano depois da Revolução. “O MFA, afinal, terá agido, não apenas como autor da «ideia de Direito» que conforma a Constituição mas, através do conteúdo dos Pactos e demais actos da legalidade revolucionária, como verdadeiro poder constituinte material”¹.

A pressão pré-constituente do MFA tornou-se ainda mais patente no próprio interior da Assembleia Constituinte. “Com efeito, haveria uma comissão do MFA que, em colaboração com os partidos, acompanharia os trabalhos da Constituinte «de forma a facilitar a cooperação entre os partidos e impulsionar o andamento dos trabalhos, dentro do espírito do Programa do MFA e da presente Plataforma»; e elaborada e aprovada pela Assembleia Constituinte a nova Constituição, deveria esta ser promulgada pelo Presidente da República, depois de ouvido o Conselho da Revolução, o que poderia traduzir-se numa espécie de homologação da Constituição”². O Conselho da Revolução foi só extinto em 30 de Setembro de 1982, mas, na sequência da vitória dos moderados (e conservadores) sobre os revolucionários extremistas na tentativa de golpe militar de 25 de Novembro de 1975, a sua composição já era outra bem diferente.

¹ FRANCISCO LUCA PIRES, *Teoria da constituição de 1976, a transição dualista*, ed. cit., 141.142.

² JORGE MIRANDA, *Manual de Direito Constitucional*, Tomo I, 6ª edição, Coimbra Editora, Coimbra, 1997, 342.

2.8. A prática das restrições jurídicas à autonomia da vontade das assembleias constituintes

Facilmente se admitirá que o estabelecimento das regras do jogo na fase que antecede a formação do órgão constituinte seja da competência do poder de facto. Mais difícil é admitir que esse mesmo poder possa submeter às suas regras o órgão ao qual o povo, através de eleições, deu a incumbência de elaborar a futura constituição do país. Tratando-se de uma assembleia constituinte, poderá ela ficar sujeita aos desígnios políticos do poder revolucionário? Pode este determinar a extensão e natureza das suas funções (função constituinte e função legislativa ou apenas a primeira)? E no aspecto constituinte propriamente dito, pode o governo provisório condicionar o seu exercício ao cumprimento de regras prévias (regras relativas ao funcionamento da assembleia, tempo de duração dos trabalhos...); ou ainda submeter o produto da acção constituinte a referendo popular? Se quisermos resumir com palavras de Rescigno, a pergunta será: "pode uma assembleia constituinte nascer e viver como poder constituinte limitado (limitado, por exemplo, apenas à aprovação da nova constituição e privado do poder legislativo ordinário)?"¹.

O que, de facto, a experiência mostra à sociedade é que o sujeito que tomou a iniciativa da ruptura não esgota o seu intervencionismo revolucionário nas tentativas que inexoravelmente faz para *fabricar* uma assembleia constituinte à sua medida. Como esta tem sempre tendência para se autonomizar, aquele não deixará de lhe impor as regras do jogo e limites à sua liberdade de decisão. "Podemos tomar, como axioma que todo o criador procurará controlar a sua criatura"². A eminência do modelo de assembleia constituinte que emergiu da primeira experiência francesa (o tipo latino) retirou, como ficou assinalado, visibilidade ao constrangimento de decisões prévias que eram apresentadas como irrevogáveis pelo poder *de facto*. Apenas no contexto dos reajustamentos políticos determinados pelo fim da Segunda Grande Guerra o mito das assembleias constituintes soberanas terá chegado "definitivamente" ao fim. E, curiosamente, é ainda na pátria desse mito que se introduz no regime das assembleias constituintes, de maneira explícita e assumida, a novidade processual e substantiva que o

¹ GIUSEPPE UGO RESCIGNO, "La discussione nella Assemblea costituente del 1946 intorno ai suoi poteri, ovvero del potere costituente, delle assemblee costituenti, dei processi costituenti", loc. cit., 23.q

² JON ELSTER, «Lo studio dei processi costituenti: uno schema generale», *Il futuro della Costituzione*, Turim, Einaudi, 216.

liquidou. Por isso, é indubitavelmente pertinente a seguinte constatação feita por Nguyen Quoc Dinh em 1946: “Tem razão quem sublinha que a história constitucional da França constitui um terreno de investigação muito fecundo para os estudos do direito constitucional. Parece que até ao presente, em nenhum país ainda existe, previamente à constituição a elaborar pelo órgão instituído para este efeito, num momento em que, por hipótese, toda a constituição tenha desaparecido, uma espécie de pré-constituição que regulamente o funcionamento do próprio órgão constituinte”¹.

Foi, sem dúvida, a grande actividade constitucional do pós-guerra que deu maior pregnância ao processo constituinte e, conseqüentemente, despertou a atenção da doutrina para as tentativas de predeterminação do conteúdo da constituição por parte das forças políticas com maior protagonismo naquele processo. Essas forças não se empenham apenas na "fabricação" do órgão constituinte, mas procuram interferir no próprio funcionamento interno do órgão representativo da nação. Como afirma Rescigno, “no plano constitucional, há aqui um ponto estranho e surpreendente, que salta aos olhos: a pretensão de dar regras à Assembleia constituinte, isto é, a pretensão não só de disciplinar os comportamentos com o fim de constituir tal assembleia (coisa inevitável, posto que, para ter-se uma assembleia constituinte, tal assembleia de algum modo deve ser constituída), mas de disciplinar os poderes (e mesmo os limites) de tal assembleia mesmo depois da sua constituição”². Trata-se de dar à assembleia constituinte “uma espécie de constituição provisória, a constituição da Constituinte, o estatuto da Constituinte”³, incompatível com a soberania daquela⁴. Dito com palavras de

¹ NGUYEN QUOC DINH, “La loi constitutionnelle du 2 novembre 1945 portant organisation des pouvoirs publics”, *Revue du Droit Public et de la Science Politique en France et a l'Étranger*, 1946, 75. Curiosas são as considerações que GEORGES BERLIA tece a propósito da lei de 10 de Julho. Lembra ele que a França adora as revoluções, mas abomina as mudanças. Daí os cuidados com as transições. “No espírito dos seus redactores, a Lei de 10 de Julho de 1940 deve permitir que se efectue na legalidade esta revolução política. A França passaria de um regime antigo para um novo sem que a permanência da sua licitude constitucional seja por um instante rompida por um «vazio jurídico» qualquer. A lei de 10 de Julho de 1940 faria do novo regime o herdeiro legítimo do regime extinto e reconhecido como tal por este” (“La Loi Constitutionnelle du 10 Juillet 1940”, *Revue du Droit Public et de la Science Politique en France et a l'Étranger*, T. 59, 1943, 46-47).

² G. U. RESCIGNO, “La discussione nella Assemblea Costituente del 1946 intorno ai suoi poteri, ovvero del potere costituente, delle assemblee costituenti, dei processi costituenti”, loc. cit., 5

³ PIERO CALAMENDREI, *Opere Giuridiche*, ed. cit., 315.

⁴ Um esclarecimento sistemático do que seja uma *constituição provisória* é-nos oferecido por VALERIO ONIDA. Segundo ele, o carácter de provisoriedade de uma constituição dita provisória não advém do simples facto de que ela permanece em vigor por pouco tempo, em situação de precariedade, para ser depois substituído por outra mais durável. Ela é provisória unicamente porque estabelece as próprias condições da formação da nova ordem constitucional. “A constituição provisória cumpre uma dupla função: por um lado, estabelece as regras destinadas a disciplinar o *próprio processo constituinte* (o processo de formação da nova ordem constitucional definitiva) estabelecendo as condições, as formas e as modalidades; por outro lado, dita as regras destinadas a disciplinar o exercício das funções fundamentais

Olivier Beaud, as pré-constituições, tomando a forma inédita de uma lei constitucional de transição, são “o *instrumentum moderno* das decisões pré-constituintes”¹.

Estas questões geraram acesa polémica, particularmente em França e na Itália, nos períodos constituintes que levaram à aprovação da constituição francesa de 1946 e da constituição italiana de 1948.

Caso francês

Depois de, pela Ordenança de 21 de Abril de 1944, ter sido prometido aos franceses a convocação de uma Assembleia Constituinte (que, em conformidade com a tradição nacional, se supunha onipotente)², os franceses foram, pela Ordenança de 17 de Agosto de 1945, chamados a eleger uma assembleia cujos poderes dependeriam da resposta que, no próprio acto da eleição, fosse dada a duas questões. A primeira aparece assim formulada: “quereis que a Assembleia eleita neste dia seja constituinte?” (artigo 2º). Optando-se pela negativa, “a Assembleia formará a Câmara dos deputados prevista pelas leis constitucionais de 1875, procedendo-se no prazo de dois meses à eleição do Senado” (artigo 3º). A hipótese de uma resposta positiva a esta questão conduz à formulação da segunda nos seguintes termos: “Se o corpo eleitoral respondeu «Sim» à primeira questão, aprovais que os poderes públicos sejam, até à entrada em vigor da nova Constituição, organizados de acordo com o projecto de lei anexo?” (artigo 4º).

Observado o conteúdo do referido projecto, é evidente que ele introduz uma inovação altamente contrastante com a tradição francesa da assembleia constituinte soberana. Com efeito, o projecto de lei limitaria fortemente a Assembleia Constituinte nas suas atribuições e nas suas relações com o executivo. Resumindo, com palavras de Lucien Jaume: “o povo francês era convidado pelo governo provisório a dotar de poder constituinte os representantes eleitos naquele mesmo dia, assim como a *limitar* os poderes desta assembleia com a adopção de uma lei que organizasse simultaneamente as

do Estado, não susceptíveis de interrupção pelo período que precede a entrada em vigor da constituição definitiva. A constituição provisória é muitas vezes construída com materiais provenientes do passado (do ordenamento diminuído), mas é projectada para a criação do futuro (o novo ordenamento definitivo); e, entretanto, tem a tarefa de regular no presente o desenvolvimento das relações e das funções fundamentais do Estado” (“Costituzione provvisoria”, *Digesto delle discipline pubblicistiche*, Editrice Torinese, Torino, 2000, 340).

¹ *La puissance d l'État*, ed. cit., , 272.

² “O povo francês decidirá soberanamente das suas futuras instituições. Para este efeito, uma Assembleia Nacional Constituinte será convocada logo que as circunstâncias permitam proceder a eleições regulares, o mais tardar no prazo de um ano depois da libertação completa do território”.

competências do legislativo e do executivo. Responder sim aos dois quesitos significava abandonar a terceira república, rejeitando ao mesmo tempo a onipotência da nova constituinte”¹.

Realizava-se, nessa ocorrência, a pública vontade do General De Gaulle, nada afeiçoado ao parlamentarismo da constituição de 1875. Pelo que não é de estranhar que os seus adversários políticos denunciasses o cariz plebiscitário do referendo de Agosto 1945. Ninguém, com efeito, poderia duvidar de que o elevado prestígio do General, enquanto chefe vitorioso da resistência, funcionaria como uma variável determinante do resultado da votação. Assim, e segundo relata Nguyen Quoc Dinh, não deixa de ter razão R. P. Philippe quando, numa altura em que ainda se discutia a fórmula da consulta ao povo francês, afirmou que “se, em direito, não era possível falar de plebiscito, na ordem dos factos, tendo em conta a grande popularidade do General De Gaulle, era irrecusável a hipótese de um referendo plebiscitário”².

Vejam, então, que implicações restritivas constavam do projecto de lei anexado à Ordenança de 17 de Agosto. Segundo o artigo 3.º desse texto, a Constituição adoptada pela assembleia seria submetida à aprovação do corpo eleitoral dos cidadãos franceses por via referendária no mês seguinte à conclusão dos trabalhos da constituinte³. Se os franceses rejeitassem o projecto constitucional, seria eleita uma nova assembleia constituinte a qual deteria os mesmos poderes condicionados da primeira. Por outro lado, fixava-se um prazo de duração máxima dos poderes da assembleia constituinte: “Os poderes da assembleia constituinte expiram no dia da aplicação da nova constituição e o mais tardar sete meses depois da primeira reunião da assembleia (artigo 6º). Quanto à competência legislativa da assembleia, depois de, no projecto inicial, o governo provisório ter tentado limitá-la fortemente, o artigo 4º estabelece que a assembleia constituinte tem o poder legislativo. A iniciativa pertence

¹ LUCIEN JAUME, “Il potere costituente in Francia dal 1789 a De Gaulle”, in *Potere costituente e riforme costituzionali* (a cura di PAOLO POMBENI), ed. cit., 46.

² NGUYEN QUOC DINH, “La loi constitutionnelle du 2 novembre 1945 portant organisation des pouvoirs publics”, loc. cit., 70. O que não obsta a que OLIVIER BEAUD considere a solução adoptada como “a mais democrática de toda a história constitucional francesa na medida em que deu, desde o momento da iniciativa, o poder da última palavra ao povo” (*La puissance de l'État*, ed. cit. 270).

³ O processo comportava, como observa FRANCK MODERNE dois momentos: um pré-constituente (com a função de “pré-determinar a orientação constituinte e, ao mesmo tempo, de reorganizar os poderes públicos sob novas bases) e outro verdadeiramente constituinte (aprovação referendária da constituição), sendo que o primeiro tinha ainda consequências no plano da legitimação jurídica do poder do General De GAULLE: “Se o governo dirigido pelo general De Gaulle tinha sido, até ao referendo pré-constituente de 21 de Outubro de 1945, um governo de facto, sem base democrática, o mesmo estigma não podia mais ser-lhe dirigido depois desta data. Entrava-se, assim, num estado de direito” (“La nascita delle Costituzioni europee dopo la seconda guerra mondiale: il caso francese”, *Quaderni Costituzionali*, Anno XVII, n. 1, Aprile 1997, 64).

concorrentemente à assembleia e ao governo. A promulgação da lei votada pela assembleia é da competência do governo que, para tal, dispõe do prazo de um mês, tendo o direito de exigir uma segunda deliberação. No que se refere à organização do poder executivo, a assembleia elege em escrutínio público por maioria absoluta dos membros que a compõem o Presidente do Governo Provisório da República. Este constitui o seu governo e submete-o à aprovação da assembleia juntamente com o programa do governo¹.

O eleitorado francês pronunciou-se de forma esmagadora contra o retorno da Constituição de 1875. E, embora por uma maioria menos significativa, manifestou-se a favor dos limites da assembleia constituinte. Aquele projecto foi aprovado como lei constitucional (Lei Constitucional de 2 de Novembro de 1945), só alterável mediante novo referendo. Tudo somado, pode dizer-se com Lucien Jaume que, na passagem da 3^a à 4^a República, o poder constituinte esteve “repartido por três instâncias: o governo que interpelava o povo, o próprio povo-soberano que se exprimia através do referendo e a assembleia que, em seis meses, devia produzir um projecto constitucional”²; e que devia fazê-lo nas condições limitativas resultantes da *decisão de iniciativa*³ do povo francês favorável às pretensões do General De Gaulle.

Caso italiano

Em Itália, de acordo com o estabelecido no Pacto de Salerno⁴, o rei, após a tomada de Roma, pelo decreto n.º 151 de 25 de Junho de 1944, abdica do trono¹,

¹ No projecto inicial, o Presidente do Governo seria eleito pela Assembleia constituinte, mas não responderia perante ela. Os ministros, por seu lado, seriam responsáveis unicamente perante o Presidente, que os escolheria livremente. Era, enfim, um regime presidencialista aquele que se desenhava no projecto inicial.

² Segundo LUCIEN JAUME, “Il potere costituente in Francia dal 1789 a De Gaulle”, in *Potere costituente e riforme costituzionali*, ed. cit., 46.

³ Para OLIVIER BEAUD a *iniciativa pré-constituente* que precedeu o trabalho da constituinte desdobra-se em dois momentos: o primeiro consta da *demande d’initiative* e, no caso em questão, exprime-se pela Ordenança que convocou o referendo; o segundo reporta-se à *décision d’initiative*: “é a decisão definitiva pela qual se defere negativamente ou positivamente o pedido de iniciativa” (*La puissance de l’État*, ed. cit., 270).

⁴ Ainda antes da capitulação (Setembro de 1943), o rei iniciou o processo de dissolução das instituições fascistas e manifestou a sua vontade de convocar eleições e dar início a uma nova legislatura no quadro constitucional do Estatuto Albertino. Contra esse cenário, reagiram os partidos de esquerda que, denunciando a cumplicidade de VITTORIO EMANUELE III com a ditadura de MUSSOLINI, punham em causa a continuidade do próprio regime monárquico. Em Abril de 1944, pelo Pacto de Salerno, os partidos antifascistas aceitaram participar no governo ao mesmo tempo que o rei acedia retirar-se para a vida privada e nomear o filho *Luogotenente generale del Regno* (ver entre outros, LORENZA CARLASSARE, *Conversazioni sulla costituzione*, CEDAM, 1996. Para um relato mais desenvolvido das

nomeando o filho Humberto lugar-tenente do Reino o qual governaria até à convocação de uma assembleia constituinte a qual soberanamente decidiria não só sobre as questões institucionais e políticas (desde logo, a decisão constituinte), mas também sobre os próprios problemas existenciais do povo italiano². Este decreto, na opinião de Calamendrei, “foi verdadeiramente o *acto de nascimento do novo ordenamento democrático italiano*”³. No entanto, ele foi profundamente alterado pelo decreto lugar-tenencial n.º 98, de 16 de Março de 1946, que lhe introduziu relevantes modificações no que concerne aos poderes da Assembleia constituinte. Nos termos do art. 1º deste decreto, que estabeleceu a *constituição provisória* da Itália pós-fascista⁴, o povo seria chamado a pronunciar-se mediante referendo sobre a futura forma institucional do Estado⁵. O referendo institucional seria simultâneo à eleição da Assembleia constituinte a qual, ao iniciar os seus trabalhos, encontraria já resolvida soberanamente pelo povo a escolha entre monarquia e república. Num texto comemorativo do quinquagésimo aniversário do referendo que instaurou a República (a diferença a favor desta forma de Estado ascendeu a dois milhões), Andoni Pérez Ayala chamou a atenção para a peculiaridade do processo constituinte que se saldou por um regime republicano e parlamentar: “em contraste com outras experiências constituintes nas quais a forma política republicana (ou monárquica) e a forma de governo parlamentar (ou de outro

lutas partidárias e das polémicas na imprensa, ver por todos ARMANDO PICHIERRI, *La costituzione provisoria, L'ordenamento dello Stato tra Fascismo e Repubblica*, Mandese Editore, 1998).

¹ Abdicação cuja autenticidade não deixou de levantar dúvidas. Assim, por exemplo, BONOMI transmite no seu diário a suspeita de tratar-se de “uma abdicação mascarada”; também BENEDETTO CROCE, em registo de diário, comenta que a decisão real lhe parece “estranhamente ilógica, porque o rei estabelece um lugar-tenente *sine die* e declara que se retira para a vida privada. Por conseguinte, lugar-tenente de quem? De um rei que deixou de ser rei?” (citações em PIERO CALAMENDREI, *Opere Giuridiche*, a cura de Mauro Capelletti, Morano Editore, Napoli, 1968, 299).

² O carácter soberano da futura assembleia constituinte não advinha apenas de uma precompreensão revolucionária do seu estatuto. Essa característica que se lhe atribuía tinha também raízes psicológicas associadas ao desejo e esperança do povo numa resolução rápida dos “mil problemas económicos, financeiros, sociais, morais, técnicos que pululavam na vida italiana neste conturbado período”. Imaginava-se a assembleia constituinte à maneira de um “conselho de taumaturgos, omniscientes e onnividentes, capazes de renovar em poucos meses toda a legislação italiana, da reforma agrária aos códigos, das leis financeiras às escolares, sem perder de vista as necessidades quotidianas da alimentação, da reconstrução, da desocupação...” (PIERO CALAMENDREI, *Opere Giuridiche*, ed. cit., 161).

³ Idem, *ibidem*, 300 (sublinhado no original).

⁴ VALERIO ONIDA, “Costituzione provvisoria”, *Digesto delle discipline pubblicistiche*, ed. cit., 339 e ss.

⁵ São estas as palavras do Art. 1º do Decreto Legislativo Luogotenenziale 16 Marzo 1946, n. 98: “Simultaneamente às eleições para a Assembleia Constituinte, o povo será chamado a decidir mediante referendo sobre a forma institucional do Estado (República ou Monarquia)”. Dissemelhantemente, o art. 1 do Decreto-Legge Luogotenenziale 25 Giugno 1944, n. 151, estabelecia o seguinte: “Após a libertação do território nacional, as formas institucionais serão escolhidas pelo povo italiano que, para tal fim, elegerá, por sufrágio universal, directo e secreto, uma Assembleia Constituinte que deliberará sobre a nova Constituição do Estado”. Quer dizer: a Assembleia Constituinte exerceria o poder soberano sem limitações.

tipo) são decididas simultaneamente num mesmo acto que culmina com a aprovação do texto constitucional, na Itália as duas questões foram decididas em separado através de actos de natureza distinta, tornando assim mais nítida a dupla ruptura constituinte – republicana e parlamentar – (...).”¹

Enquanto a constituinte prometida em 1944 deveria ser uma assembleia eleita pelo povo e absolutamente livre, mesmo na escolha do regime político, a constituinte configurada pelo decreto nº 98 de 1946 seria, ao contrário, uma assembleia expressamente limitada, impedida que estava de alterar a forma do Estado que o povo soberano directamente estabelecesse no próprio acto da eleição. Face esta mudança de orientação, Calamendrei, chega ao ponto de lhe atribuir o carácter de um verdadeiro “golpe de Estado; larvar, pacífico, eufórico, conversado, mas golpe de Estado”².

Nos termos do artigo 2º do referido Decreto, se o povo escolhesse a monarquia, o governo lugar-tenencial manter-se-ia em funções até à entrada em vigor da constituição. Se a escolha recaísse na república, desde o dia da proclamação dos resultados do referendo, a função de chefe provisório do Estado seria assumida pelo presidente do conselho de ministros existente no dia das eleições até que a assembleia constituinte tivesse nomeado o governo provisório do Estado.

O decreto lugar-tenencial, no entanto, não se limitou a remeter para o povo a escolha institucional e a organizar o governo provisório em função das alternativas do voto popular. Estabeleceu, além disso, a distinção entre a função constituinte e a função legislativa ordinária: à assembleia é reservado o exercício do poder legislativo em matéria constitucional, no que concerne às leis eleitorais e à aprovação de tratados internacionais. Quanto à legislação ordinária, durante o período de funcionamento da Assembleia Constituinte, o poder legislativo permaneceria no Governo, ficando contudo as deliberações sujeitas a ratificação do novo Parlamento no prazo de um ano após a sua entrada em funcionamento. A assembleia constituinte exerceria a fiscalização política sobre o governo que, responsável perante ela, deveria demitir-se se a assembleia votasse uma moção de censura. Observe-se ainda que o Decreto lugar-tenencial, à semelhança do caso francês, fixou um limite para a duração da Constituinte, estabelecendo que os

¹ “Transición política y reformas institucionales en Itália”, *Revista de Estudios Políticos* (Nueva Época), nº 95, Enero-Marzo, 1997, 179.

² A denúncia foi feita num discurso proferido no dia 8 de Março na *Consulta Nacional* criada pelo Decreto Lugartenencial nº 146, de 5 de Abril de 1945 para colaborar com o Governo na produção legislativa durante o período de transição que culminaria com a eleição da assembleia constituinte. Funcionava como uma espécie de assembleia parlamentar (pré-constituinte) que, não tendo origem num processo eleitoral, era contudo “expressão democrática das forças vivas, políticas e culturais existentes no País” (PIERO CALAMENDREI, *Opere Giuridiche*, ed. cit, 304).

trabalhos desta deveriam ser concluídos até ao oitavo mês da sua primeira reunião, podendo o prazo ser prorrogado no máximo até quatro meses. Por último, ela seria dissolvida automaticamente no dia da entrada em vigor da nova Constituição¹.

Como sublinha Franco Pierandrei, resultava de tudo isto que uma Assembleia plenamente representativa do povo era posta por um governo sem representatividade numa situação de manifesta inferioridade política. “Com efeito, o governo continuava em todas as matérias, salvo as excepções supramencionadas, a exercer a actividade legislativa e só ele tinha o poder de decidir se era ou não era oportuno que determinados provimentos viessem a ser submetidos à deliberação da Assembleia (...)”². Enfim pode dizer-se que, na presumível tendência histórica para a limitação dos poderes das assembleias constituintes, a constituinte italiana de 1946 apenas ganhou sobre a sua homóloga francesa de 1945 pelo facto de que lhe era reconhecida a última palavra na aprovação da constituição, não havendo recurso a um referendo de confirmação. Foi, assim, ignorada a influência dos americanos que, pretendendo exportar o seu paradigma de convenção, sugeriam que a Assembleia constituinte a eleger, além de não dispor da função legislativa, deveria limitar-se à elaboração de um projecto de constituição que seria depois submetido a referendo popular. Tal "sugestão" não vingou, mas durante o período de preparação do decreto de 16 de Março de 1946, a facção mais conservadora não deixou de inventar "expedientes jurídicos" para impor a solução americana³.

¹ CALAMENDREI, numa precompreensão associada ao modelo latino de constituinte, não deixa de contestar veementemente estas limitações no duplo plano legislativo e de direcção política prescritas por uma estrutura de poder que não procedia de uma investidura popular. Assim, já na qualidade de deputado na Constituinte, ele reitera a sua posição doutrinária, afirmando que “não há dúvidas de que, na sua função fundamental de Constituinte, a nossa Assembleia é soberana, porque ela é o único órgão, o primeiro órgão da Itália republicana com carácter representativo e, por conseguinte, os seus poderes são virtualmente ilimitados: a única limitação destes poderes deriva do referendo institucional, no qual o povo mediante resposta directa já resolveu o problema institucional e tolheu a Assembleia Constituinte do poder de repor em discussão este problema” (Citado por GIUSEPPE UGO RESCIGNO, “La discussione nella Assemblée Costituente del 1946 intorno ai suoi poteri, ovvero del potere costituente, delle assemblee costituenti, dei processi costituenti”, loc. cit., 7).

² FRANCO PIERANDREI, *Costituente (Assemblea)*, in Nss. DI, vol. IV, Torino, Utet, 1959, p. 1051.

³ Cf. PIERO CALAMENDREI, *Opere Giuridiche*, ed. cit., 314.

2.9. A questão do poder limitado ou ilimitado das assembleias constituintes. Equivalência teórica da tese e da antítese. O factor político da opção

O ineditismo destas limitações aos poderes das assembleias constituintes provocou um debate apaixonado entre os constitucionalistas mais proeminentes da época (Mortati, Calamandrei, Crisafulli, Lombardi, Renato Santoro, Barile, Orlando, Berlia, Duverger....)¹, debate esse que, embora fizesse desibernar os conceitos centrais do direito constitucional e da teoria da constituição (poder constituinte, constituição, referendo, plebiscito, princípio da separação de poderes, soberania popular, soberania nacional), se centrou fundamentalmente na disputa sobre os méritos ou deméritos do tipo latino (assembleia constituinte *soberana*, isto é, uma assembleia que associa à função propriamente constituinte as funções legislativa e de direcção política) e do tipo americano (assembleia constituinte que reduz a sua tarefa à redacção do projecto da nova constituição a qual só entrará em vigor após aprovação popular). Como facilmente se percebe, o que está em causa não são questões meramente técnicas, politicamente inócuas, mas antes o próprio conteúdo da constituição que se pretende condicionar. Como observa Mortati, por trás das teses em confronto, estão “fins políticos subentendidos, nem sempre, na realidade, inspirados, ao contrário do que se quer fazer crer, no interesse da renovação democrática do Estado”². Para pôr ordem na discussão, este autor sugere um regresso da política aos princípios da teoria, o que imediatamente faz invocar a metodologia cartesiana de Sieyès. A questão é saber se há “bons princípios” indiferentes aos contextos da sua formulação e se pode existir garantia de univocidade nas consequências práticas que deles se extraem.

De certo ângulo filosófico-político, pode dizer-se que, rigorosamente, uma assembleia constituinte deve concentrar em si todos os poderes pertencentes à soberania popular. Quer dizer, o tipo latino é aquele que corresponde aos bons princípios. E isto porque o poder constituinte, sendo autor da constituição da qual derivam os poderes

¹ Para uma perspectiva pormenorizada da expressão juspublicística, politológica e jornalística deste debate, cf. ARMANDO PICHIERRI, *La costituzione provvisoria, L'ordenamento dello Stato tra Fascismo e Repubblica*, ed. cit.

² COSTANTINO MORTATI, *Studi sul potere costituente e sulla riforma costituzionale dello Stato*, ed. cit., 389.

constituídos, é de uma natureza superior a estes¹. Assim, de um lado, estão os poderes legislativo e executivo limitados pela constituição; do outro, o poder constituinte, fundador e fundamento daqueles outros poderes, soberano e onipotente como a nação com a qual se confunde. Esta essência superior do poder constituinte deriva da sua associação à ideia primordial do contrato social: "... nós temos o tipo latino de Constituinte, o tipo que deriva do contrato social, que deriva do radicalismo clássico, da soberania do povo. E este género de assembleia transporta em si a sua soberania, a determinação daquela da qual se torna de uma vez a única representante"². Acresce que, de acordo com a lição de Sieyès, entre a nação e a assembleia constituinte não existe lugar para a intermediação de nenhum outro poder. Só ela se identifica inteiramente com a nação, só ela está na vez da nação, pelo que não é logicamente possível supô-la submetida a quaisquer limites ou directivas que o poder *de facto* lhe quisesse impor. Nesta perspectiva, "une véritable constituant" (Duguit) é genuinamente titular de todos os poderes inerentes à organização e funcionamento do Estado: tanto o poder de desenhar a forma constitucional deste como a de exercer ela própria, enquanto se mantiver em actividade, os poderes que depois delegará nos órgãos constitucionais que tem em vista criar.

Mas não é apenas à teoria do contrato social que se reporta o tipo latino de assembleia constituinte. Não é preciso, com efeito, recorrer à ilusão de uma sociedade política formada por consenso contratual para defender a autonomia e a pluripotência política da assembleia constituinte. Esta não tem os seus poderes legitimados pela pretensão de representar uma nação homogénea, mas pelo facto de corresponder à sociologia das forças políticas dominantes. Rebatendo os que desejam, na Itália do pós-guerra, uma assembleia constituinte confinada à tarefa de fazer o texto da constituição, retirando-lhe a função legislativa e deixando ao governo lugartenencial a iniciativa das reformas, Mortati diz que só dispendo de plenos poderes ela estará em condições de conferir juridicidade adequada à alteração da correlação de forças entretanto ocorrida na constituição real do país. Uma assembleia constituinte não pode funcionar "à semelhança de uma comissão de estudo" que consumasse a sua função na proposta de alguns princípios abstractos e o fizesse num contexto de isolamento. Se a constituição a fazer deve ser a tradução da constituição real, é necessário que a própria assembleia

¹ JORGE MIRANDA, *Manual de Direito constitucional*, vol. II, 417: "... e porque o poder constituinte precede e envolve os poderes legislativo e governativo, bem pode também arrogar-se o seu exercício..."

² Discurso de VITTORIO EMANUELE ORLANDO, a 9 de Março de 1946, na *Consulta Nazionale* (citado por P. CALAMENDREI, *Opere Giuridiche*, ed. cit., 315, nota 1).

constituente reflecta em si mesma a realidade que visa converter em termos jurídicos. Ora, “as circunstâncias podem tornar necessário, ou pelo menos oportuno, que à nova ordem constitucional se chegue gradualmente: realizações parciais, medidas preparatórias, as quais reclamam na constituinte não só a plenitude das determinações mas a mais ampla disponibilidade dos poderes necessários para levá-la a efeito, ensaiar os resultados, tomar as decisões consequenciais”¹. No mesmo horizonte de ideias, diz Calamendrei que a assembleia constituinte, ao organizar o seu próprio estatuto (constituição da constituinte), pode, caso o queira, limitar as suas próprias funções, delegando parte delas, mas nunca sofrer nenhuma limitação imposta do exterior, seja do ponto de vista do conteúdo dos seus poderes, seja da forma do seu exercício (2).

De outro ângulo, pode igualmente sustentar-se a tese segundo a qual a assembleia constituinte deverá ter por tarefa apenas a formação da nova constituição, com exclusão de qualquer outra competência, seja ela de legislação ordinária ou de direcção política. Dir-se-á, então, que o tipo americano é aquele que rigorosamente corresponde aos bons princípios. Contrariando, na França, a posição dos partidos de esquerda que, por reacção à por demais evidente tendência do General de Gaulle para o cesarismo, reclamavam a concentração dos poderes na assembleia constituinte, Nguyen Quoc Dinh nega que a ideia de uma assembleia constituinte limitada, como pretendiam os gaullistas, fosse algo juridicamente criticável. “Certamente, tem-se visto perpetuar em França, desde a Revolução, Assembleias Constituintes «soberanas». Mas trata-se de uma concepção errónea do regime representativo que conduz, segundo a expressão de Carré de Malberg, a uma representação soberana do povo em lugar de uma representação do povo soberano. Na realidade, não há soberano fora do povo e, numa verdadeira democracia, todos os órgãos estatais, mesmo uma Assembleia Constituinte, devem estar subordinados ao órgão primário formado pelo próprio corpo eleitoral”³. Na opinião deste autor, portanto, uma assembleia constituinte não possui com legitimidade senão os poderes necessários ao desempenho da função que lhe foi cometida. Mais

¹ COSTANTINO MORTATI, *Studi sul potere costituente e sulla riforma costituzionale dello Stato*, ed. cit., 398.

² “Certamente, quando a constituinte soberana, depois de eleita, poderia acontecer que ela, para se colocar em condições de trabalhar com tranquilidade na nova Constituição, considerasse necessário delegar uma parte dos seus poderes (os atinentes ao governo e às leis ordinárias) a outros órgãos e fixasse a ordem e o método dos seus trabalhos mais propriamente constitucionais. Mas isto poderia ocorrer somente por via de auto-limitação, mediante uma espécie de “estatuto da Constituinte” que a assembleia, nas suas primeiras sessões, ditasse a si mesma” (CALAMENDREI, *Opere Giuridiche*, ed. cit., 315).

³ NGUYEN QUOC DINH, “La loi constitutionnelle du 2 novembre 1945 portant organisation des pouvoirs publics”, loc. cit., 76.

poderes do que esses só poderiam advir-lhe por efeito de uma usurpação, como terá acontecido no passado. “Se os Governos provisórios anteriores não foram suficientemente fortes para quebrar a velha tradição que se tinha estabelecido (...), esses precedentes não devem ser olhados como regras imutáveis vinculando igualmente o Governo provisório do general de Gaulle. Eles não podem impedir este de denunciar uma prática na verdade antidemocrática nem de organizar, se lhe for possível, por meio de uma limitação dos poderes da Assembleia a eleger, o retorno a uma concepção correcta de democracia”¹.

A refutação do tipo latino pode ancorar-se em fundamentações diametralmente opostas: ou, partindo da ideia de que o poder constituinte, renovação do contrato social, é de *essência diferente* dos poderes constituídos e, como tal, não pode ser posto em representação, devendo as assembleias constituintes, mandatadas tão-somente para a redacção da constituição, apresentar o projecto constitucional a referendo popular; ou, partindo da ideia de que o poder constituinte é de *essência semelhante* à dos poderes constituídos e, como tal, terá surgido apenas para alargar a noção de separação de poderes. O discurso da diferença descende directamente de Rousseau e tem sido, como sabemos, o mais recorrente na defesa da tradição americana. Já o discurso da semelhança foi sistematizado por Berlia no clima escaldante do debate sobre os poderes da assembleia constituinte francesa de 1946. Desde logo, Berlia reduz o conceito de poder constituinte ao mero enunciado de uma competência específica: a competência necessária para a elaboração da constituição. Paradoxalmente, portanto, o poder constituinte é ele próprio um poder *constituído*, um poder mandatado para uma tarefa concreta. O erro de lhe atribuir uma natureza diferente e superior aos poderes legislativo e executivo resulta do facto de ser ele o autor do texto que cria e regula o exercício destes últimos. É certo que não foi só a teoria que produziu essa falácia, designadamente a que foi inicialmente produzida por Sieyès (aliás, este autor terá depois mudado de opinião porque uma coisa é o “clima político” sob o qual nasceu a teoria do poder constituinte e outra distinta é o “clima jurídico” sob o qual esse poder foi exercido e se desenvolveu na história constitucional). Segundo Berlia, a confusão pode também ser imputada à prática americana de limitar o poder das assembleias legislativas mediante a existência de um poder constituinte superior aos poderes constituídos. Seria, no entanto, uma contradição flagrante que um poder criado com a

¹ Idem, *ibidem*, 77.

intenção de limitar o legislativo não fosse ele próprio um poder limitado. A sua criação inscreveu-se na lógica interna do princípio da separação dos poderes. “Não houve, pois, o desejo de criar um poder constituinte soberano face a outros constituídos e não-soberanos, mas o de constituir todo um feixe de competências que se limitam umas às outras”¹. A conclusão, pois, não pode ser senão esta: o poder constituinte é de natureza semelhante à dos poderes constituídos, já que todos eles são representantes funcionais da nação – só ela soberana – e nenhum deles é representante *soberano* da nação.

Razões de ordem prática poderão também ser invocadas a favor do modelo americano de constituinte: encarregando-se apenas de redigir o texto constitucional, a assembleia constituinte não se deixará penetrar por preocupações estranhas à sua tarefa, isto é, não será perturbada e distraída pelas urgentes dificuldades da função governativa. Todas as suas energias serão concentradas na função para que é eleita: preparar célere e competentemente a nova constituição. Assim, a assembleia constituinte realizará com tranquilidade a única função para que está legitimamente mandatada.

Enfim, se ambos os tipos de assembleia constituinte se fundamentam em razões pertinentes, a opção por um ou por outro dependerá, obviamente, de intuítos políticos não declarados, porém facilmente identificáveis nas singularidades de um processo constituinte concreto². Esta questão não pode dissociar-se da problemática dos poderes de mera gestão ou de transformação que se queiram atribuir ao governo provisório, poderes esses que vão depender fundamentalmente dos níveis de aceitação e adesão de que o governo de ruptura possa suscitar.

¹ GEORGES BERLIA, “De la compétence des assemblées Constituantes”, *Revue du Droit Public et de la Science Politique en France et à l’Étranger*, 1946, 356.

² As singularidades exprimem uma determinada correlação de forças entre partidos contrários. É nesse sentido que NGUYEN QUOC DINH explica a Lei de 2 de Novembro de 1945 pela qual o GENERAL DE GAULLE logrou impor à Assembleia Constituinte uma espécie de pré-constituição. “Quais são as razões desta novidade na prática constitucional francesa? Elas derivam do facto que as circunstâncias políticas que precederam a eleição da Assembleia actual não são semelhantes às que tinham provocado a reunião das Constituintes anteriores. A história não é nunca um recomeço integral. Os Governos provisórios que preencheram, no passado, o hiato entre a desapareção da ordem antiga e o advento da nova ordem eram, se assim se pode dizer, governos de ocasião, perfeitamente conscientes da sua fraqueza. O título sob o qual se propunham governar – se título havia – apagava-se perante a legitimidade que a Assembleia a eleger deveria tirar do sufrágio popular. Era natural que, diminuídos por este grande desequilíbrio de forças, estes governos provisórios, mesmo que o desejassem, não tivessem podido limitar os poderes daquela. No mês de Agosto de 1944, depois da libertação do território, as circunstâncias eram diferentes. O Governo provisório presidido pelo general de Gaulle foi acolhido com entusiasmo pelo povo francês. Apoiado numa popularidade inigualável, este Governo provisório assentava a sua autoridade e a sua força no consentimento unânime da Nação. Ainda que não fosse senão um Governo de facto, ele podia, graças a esta adesão, reconhecer-se uma certa «legitimidade». Ter-lhe-ia sido possível apresentar de imediato a ratificação do povo francês uma nova Constituição destinada a substituir a de 1875. Seguramente, se o general de Gaulle, na época, tivesse recorrido a este procedimento, uma maioria esmagadora teria apoiado o seu projecto constitucional” (“La loi constitutionnelle du 2 novembre 1945 portant organisation des pouvoirs publics”, loc. cit., 75-76).

Na verdade, defender, num determinado contexto de mutação política, a onipotência da assembleia constituinte pode corresponder a desígnios de transformação se o governo *de facto* tem uma composição heterogénea ou se sente manietado por falta de ratificação eleitoral (numa época, por exemplo, em que a legitimidade dinástica ainda é muito forte e há uma revolução de sentido republicano, sendo então necessário esperar pelo momento da legitimação democrática)¹, como sucedeu na revolução portuguesa de 1820 em que o governo provisório não lança sequer os alicerces da nova ordem política. Também em Itália eram as forças progressistas que reclamavam uma assembleia constituinte soberana, dela se esperando a iniciativa legislativa para as mudanças radicais que o governo lugar-tenencial, de moto próprio, nunca levaria a cabo. Em França são também as forças de esquerda (socialistas e comunistas) que mais reagem às propostas do general De Gaulle de limitar os poderes da assembleia constituinte.

Mas defender a onipotência da assembleia constituinte pode, inversamente, também significar a reacção das forças conservadoras perante um governo *de facto* transformador. Pretende-se então adiar o tempo das grandes decisões para assembleia constituinte, esperando que o ímpeto revolucionário esmoreça e que a composição da assembleia constituinte reflecta melhor os interesses dessas forças. E caso a composição da assembleia constituinte acabe por não corresponder à perspectiva conservadora, então as mesmas forças defenderão durante os trabalhos deste órgão a tese de que uma constituição deve ser breve, meramente organizatória dos poderes estatais, deixando as reformas de fundo para as leis ordinárias.

Analogamente, a defesa de uma assembleia limitada depende das condições conjunturais e, em função delas, do ponto de vista dos interesses em causa. Assim, uma assembleia constituinte confinada à função especificamente constituinte pode corresponder a intuítos revolucionários se se pretende deixar ao governo *de facto*, suposto em condições de pôr em prática o seu programa revolucionário, a realização das

¹ LASSALLE explicará, a propósito da Assembleia Nacional Constituinte de 1848, que as transformações revolucionárias ficam condenadas ao fracasso quando o governo provisório não está à altura da revolução e a assembleia constituinte, por seu lado, se revela incapaz de compensar a inacção do governo. Assim, quando a assembleia constituinte se preparava para tomar medidas nesse sentido “logo toda a burguesia e meio país lançaram o grito, dizendo: A Assembleia nacional deve preocupar-se em fazer a *Constituição* e não andar a importunar o governo, não perder tempo com *interpelações*, com assuntos que são da competência do poder executivo. Fazer a Constituição, e nada mais do que fazer a Constituição!, era o que se ouvia gritar por todo o lado, como se se tratasse de apagar uma fogueira... Fazer uma constituição *escrita* era o que menos importava... *Destruir os factores reais e efectivos de poder dentro do país, imiscuir-se no poder executivo...* Isso era o que importava e o que urgia fazer” (*Qué es una constitución?*, ed. cit., 71-72, sublinhado pelo autor).

reformas estruturais; mas também pode corresponder a intuítos conservadores se se prevê uma assembleia constituinte de composição progressista e se se tem em vista afastar o mais possível do momento revolucionário a discussão sobre as reformas estruturais, confiando no enfraquecimento progressivo do fervor revolucionário.

Uma coisa é certa: uma revolução exige reformas estruturais, é esse logicamente o seu objectivo, a sua causa final. Quem e quando as fará: o governo provisório, a assembleia constituinte, os órgãos constituídos pelo poder constituinte? As lições da história apontam no sentido de que estas reformas devem ser realizadas o mais depressa possível. Como sabiamente adverte Vittorio E. Orlando, elas devem ser decididas “a quente; passadas as primeiras vinte e quatro horas, já elas deixam de ser possíveis”¹; ou, no melhor dos casos, só muito modestamente o programa revolucionário poderá ser executado, dada a natural recuperação política das velhas classes dirigentes. Em nosso entendimento, se a “ideia de direito” que desencadeou o processo revolucionário for socialmente justa, então o governo provisório – o poder *de facto* – não só pode como deve, mediante procedimentos que não neguem o potencial axiológico daquela ideia mobilizadora, realizar ao máximo e mais rapidamente possível o seu programa emancipador. Surgirá, assim, um tipo de assembleia constituinte que vem “consagrar em fórmulas jurídicas uma revolução politicamente já realizada” (Calamandrei), sendo a constituição “um estatuto de garantia e racionalização de uma revolução efectivada e de um país transformado” (Vital Moreira)².

¹ Citado por CALAMANDREI, *Opere Giuridiche*, ed. cit., 307, nota 1). Entre nós, dizia FERNANDES TOMÁS, uma das figuras proeminentes da revolução de 1820, numa das primeiras sessões da Constituinte: “Nós carecemos de fazer muitas reformas e de as fazer já: se se há-de passar de uma para outra legislatura tudo quanto houver de se fazer, então adeus nação, adeus reformas e adeus tudo” (Actas das Cortes Gerais e Extraordinárias da Nação Portuguesa, Sessão do dia 26 de Fevereiro de 1821).

² GRAMSCI, por exemplo, tendo em mira a superação revolucionária do fascismo, defendia a constituinte “não como fim mas como meio”. Em 1932, escrevia ele: “A revolução antifascista não será uma simples mudança de formas políticas superficiais, nem um retorno ao passado, mas uma profunda transformação económico-política. Ao governo saído da revolução e aos comités locais revolucionários competirá a tarefa de colocar as bases do novo Estado. Uma assembleia constituinte eleita por sufrágio universal e convocada a breve termo consagrará a obra da revolução e fixará o ordenamento definitivo da república” (citado por PAOLO POMBENI, “Potere costituente e riforme costituzionali”, loc. cit., 99).

2.10. O perfil variável das assembleias constituintes em função da correlação das forças políticas. Novo excursão pela experiência constitucional portuguesa

De qualquer modo, se passarmos para o plano dos factos, parece-nos que nenhuma constituição deve à revolução apenas a sua existência, deve-lhe também sempre e necessariamente o seu conteúdo, não apenas no sentido de que as novas forças trazem sempre uma nova ideia de direito que vão procurar cristalizar numa constituição através de uma participação popular "filtrada", mas também no sentido de que cada revolução tem o seu processo específico, os seus avanços e retrocessos decorrentes da correlação das forças em presença (nacionais ou/e internacionais). Dado que se trata de estabelecer um novo equilíbrio de forças, o processo constituinte será necessariamente "turbado", o órgão constituinte sofrerá embates de forças não representadas nas assembleias ou "traídas" pelos seus representantes (pressões de rua), sofrerá inevitáveis pressões internacionais (da Santa Aliança, dos Aliados, etc.). As forças discordantes do conteúdo constitucional que venha a ser formalizado alegarão sempre que houve coacções sobre a constituinte. Isso aconteceu em todas as assembleias constituintes desde o seu aparecimento histórico.

Regressando à história constitucional portuguesa, verificaremos que também nesta as assembleias constituintes encontraram sempre limitações, pressões, coacções externas, reduzindo em grande parte a sua actividade à consagração de decisões constituintes tomadas fora dela. Quer dizer, também aqui se confirma que cada constituição é invariavelmente, na sua essência, a constituição de uma revolução.

Em 1820, o governo provisório tinha uma composição político-social heterogénea, desde alas conservadoras, fiéis ao trono e ao altar, até liberais de espírito republicano, o que dificultou a feitura do Manifesto da Junta Provisional do Reino. De qualquer modo, nas proclamações revolucionárias há uma afirmação constante: vão ser eleitas umas Cortes constituintes que elaborarão uma constituição onde serão respeitadas a dinastia de Bragança¹ e a religião católica¹. A decisão constituinte fundamental traduzia-se no "princípio monárquico-constitucional"².

¹ PAOLO POMBENI recorda uma situação similar em Itália, Com efeito, estabelecia a lei 11 de julho de 1848, n.º 747: "por meio do sufrágio universal será convocada uma comum assembleia constituinte a qual discutirá e estabelecerá as bases e as formas de uma monarquia constitucional, com a dinastia de Sabóia...". Também aqui a assembleia constituinte encontrava predeterminado o princípio monárquico-constitucional dentro do qual haveria de funcionar ("Potere costituente e riforme costituzionali", loc. cit., 82-83).

O governo provisório, dada a sua heterogeneidade interna, e não conhecendo bem o "pulsar" da nação, não lança sequer os alicerces do novo ordenamento constitucional³. As forças mais radicais da revolução esperam, pois, o "momento constituinte propriamente dito" (Mortati) para procederem às reformas estruturais típicas da ruptura constitucional. E para tal, um dos primeiros actos da constituinte foi a elaboração das Bases da Constituição – uma espécie de Declaração de Direitos e ao mesmo tempo uma singular auto-vinculação da constituinte e um compromisso a impor ao soberano. Pretendia-se, num ambiente fortemente hostil "aos direitos das nações" (Europa da Santa Aliança: "direitos das coroas") evitar que o rei impusesse novamente a monarquia absoluta ou, na sequência de pressões da Inglaterra, outorgasse uma carta constitucional⁴.

Fernandes Tomás, apoiado por Soares Franco e Borges Carneiro, propôs que se nomeasse uma comissão porque, "no caso possível da próxima chegada de el-rei ou de pessoa da sua real família, desde logo lhe deviam ser apresentadas as bases da

¹ São, efectivamente, comuns afirmações deste género produzidas pelas figuras politicamente relevantes: Exemplos precisos: "Juramos obedecer à constituição que elas [cortes] fizeram dentro dos sobreditos limites: dinastia de Bragança e manutenção da religião católica (Memórias do General Sepúlveda); "É em nome e conservação nosso augusto soberano, o senhor D. João VI que há-de governar-se. A nossa santa religião será guardada". "O Senado da Câmara do Porto (...) espera ansioso a constituição que elas [cortes] devem dar-nos a qual regule os destinos da pátria, mantenha a religião católica, apostólica romana e sustente a real dinastia da sereníssima casa de Bragança. Juramos obedecer à constituição que elas fizeram dentro dos sobreditos limites". Estes limites não foram contrariados, mau grado a dureza dos debates que naturalmente não deixavam de suscitar.

² Tratava-se, se quisermos uma linguagem do século XIX, da constituição interna "que está acima de todas as constituições escritas e que tem vitalidade suficiente para «reconstituir o conjunto das instituições do país» a ela adequadas (JAVIER PÉREZ ROYO, *Las Fuentes del Derecho*, Tecnos, Madrid, 1993, 33). O autor cita a convocatória das Cortes para a elaboração da Constituição de 1876: "E a constituição interna, substancial, essencial de Espanha, está, não se duvida, contida e cifrada no princípio monárquico-constitucional... Dessa Constituição não há com vida senão duas instituições, o Rei e as Cortes; mas elas bastam para restabelecer ou criar as demais". Sobre a *constituição interna* como uma espécie de constituição mortatiana *ante litteram*, ver JOAQUÍN V. VARELA, "La doctrina de la constitución histórica: de Jovellanos a las Cortes de 1845", *Revista de derecho político*, 1994, 761.

³ A consciência da falta da legitimidade do governo provisório, leva FERNANDES TOMÁS, "uma das almas da revolução", a esperar o momento em que, legitimado o evento revolucionário pelo voto popular, fosse possível proceder às reformas estruturais que a revolução tinha em vista. Com efeito, parece desculpar-se perante as Cortes Constituinte pela insuficiência das decisões revolucionárias do Governo Provisório: "Assim o Governo, meramente Provisório desde a sua criação e desde ela também pouco poderoso, pela certeza da sua curta duração, não podia obrar com aquela energia que pedem as reformas; e muito mais porque a cada passo se via obrigado a desviar-se das vagas encapeladas das facções, mais impetuosas ainda no meio dos embates de uma revolução começada. Limitava-se, portanto, a pouco mais do que à emenda dos abusos, porque as providências de universal influência sobre a sorte da Nação ficavam fora do seu alcance. Vereis, portanto, nesta parte, senhores, mais o que vos ficou por fazer do que aquilo que o Governo fez" (Actas das Cortes Gerais e Extraordinárias da Nação Portuguesa, Sessão do dia 5 de Fevereiro de 1821).

⁴ As Bases foram também uma reacção contra "as pressões do Governo britânico no sentido de adoptar uma Constituição moderada, cingida ao modelo da Carta outorgada em França por Luís XVIII. As Cortes adoptaram, ao contrário, as bases de uma Constituição nos moldes espanhóis (Constituição de Cádiz, 1812), optando por uma só Câmara e recusando ao rei o direito de veto" (VICTOR de SÁ, *A crise do liberalismo e as primeiras manifestações das ideias socialistas em Portugal (1820-1852)*, Seara Nova, Lisboa, 1974, 60).

constituição que estabelecessem o pacto entre a sua pessoa e o seu povo", bases essas que iriam "conciliar o decoro da sua real pessoa com a liberdade dos indivíduos e a prosperidade da nação". Tais bases que, ainda segundo Fernandes Tomás, "os membros da comissão, bem longe de se entranharem no labirinto das teorias dos publicistas modernos, foram buscar ao antigo direito público, posto acintemente em desuso pelos ministros despóticos que lisonjeavam os reis à custa do povo"¹.

Politicamente, pois, com as bases, colocava-se o rei e as potências perante um facto consumado; juridicamente, as Bases, "que servirão provisoriamente de constituição", funcionariam como fundamento de validade para as reformas legislativas que urgia efectuar (legislação civil, penal, etc.)². São palavras de José de Arriaga as seguintes: "E tais foram as bases, votadas e discutidas à pressa, as quais não obedeceram a nenhuma teoria abstracta, nem são filhas do fanatismo de uma escola política, mas sim das circunstâncias especiais em que se encontrava a revolução, ameaçada pelos manejos das cortes estrangeiras e da corte do Rio de Janeiro. Elas estabeleciam as condições prévias com que o rei devia governar Portugal, senhor já dos seus direitos e destinos. Antes que o rei lhas impusesse, como era sua intenção, impô-las ele ao rei, para salvaguardar a sua liberdade ameaçada. Se não fossem as intrigas do Rio de Janeiro e as más disposições do manhoso D. João VI, as Cortes constituintes não se lembrariam de previamente estabelecer as bases da constituição política que estavam discutindo"³. Elas foram, portanto, determinadas pelo contexto inseguro da revolução, o que leva à precipitação da discussão. Era urgente apresentá-las ao rei já aprovadas como sendo as Bases do pacto (contrato político) que ele assinaria com a nação ao regressar ao reino, depois de aclamado pelas Cortes soberanas. A atestar a importância política das Bases (conteúdo favorável ao poder legislativo em relação ao poder da coroa), está a reacção aberta da igreja e das potências que se torna patente logo nas cerimónias do juramento daquelas.

¹ Actas das Cortes Gerais e Extraordinárias da Nação Portuguesa, Sessão do dia 12 de Fevereiro de 1821.

² Assim o diz CASTELO BRANCO: "Proceder-se-á à formação de um novo Código Civil e Criminal cujas leis claras, simples e distintas, tendo por bases as da nossa constituição política, possam invariavelmente dirigir as acções dos cidadãos e assegurar-lhes, contra o abuso do poder, a fruição dos seus direitos particulares" (Sessão do dia 8 de Fevereiro de 1821). Também, a propósito da liberdade de imprensa, as Cortes aprovaram um projecto de lei que se legitimava por referência às Bases: "As Cortes Gerais, Extraordinárias e Constituintes da Nação Portuguesa, querendo desenvolver e determinar mais os princípios que sobre a liberdade de imprensa estabeleceram nos artigos 8º, 9º e 10º das Bases da Constituição, por conhecerem que aquela liberdade é o apoio mais seguro do sistema constitucional, decretam ..." (Sessão do dia 24 de Abril de 1821).

³ *História da Revolução Portuguesa de 1820*, vol. 2, ed. cit., 622.

O estado de insegurança em que trabalhavam as Cortes constituintes (dificuldade da implantação da legitimidade democrática face à ainda muito enraizada legitimidade dinástica) ressalta a uma leitura, mesmo superficial, das respectivas actas. Nelas reflectia-se a pressão interna e internacional. Do ponto de vista militar, a preocupação maior era determinada pela presença dos vasos de guerra, principalmente os procedentes do Brasil, preocupação acrescida pela questão dos oficiais não aderentes à luta contra os Áulicos. Do ponto de vista externo, permaneciam as ameaças de invasão das forças da Santa Aliança¹.

Que a constituição é sempre a constituição de uma revolução (e por isso, sempre o resultado incerto da evolução de uma correlação de forças), é o que também se confirma à saciedade pela revolução de Setembro. Começada aos gritos de "viva a Constituição de 20", a que se acrescentou um tanto misteriosamente "com as modificações que as Cortes fizerem", passou pela Belenzada que, apesar do seu insucesso, foi determinante para alterar o sentido da revolução de Setembro, desta feita a favor das forças cartistas apoiadas pelas potências. As Cortes Constituintes foram convocadas, depois da Belenzada, "para fazerem na Constituição de 20 e na Carta Constitucional as alterações que acharem convenientes".

Na realidade, a Belenzada originou o célebre Pacto de Alcântara que predeterminou o conteúdo da constituição, alterando a balança do poder a favor da coroa, minimizando em consequência o estatuto da representação nacional. Nos termos desse pacto, a constituição deveria consagrar uma segunda Câmara de nomeação régia, o veto absoluto e o direito de dissolução. Para assegurar a aceitação destas disposições pela Cortes Constituintes a eleger, Passos Manuel viu-se coagido a elaborar o Decreto da Procuração dos Povos e o Decreto da elegibilidade dos ministros². Se os deputados

¹ "Os Gabinetes da Europa, sempre alerta para aproveitarem um mínimo pretexto que possa aparentemente justificar as suas pretensões, não deixarão de clamar logo à menor violência que fizermos a el-rei" (Sessão do dia 3 de Fevereiro de 1821). Veja-se também a proposta de sequestro dos bens pertencentes aos Ministros Diplomáticos de Sua Majestade: "Estes homens intentaram dispor os Soberanos a armarem-se contra Portugal, cortaram toda a comunicação com este Reino, proibindo aos Cônsules que dessem passaportes [tudo isso com o objectivo de] perturbar a ordem estabelecida na sua pátria" (Sessão do dia 8 de Fevereiro de 1821). Na mesma Sessão, corrobora BORGES CARNEIRO: "Os diplomatas têm feito uma conspiração diplomática em Paris sublevando os Príncipes estrangeiros". Também SOUSA MAGALHÃES se refere, na mesma altura, "às medidas que tomaram alguns Ministros Portugueses para cortar as comunicações de Portugal. Alguns deles dirigiram-se aos soberanos pedindo-lhes que se opusessem à nossa regeneração, juntaram-se em Paris a fazer conferências e queriam enviar ou efectivamente enviaram a LEYBACH uma mensagem".

² Para PASSOS MANUEL cumprir a sua palavra, escolheu gente do centro esquerda que se comprometeu a fazer passar para a constituição o prescrito no pacto de Alcântara, que contrariava frontalmente os princípios de 1822 (JOSÉ de ARRIAGA, *História da Revolução de Setembro*, Tomo III., ed. cit., 467 e ss.).

reagiram a estes decretos ("afinal, não estamos em vez da nação"), a verdade é que o Projecto apresentado pela Comissão de Redacção da Constituição, após quatro meses de "compromissos, transacções com Paço e os estrangeiros, consagra exactamente esses três princípios essenciais a toda a monarquia"¹. E quando o deputado Santos Cruz, reagindo ao Projecto (que os cartistas, com razão, disseram tratar-se de uma nova Carta; para isso não valia a pena ter-se feito a revolução), apresentou um contra-projecto, um seu par do centro esquerda, Galvão Penha, esclareceu que "não está nas nossas faculdades rejeitar o parecer da Comissão: logo, é supérfluo o tratar-se da sua generalidade"². O que só pode ser interpretado como a assunção pública do compromisso que coarctava a liberdade dos deputados.

Mesmo assim, os cartistas não se imobilizaram perante um projecto de constituição que mantém os princípios essenciais da Carta. Mantiveram-se em latente estado de sublevação (clubes cartistas) e em Julho de 1837, apoiados pelas potências, os marechais Saldanha e Terceira revoltam-se (Revolta dos Marechais), começando na província, onde se proclama a Carta e se forma um governo provisório, e chegando mesmo quase ao centro de Lisboa, onde o povo e as Guardas Nacionais impediram o seu avanço, obrigando-os a recuar, sendo vencidos definitivamente nos combates da Feira e Ruivães.

Exactamente no momento em que estes acontecimentos ocorriam, nas Cortes Constituintes discutia-se na especialidade a questão da segunda Câmara que, contrariamente ao projecto, e no meio de grande agitação, acabou por ser electiva e não hereditária. Facto que, obviamente, se deve associar à recente vitória de Ruivães. A partir daqui, dá-se a aliança institucional do centro esquerda com a coroa, mas agora contra as forças mais radicais de esquerda. Afirma José de Arriaga que, após a vitória de Ruivães, Sá da Bandeira, o Conde de Antas e Bonfim, em Lamego, combinaram (Convénio de Lamego) que, assim como tinham vencido os cartistas em Ruivães, assim também tinham que acabar com as Guardas Nacionais e a anarquia. Forma-se, então, o partido da Ordem e o ministério de Sá da Bandeira assume o veto da rainha contra as sanções que as forças vitoriosas pretendiam impor aos vencidos. Nesta nova conjuntura, votou-se sem dificuldade o veto absoluto e o direito de dissolução. Curiosamente, aparece no Diário do

¹ JOSÉ de ARRIAGA, *História da Revolução de Setembro*, III, ed. cit., 473: "Todo esse projecto é filho de empenhos, de influências, de transacções vergonhosas, de combinações nas antecâmaras do paço, de seduções, de subornos, da intimidação exercida sobre os mais fracos e pusilânimes, de promessas futuras e de compromissos com os adversários, em deslustre para Passos Manuel, saído desonrado do paço de Belém e das últimas eleições".

² Cf. JOSÉ de ARRIAGA, *História da Revolução de Setembro*, III, ed. cit., 476.

Governo um texto onde se afirma que o artigo da Constituição referente à segunda Câmara (carácter electivo) tinha sido aprovado sob a coacção das Guardas e que, portanto, a constituinte deveria reconsiderar a questão e proceder a uma nova votação.

Inevitavelmente, esta afirmação causou uma enorme agitação nos meios políticos, mormente no interior das Cortes Constituintes. Aqui, o deputado Macário de Castro apresentou uma proposta que acabou por ser aprovada e que é do seguinte teor: a discussão do referido artigo deveria transitar para a primeira legislatura ordinária. Perdida a revolução no campo constitucional, isto é, ganhando os cartistas legalmente, faltava agora destruir o braço armado da revolução, o que acabaria por acontecer com a dissolução do Batalhão do Arsenal e o massacre das Guardas Nacionais a 13 de Março de 1838. Destruído o braço armado, convinha dissolver finalmente as Cortes Constituintes. A literatura cartista começa a acusá-las de todos os males e a dizer que, agora que existe uma constituição que pacifica todos os portugueses, "que, embora tenha defeitos que reflectem o período em que foi feita", sofrerá mais tarde as alterações necessárias. Nesta expectativa, a rainha, considerando que estavam garantidas as prerrogativas régias, aceitou a Constituição de 1838.

De semelhantes vicissitudes vemos sofrer a instância constituinte emergente da revolução de 1910. Se o fim da revolução era instaurar a República e se era necessário "fabricar" (Pulido Valente) uma assembleia constituinte para "normalizar a forma política implantada pela revolução" – a assembleia constituinte com "indiscutível legitimidade para arrogar-se a função representativa do país no momento em que ela sanciona pelo direito o facto histórico que transformou as nossas instituições políticas" –, essa assembleia não foi convocada tão rapidamente quanto o desejavam os monárquicos que desde meados de Novembro a reclamavam e muito menos teve o papel interventivo que teria se fosse a sede da revolução (à maneira da Assembleia constituinte francesa de 1789). O Governo Provisório aproveitou o intervalo para, rápida e eficientemente, lançar os alicerces da nova ordem jurídico-política. Inevitavelmente, foram muitas as lutas e cisões que se desenvolveram após a proclamação de República e a constituição do Governo Provisório. Foram truculentos os confrontos físicos e ideológicos entre os *provisórios* (adeptos do governo) e os *adesivos* (ex-monárquicos), entre o governo e os grevistas e, sobretudo, entre os maçónicos da carbonária e os católicos.

Seja como for, com maior ou menor adesão ou contestação popular (a contestação maior vinha dos sectores da igreja e das regiões rurais), o Governo Provisório não deixou de aprovar um conjunto de decretos que mudaram o regime, restabelecendo

os ideais republicanos e liberais que remontavam à revolução de 1820, mas crescentemente fortalecidos com a incorporação do positivismo e de um cada vez mais extremado anti-clericalismo. E, de facto, as medidas mais salientes (e que levaram consigo o germe da futura destruição da República emergente) foram dirigidas contra as instituições católicas, suportes ideológicos da monarquia e cúmplices, por isso, do estado de decadência a que chegara o País. Esta vertente anticlerical resulta, segundo Joel Serrão, da associação umbilical entre a maçonaria e o republicanismo. “Pretende-se insinuar que, sendo indissociáveis, isso sim, a Maçonaria e o ideário liberal, através deste é que o republicanismo penetrou nas lojas, colocando-as, por seu turno, ao seu serviço. O anticlericalismo – e, sobretudo, o antijesuitismo – do republicanismo, além de prender-se, geneticamente, à inspiração maçónica, liga-se também, unitariamente, à tensão anticartista, ou seja, à estrutura do liberalismo institucionalizado entre nós. Com efeito, nesse polemismo anticlerical, ausculta-se a mágoa e o rancor pela estreita aliança estabelecida entre a Igreja e a Carta Constitucional”¹.

Assim, logo em 8 de Outubro, três dias após a proclamação da República, o Governo Provisório – formado no próprio dia da Revolução – repôs a legislação pombalina que extinguiu todas as casas religiosas e ordens regulares. Em 18 de Outubro, foi proibido o juramento religioso nos actos civis. Dias depois, um decreto suprimia o ensino da doutrina cristã nas escolas primárias, sendo esse ensino substituído pela educação cívica. Acabaram os feriados de celebração religiosa e, no dia 31 de Outubro foi aprovada a lei do divórcio. Foram proibidas as procissões fora do perímetro das Igrejas e proibido também o uso das vestes religiosas na via pública. Já em Abril de 1911, foi publicada a Lei de Separação da Igreja e do Estado. A Afonso Costa, ministro da justiça e dos cultos, atribui-se-lhe a afirmação segundo a qual esta lei acabaria com o catolicismo em duas gerações. No entanto, em conformidade com o programa do partido republicano de 1881, o objectivo era assegurar “a igualdade civil e política para todos os cultos”. Do ponto de vista político, foram abolidos os títulos nobiliárquicos e proibidos os partidos de feição monárquica. Do ponto de vista social, foi publicada legislação sobre o trabalho, regulamentando o direito à greve e ao *lock out*, o que não chegou para pacificar as relações laborais. Porém, as medidas de impacto mais duradouro foram, sem dúvida, as que incidiram sobre o sistema escolar, desde o infantil ao superior. Entretanto, a Assembleia Constituinte produzia, sem grandes sobressaltos (mesmo assim sofreu

¹ JOEL SERRÃO, “Republicanism”, *Dicionário de História de Portugal*, III, Iniciativas Editoriais, Lisboa, 1971, 593.

durante algumas horas, no dia 2 de Agosto, um cerco de “militantes ultrajacobinos”¹), a primeira constituição republicana. Não admira: o projecto sobre o qual foi elaborada a Constituição de 1911, reflectindo influência da constituição portuguesa de 1822 e da brasileira de 1891, seguira de muito perto o programa do partido republicano português. Por outro lado, dos 234 deputados da Assembleia, 229 pertenciam ao partido; os restantes eram 3 independentes e dois socialistas.

Também o conteúdo da Constituição de 1933 é tributário do percurso da contra-revolução de 28 de Maio de 1926. Na realidade, a constituição não será mais do que a consagração do Estado Novo, entretanto teorizado e edificado por Salazar e prosélitos, à medida que iam sendo neutralizadas as divergências no seio da própria ditadura². Se na República, os monárquicos reclamavam por uma assembleia constituinte urgente, eram desta feita os republicanos que tinham razão para protestar contra o atraso da decisão. Desde 1928, em consequência do prestígio obtido com o seu “milagre financeiro”³, que a figura dominante do novo regime, ainda em gestação, era Oliveira Salazar. E ele não estava interessado que a ditadura cedesse lugar à “normalidade constitucional” antes de arrumar a casa do ponto de vista administrativo e submeter a velha desordem à nova ordem do ponto de vista político e militar. Seguiu o modelo da Itália de Mussolini, antecipando a definição de um Estado Novo antes da sua consolidação constitucional. “O «Estado Novo»... Seria social e corporativo. A sua célula de base encontrar-se-ia na família, os seus elementos fundamentais nas

¹ Estes radicais integravam uma auto-denominada Assembleia Nacional de Vigilância Social que se opunha às instituições da Presidência e do Senado previstas no projecto de Constituição que estava em discussão na Assembleia Constituinte. “Os extremistas opunham-se à Presidência e ao Senado porque ambas as instituições simbolizavam a supremacia política da «classe média». Segundo pensavam, o presidente não tardaria a transformar-se num «tirano» ou num «ditador» (em tudo semelhante ao Rei) ou, pelo menos, no escravo obediente dos «mandarins» do Partido, reunidos no Senado” (VASCO PULIDO VALENTE, *O poder e o povo: a revolução de 1910*, ed. cit., 231-232).

² A oposição exterior à ditadura nunca chegou a ser completamente silenciada (recorde-se, por exemplo, a malograda Revolta de 26 de Agosto de 1931, tentativa levada a cabo por militares ligado ao *Revivalho*, designação pela qual era conhecida a oposição republicana), mas tão-pouco as divergências internas estavam totalmente neutralizadas. “O que se passou em 1932 e em princípios de 1933 demonstra-nos... que o campo nacionalista estava bem longe da unanimidade. A decantação do «28 de Maio», embora já fosse bastante avançada, não eliminara ainda uma tendência assaz importante, contrária à ingerência do Estado na vida económica, hostil ao partido único e favorável ao parlamentarismo corrigido” (MANUEL DE LUCENA, *A evolução do sistema corporativo português, I, O Salazarismo*, ed. cit., 116).

³ A receita era simples, como o próprio explicava em 9 de Junho de 1928: “...uma política de administração tão clara e simples como a pode fazer qualquer boa dona de casa – política comezinha e modesta que consiste em gastar bem o que se possui e não se despender mais do que os próprios recursos...” (*Discursos*, I, Coimbra Editora, 1935, 11).

corporações morais, económicas e intelectuais, onde os interesses de patrões e empregados se harmonizariam com vista a um interesse comum, «nacional»¹.

O nacionalismo ficara imperativamente sintetizado na célebre máxima produzida por Salazar em 1929: “Nada contra a Nação, tudo pela Nação”². Germinava-se aqui uma moral anti-individualista, anti-liberal e militarista que iria perpassar por todo o sistema educativo e manifestar-se mormente na Organização da Mocidade Portuguesa. O corporativismo, por seu lado, tentava neutralizar o velho princípio marxista da luta de classes, que se mantinha vivo na República, estabelecendo uma estrutura corporativa hierarquizada e altamente regulamentada. O Estatuto do Trabalho Nacional, publicado em 1933, pode dizer-se que é um fac-simile da Carta do Trabalho italiana de 1927. Outro elemento fundamental da política e ideologia de Salazar era o colonialismo (por aqui se desmoronou em 1974 todo o regime). Foi, neste contexto, publicado em 1930 o Acto Colonial. Assim, quando se tratou de fazer a constituição do regime, já o regime estava instalado. Não houve necessidade de eleger uma Assembleia Constituinte para, com aparente autonomia, consagrar no texto constitucional as premissas do Estado Novo. Melhor dito, temia-se que a eleição de uma assembleia constituinte viesse a destruir um regime que tão laboriosamente (autoritariamente) estava a ser edificado. Em Dezembro de 1931, foi criado o Conselho Político Nacional para dar parecer sobre projectos de constituição, mas o único que deu entrada foi o de Salazar³. Deste modo, o conteúdo da constituição acabou por coincidir no essencial com a vontade política das forças preponderantes da ditadura e esta teve o tempo pré-constitucional necessário e suficiente para consolidar os seus aparelhos ideológicos e repressivos de poder. O resultado do referendo constituinte estava assegurado.

Como diria Salazar em 1935, "o chamado regresso à «normalidade constitucional» era para muitos, à falta de outro, o objectivo supremo e seria a morte da revolução como o foi anteriormente em todos os casos semelhantes. A poucos espíritos se

¹ OLIVEIRA MARQUES, *História de Portugal*, II, ed. cit., 295. O conservadorismo de Salazar ficava expressivamente circunscrito na propalada divisa: “Deus, Pátria e Família”. Dizia ele num dos seus discursos: “Não discutimos Deus e a virtude; não discutimos a Pátria e a sua História; não discutimos a autoridade e o seu prestígio; não discutimos a Família e a sua moral; não discutimos a glória do trabalho e o seu dever” (*Discursos*, II, Coimbra Editora, 1937, 130).

² *Discursos*, I, ed. cit., 34.

³ Houve um “contra-projecto” da autoria do General José Vicente de Freitas, tornado público em Fevereiro de 1933. O general havia participado no golpe de 28 de Maio e chegara a exercer funções de chefe do governo da ditadura entre Abril de 1928 a Julho de 1929, tendo convidado Salazar para o ministério das Finanças. Na altura em que divulgou a sua posição crítica contra o projecto de constituição era Presidente da Câmara e o que lhe aconteceu em consequência da sua audácia foi ser demitido do cargo precisamente por Salazar.

impunha com evidência que o único caminho seguro para a ditadura e digno das suas aspirações era construir ela própria a sua constitucionalidade. Foi esse o passo decisivo da Sala do Risco (...) definiu-se a doutrina, formularam-se os grandes princípios da reforma constitucional e começou-se, peça por peça, a edificar o Estado Novo"¹. E isto porque "as fórmulas políticas que temos empregado, plantas exóticas importadas aqui, não nos dão o governo que precisamos, lançaram-nos uns contra os outros em lutas estéreis, dividiram-nos em ódios ao mesmo tempo que a Nação na sua melhor parte se mantinha em face do Estado indiferente, desgostosa e inerte. Para que há-de fazê-lo? Para que a sua obra Reformadora se não inutilize e se continue, para que o seu espírito de trabalho e de disciplina se consolide e se propague, para que se crie a mentalidade nova que é indispensável à regeneração dos nossos costumes políticos e administrativos, à ordem social e jurídica, à paz pública, à prosperidade da nação. Como há-de fazê-lo? Por meio de uma obra educativa que modifique os defeitos principais da nossa formação, substitua a organização à desorganização actual e integre a Nação, toda a Nação no Estado por meio do novo Estatuto Constitucional"².

Como já atrás foi dito, a Assembleia que viria a produzir a Constituição de 1976, promulgada no dia 2 de Abril desse ano, foi eleita no dia 25 de Abril de 1975. Como sempre acontece, a Assembleia constituinte não desenvolveu os seus trabalhos numa espécie de redoma que a isolasse do próprio PREC e a libertasse de coacções. A oscilação política das suas decisões era, no interior, o reflexo da evolução da correlação das forças civis e militares que se confrontavam no exterior. Mas antes ainda da sua eleição, já ela estava sujeita a decisões de conteúdo constitucional que não podia deixar de tomar como suas. Façamos um pouco de história. No dia 11 de Março foi gorada uma tentativa de contra-revolução, facto que veio tornar maior o ímpeto revolucionário. Na sequência disso, foi publicada a Lei constitucional nº5/75, de 14 de Março, que criou o Conselho da Revolução e a Assembleia do Movimento das Forças Armadas (já existente, mas não institucionalizada como órgão de soberania) e extinguiu a Junta de Salvação Nacional e o Conselho de Estado. Ficou criado, a partir de então, um contexto extremamente favorável a uma política de nacionalizações (designadamente da banca e outras empresas de valor estratégico) e à ocupação dos latifúndios sob o lema "a terra a quem a trabalha".

¹ *Discursos*, II, ed. cit., 23.

² SALAZAR, *Discursos*, I, 64.

No dia 13 de Abril é assinada a Plataforma de Acordo Constitucional entre o Presidente da República General Costa Gomes, em nome do Conselho da Revolução, e os partidos mais representativos. “Pretende-se estabelecer uma plataforma política comum que possibilite a continuação da revolução política, económica e social iniciada em 25 de Abril de 1974.... Os termos da presente plataforma deverão integrar a futura Constituição Política a elaborar e aprovar pela Assembleia Constituinte”. A Plataforma (ou Pacto MFA/Partidos) estabelecia os órgãos do poder e respectivas funções e definia as balizas programáticas da política. “Além das disposições que constituem a base deste acordo, a Constituição deverá consagrar os princípios do Programa do Movimento das Forças Armadas, as conquistas legitimamente obtidas ao longo do processo, bem como os desenvolvimentos ao Programa impostos pela dinâmica revolucionária que, aberta e irreversivelmente, empenhou o País na via original para um socialismo português”. Talvez o mais significativo desta intrusão do poder constituinte revolucionário nas competências naturais da Assembleia Constituinte seja a constitucionalização impositiva do Conselho da Revolução e da Assembleia do MFA como órgãos soberanos e a hegemonia daquele Conselho face aos restantes órgãos constitucionais¹. A ele compete definir “as necessárias orientações programáticas da política interna e externa” e decidir “sobre a constitucionalidade das leis e outros diplomas legislativos”, limitando-se a competência dos tribunais “a apreciar a sua inconstitucionalidade formal”. Finalmente, assinala-se, como factor intencionalmente coactivo, a presença permanente de “uma comissão do MFA que (...) acompanhará os trabalhos da Constituinte, de forma a facilitar a cooperação entre os partidos e a impulsionar o andamento dos trabalhos, dentro do espírito do Programa do MFA e da presente plataforma”.

Entretanto, as flutuações do PREC voltaram a ter outras expressões dramáticas que tornaram mais problemático o sentido da sua evolução. No contexto do

¹ LUCAS PIRES sublinha, em registo crítico, o carácter dualista do processo que esteve na origem da constituição. Por um lado, o poder *militar-revolucionário-popular* e, por outro, o *poder civil-partidário-constitucional*, este, aliás, bastante dependente das decisões e da própria omnipresença vigilante daquele. “A constituição e a constituinte estavam, pois, muito condicionadas (...) De facto, os limites do poder constituinte parlamentar eram não só «numerosos», como correspondiam às decisões fundamentais, isto é, às escolhas da «direcção constituinte». Estas eram as que haviam dominado a fase transitória e eram «pontos firmes» que deveriam considerar-se «pressupostos do legislador constituinte». Não só há um processo constituinte contínuo, como os elementos materiais parecem preceder as formas, as quais se limitariam a exarar a fórmula «definitiva» da lei constitucional. As «formas» jurídicas como que desempenhavam um papel veicular” (*Teoria da constituição de 1976, a transição dualista*, ed. cit., 143). A bicefalia do poder constituinte é também assinalada por JORGE MIRANDA, dizendo que a determinada altura se colocava ao país a questão de “saber quem tinha mais legitimidade, se a Assembleia Constituinte, se o Conselho da Revolução” (*A Constituição de 1976, formação, estrutura, princípios fundamentais*, Livraria Petrony, Lisboa, 1978, 14).

chamado “Verão Quente” (comícios, greves, ocupações, assaltos a sedes partidárias, etc.), os membros mais moderados do Conselho da Revolução dirigiram um documento (*Documento dos Nove*) ao Presidente da República e ao Comandante do Comando Operacional do Continente (COPCOM), Major Otelio Saraiva de Carvalho, no qual manifestavam profundas apreensões concernentes às radicalizações do processo revolucionário: “Formas selvagens e anarquizantes de exercício do poder foram-se instalando um pouco por toda a parte (até no interior das FA) retirando proveito dessa desordem as organizações ou formações partidárias mais experientes e ávidas do controlo dos vários centros de poder”. As clivagens prosseguiram com saldo positivo para os subscritores do Documento dos Nove. A 2 de Setembro, O General Vasco Gonçalves, que era apoiado pelo partido comunista, foi destituído das funções de Primeiro-ministro, tendo-se formado o VI Governo Provisório de feição conservadora. A facção mais radical das Forças Armadas, associadas a partidos *esquerdistas*, tentaram levar a cabo um golpe no dia 25 de Novembro de 1975, mas foram vencidos.

A Assembleia constituinte mantinha a sua vinculação ao Pacto MFA-Partidos, embora a sua actividade não deixasse de sofrer o impacto das lutas que se desenrolavam nas sedes do poder político-militar e na rua. Finalmente, a “normalização” pós-25 de Novembro libertou-a um pouco das pressões externas. No dia 26 de Fevereiro de 1976 foi assinada uma segunda Plataforma de Acordo Constitucional, um novo Pacto MFA-Partidos, em princípio mais adequada à nova configuração do poder constituinte. Em primeiro lugar, omitia a componente ideológica, o que não quer dizer que ela não estivesse implícita (explicitamente não se revogava o Programa do MFA); em segundo lugar, retirava dos órgãos de soberania a Assembleia do MFA; em terceiro lugar, e esta é, sem dúvida, uma alteração importante, o Presidente da República, que de acordo com o primeiro pacto seria eleito por um colégio eleitoral formado pela Assembleia do MFA e pela Assembleia Legislativa, passava agora a ser eleito por sufrágio universal, directo e secreto. Mantinha-se o Conselho da Revolução com a mesma preponderância que lhe era conferida pelo primeiro Pacto. Indiscutivelmente, o fruto do trabalho da Assembleia Constituinte foi, a todos os títulos, notável e tem sido objecto de admiração e estudo a nível internacional, mas foi, inquestionavelmente, uma obra de autoria partilhada¹.

¹ O excuro que acaba de ser feito pela história constitucional portuguesa parece dar razão a GIUSEPPE UGO RESCIGNO quando este (analisando o processo constituinte italiano) afirma que não é verdade que uma assembleia constituinte seja sempre a sede do poder constituinte. Pode essa assembleia ser apenas o instrumento de um poder constituinte que actua no seu exterior e que do exterior a controla. “Tudo depende das forças político-sociais no terreno, dos seus acordos e desacordos, do resultado de tal entrelaçamento de

3. Novo paradigma de transições constitucionais

3.1. Da “transição por revolução” à “transição por transacção”

Talvez a revolução portuguesa de 1974 represente a última aparição histórica do poder constituinte *originário* na Europa. Tudo aí aconteceu segundo o modelo moderno de transformação dos regimes constitucionais: ruptura revolucionária, agitação popular, eleições e criação *ex novo* de outra constituição por uma assembleia constituinte. Isto quer dizer, usando palavras de Porrás Nadales, que a constituição de 1976, seguindo o modelo que prevaleceu “pelo menos até às Constituições do pós-guerra”, emergiu de “perfis fortes” caracterizados pelo protagonismo de agentes extraconstitucionais e preconstitucionais: a sociedade, o povo soberano, o poder constituinte¹.

Entretanto, tudo parece ter mudado com o surgimento de uma nova geração de constituições que, pela homologia dos processos que as fizeram nascer, sugerem a ideia de um movimento evolutivo que, indo além de Samuel Huntington, poderíamos designar por *quarta onda* de democratização². Estamos a falar dos processos

¹ ANTONIO J. PORRAS NADALES, “Derecho constitucional y evolucionismo jurídico”, *Revista de Estudios Políticos* (Nueva Época), nº 87, Enero-Marzo, 1995, 107.

² SAMUEL P. HUNTINGTON (*La tercera ola, la democratización a finales del siglo XX*, Paidós, Barcelona, 1994) entende por onda de democratização um conjunto de transições que ocorrem num determinado período de tempo durante o qual regimes não democráticos cedem lugar a regimes democráticos. Segundo ele, a primeira onda de democratização, que teve origem nas revoluções americana e francesa, percorre praticamente todo o século XIX e é suspensa pela *contra-onda* que se inicia em 1926, com o golpe de Estado que pôs fim à primeira República portuguesa e gerou a ditadura de Salazar. A segunda onda principia ainda no decurso da Segunda Grande Guerra, mais precisamente, em 1943, e prossegue até 1962. Para a terceira onda, uma vez mais HUNTINGTON toma por referência um evento político português: a revolução de 1974 (“A terceira onda de democratização no mundo moderno começou, de maneira pouco convincente e involuntária, vinte e cinco minutos depois da meia-noite, na terça-feira 25 de Abril de 1974, em Lisboa, Portugal, quando uma estação de rádio transmitiu a canção «Grândola Vila Morena»”, *ibidem*, 17). Este autor inclui na terceira onda as próprias transições democráticas de Leste. O que significa que ele não tem em conta a diferença dos procedimentos constitucionais pelos quais um regime não democrático é substituído por outro democrático. Já CLAUS OFFE acrescenta a ideia de uma quarta onda que reserva para os processos de transição dos regimes de socialismo de Estado, processos que ocorreram sem a intervenção das forças militares (*Las Nuevas Democracias. Transición política y renovación institucional en los países postcomunistas*, Editorial Hacer, Barcelona, 2004). Por nossa parte, incluímos na quarta onda todas as transições constitucionais que, em qualquer parte do mundo, se processaram por recurso exclusivo (ou preponderante) à negociação.

constituintes que, iniciados a partir de meados dos anos setenta na Europa do sul (constituição grega de 1975 e constituição espanhola de 1978, de onde emergiram as chamadas “democracias outorgadas”¹), foram na década seguinte igualmente experimentados na América latina (paradigmático é o caso da constituição brasileira de 1988), culminando nos anos noventa na elaboração das constituições dos países de leste e de alguns países africanos.

Entram, assim, no reino da doutrina as chamadas “transições constitucionais”², fenómeno que veio agitar a doutrina constitucional, obrigando a repensar o conceito de poder constituinte originário, cuja emergência histórica ficara a dever-se, como sabemos, à necessidade de legitimar uma ruptura ilegal. Perante estas mudanças constitucionais *en douceur*, a estupefacção instalou-se entre constitucionalistas e politólogos os quais, confrontados com eventos político-jurídicos que não encaixavam na velha moldura dos processos constituintes, deram-se conta de estarem privados de critérios que possibilitassem a integração teórica dessa nova ordem de factos. E assim, subitamente, a figura do poder constituinte, que nunca deixou de inquietar os juristas, voltou à ribalta do pensamento jurídico.

Transição constitucional é, recorrendo aqui à definição dada por Willy Zimmer, “um mecanismo jurídico que permite a passagem de uma constituição a outra sem que haja uma ruptura do direito, ou, se quisermos, uma mutação do regime político consentida e formalmente tutelada pelo próprio direito constitucional ainda em vigor”³. Quer dizer que a nova legitimidade encontra meio de se impor no quadro da própria legalidade que sustentava a ordem política que dantes era legítima e agora deixou de o ser. A legalidade constitucional vigente acolhe, assim, uma nova legitimidade, uma nova ideia de direito, à qual generosamente oferece os meios legais que permitirão revogá-la e substituí-la num clima de tranquila e resignada auto-renúncia que não deixa

A metáfora das ondas de democratização fora também usada por RALF DAHRENDORF, que a esse propósito escreve: “Uma dessas ondas durou, na América, desde a década de 1820 até à primeira guerra mundial na Europa e foi revertida no período entre as duas grandes conflagrações. Uma segunda onda seguiu a vitória dos Aliados na segunda guerra mundial embora, de princípios da década de 1960 em diante, se tenham perdido algumas das suas conquistas. Uma terceira onda começou no Sul da Europa e na América Latina em meados da década de 1970, espalhou-se pela Ásia e chegou finalmente à Europa oriental” (*Reflexões sobre a revolução na Europa*, Gradiva, 1993, p. 82 ss.).

¹ HERMET GUY, “Espagne: Changement de la société, modernisation autoritaire et démocratie octroyée”, *Revue Française de Science Politique*, 1977 (27), 582 ss.

² G. KAMINIS, *La transition constitutionnelle en Grèce et en Espagne*, Paris, L.G.D.J., 1993. CARLOS TAIBO ARIAS a propósito do fenómeno das transições constitucionais fala do aparecimento de um novo ramo da Ciência Política: a transicologia (*Un novo terceiro mundo? Un acercamiento crítico á Europa central e oriental contemporánea*, Editorial Ludus, A Coruña, 2000).

³ WILLY ZIMMER, *La reunification allemande, contribution a la theorie du pouvoir constituant*, Thèse pour le Doctorat, Université de Lille II, 1994, p. 168.

de ser surpreendente. Pablo Lucas Verdú, ainda no decurso do processo da transição espanhola, diz tratar-se de um processo constituinte singular e *sui generis*. “Vejam: é *singular* porque a transição do regime franquista para a democracia liberal se quis fazer sem rupturas violentas, partindo da legalidade franquista mediante a oitava lei fundamental, a *ley para la Reforma Política* (...) O carácter *sui generis* do processo constituinte espanhol estriba no facto de que (...) o poder constituinte se encontra diminuído no seu estatuto de originário e soberano (...) Podemos então, qualificar o processo constituinte espanhol como *reformismo constituinte*...”¹.

Raúl Morodo, ele próprio protagonista dos eventos de Espanha, que na sua qualidade de constitucionalista comenta, considera que “o peculiar fim do fascismo espanhol, o franquismo, que logrou manter-se durante quase quarenta anos, constitui motivo de assombro para analistas e políticos”². Com efeito, o processo constituinte que transformou uma longa ditadura numa monarquia democrática nunca saiu dos carris da legalidade constitucional corporativo-franquista. A transição acabou, certamente, por implicar uma ruptura, só que esta foi o corolário, o ponto de chegada, e não o princípio, o ponto de partida, das mudanças jurídico-constitucionais que ocorreram em resultado de consensos arduamente logrados numa “interminável discussão nocturna” entre as forças políticas mais organizadas e relevantes. O sucesso desta modalidade legalista de transição política parece justificar que se lhe atribua o estatuto de um novo paradigma, impondo-se como um novo referente de interpretação das transformações políticas. É o que Raúl Morodo observa, declarando tratar-se de “um fenómeno sócio-político que permitirá, sem dúvida, reflexões importantes sobre a transformação e desaparecimento do poder (...) Este quase modelo de transição, que se produziu em Espanha, terá ou não terá validade como instrumento operativo para outras

¹ “La singularidad del proceso constituyente español”, *Revista de Estudios Políticos*, 1, 1978, 13 (sublinhado por VERDÚ). “Certamente – observa noutro lado o mesmo autor – o processo constituinte de cada povo é singular na medida em que diversos factores mediatos e imediatos que sobre ele incidem o singularizam segundo o momento histórico e a correlação das forças políticas existentes”. A singularidade do processo constituinte espanhol radica, contudo, numa transição sem rupturas violentas que ocorre com a participação dos próprios poderes fácticos que o antigo regime tutelava. O que leva VERDÚ a observar que “o processo constitucional espanhol foi... não só singular, mas singularíssimo” (“Derecho Político e transformación política española”, *Revista de la Facultad de Derecho de la Universidad Complutense*, 1979, p. 8). “Falta, portanto, a revolução no sentido histórico e material do termo”, dirá HERNÁNDEZ GIL (“Facetas de dos procesos constituyentes”, *Revista de Estudios políticos*, n. 31-32, 1983, 12). Igualmente BRUCE ACKERMAN sublinha o exemplo não revolucionário da transição espanhola: “Uma constituição também pode ganhar legitimidade através de um processo evolutivo no qual as elites constroem o consenso sem o apoio de uma mobilização revolucionária de massas. O êxito mais recente nesta direcção deu-se em Espanha...” (*El futuro de la revolución liberal*, Ariel, Barcelona, 1995, 54, nota).

² RAÚL MORODO, *La transición política*, Tecnos, Madrid, 1997, 28.

sociedades com contradições e forças sociais similares, mas, em todo o caso, em si mesmo constitui já um laboratório político-social e um complexo de referência política para penetrar na nossa sociedade, no seu passado e no seu futuro”¹.

Pietro Grassò, sobre o mesmo fenómeno, fala de “novidades radicais”². E daí retira, como veremos adiante, consequências no sentido da própria extinção da ideia de um poder constituinte originário (desorganizado) do povo, de uma subjectividade originária, extra e pré-constitucional, afirmando que se insinua “uma tendência no sentido de procurar motivos e símbolos bem diversos da velha fórmula do poder constituinte e mesmo a ela contrários”³. Parece ter nascido um precedente que consiste na necessidade de justificar a nova ordem com argumentos de fidelidade formal à velha, como se esta autorizasse e mesmo potenciasse aquela. “Com efeito, até há não muito tempo, a todos parecia absurdo imaginar que uma constituição democraticamente instaurada pudesse trazer o fundamento da sua legitimidade num qualquer nexos com critérios de um anterior regime derrubado, em vez de uma própria força intrínseca, operante no presente”⁴. Também Claude Klein, observando que o ineditismo histórico das transições voltou a pôr na ordem do dia a problemática do poder constituinte, deixa patente a sua perplexidade na afirmação seguinte: “É a vontade deliberada dos países considerados [Espanha, Grécia e Estados comunistas] de realizar a passagem à democracia na continuidade constitucional, quer dizer, respeitando – pelo menos na forma – as regras sobre a revisão, aquilo que impressiona”⁵.

O paradigma (o “quase modelo”) da transição constitucional, na medida em que compreende a manifestação do poder constituinte regulada por normas contidas na constituição a destruir, opõe-se à concepção clássica segundo a qual a implantação de

¹ Ibidem, 26.

² PIETRO GIUSEPPE GRASSÒ, “Potere costituente”, *Enciclopedia del Diritto*, XXXIV, Giuffrè Editore, 664.

³ Ibidem, 664. Isto, observa o mesmo autor, poderá radicar na “dificuldade de justificar, hoje, a fundação *ex novo* de um regime político, com apelo a uma vontade suprema, imanente no corpo social”. No mesmo sentido, observa WILLY ZIMMER: “Este respeito pelas formas por parte dos autores da revolução pode levar a pensar que um novo modo de estabelecimento das constituições começa a aparecer, em ligação com o fim dos regimes não democráticos, caracterizado por uma evolução relativamente pacífica, fora do clássico modelo das insurreições populares, quer dizer, no decurso de um fenómeno de transição” (*La reunification allemande, contribution a la theorie du pouvoir constituant*, Thèse pour le Doctorat, Université de Lille II, 1994, p. 168). Facto que os juristas não podem deixar de aplaudir: “Tais votos de respeito pela continuidade dos procedimentos são saudados por alguns como signos confortantes do progresso civil e retorno às razões do pensamento jurídico” (CONTINI, *La revisione costituzionale in Italia*, Milano, 1965, 288 ss.).

⁴ GRASSÒ, “Potere costituente”, loc. cit., 664..

⁵ CLAUDE KLEIN, *Théorie et pratique du pouvoir constituant*, P.U.F., Paris, 1996, 117.

uma nova ordem jurídico-política não poderia fazer-se senão à revelia do direito constitucional em vigor. Sempre se considerou que “a legitimidade de uma Constituição não decorre nunca do procedimento que a faz nascer”¹. Com efeito, ninguém esperaria que o poder constituinte justificasse os seus actos e decisões com argumentos de natureza formal. “A legitimidade há-de ser diferenciada da legalidade, da coincidência com o direito positivo, já que, precisamente, tal direito não existe para o poder constituinte”². No mesmo sentido, afirma Wilhelm Henke, num estilo que faz recordar Sieyès: “O poder constituinte do povo não pode ser nem regulado juridicamente, nem organizado. A sua emergência não está ligada a nenhuma forma nem procedimento”³. E se o poder constituinte, no seu acto desconstituinte, procede à margem e contra o ordenamento vigente, também as modalidades do exercício do novo poder têm de ser estranhas à constituição que se pretende substituir. Mortati observa que a decisão constituinte “determina necessariamente, pela sua própria natureza, uma renovação da fonte de poder e implica por isso a queda do precedente ordenamento. O governo que a toma não encontra mais neste ordenamento a investidura do seu poder e, portanto, não age como seu órgão...”⁴.

Em resumo, vista a questão sob a perspectiva da teoria constituinte clássica, da dogmática jurídica do poder constituinte, todo o processo constituinte, se for tal, supõe a autoformação de um governo provisório, autolegitimado pela própria revolução, e a reunião de uma assembleia constituinte unicameral convocada com o objectivo expresso de elaborar e aprovar uma nova constituição que confira legalidade constitucional às mudanças de regime previstas no programa revolucionário.

Bem ao contrário disto, em vez da criação *ex-nihilo* de constituições elaboradas por assembleias constituintes convocadas por governos *de facto*, emanações directas do poder constituinte originário do povo, o que se observa no paradigma emergente é antes a prática de mudanças de constituição sem ruptura com os comandos processuais do ordenamento anterior. Aproveitam-se os mecanismos da revisão previstos na constituição rejeitada para criar o novo ordenamento constitucional: ou se

¹ R. CAPITANT, prefácio a L. Hamon, *De Gaulle e a República*, Paris, Plon, 1958, IV. A legitimidade acrescenta o autor, “deriva unicamente do seu conteúdo, da conformidade deste aos princípios da democracia na qual reside unicamente a legitimidade reconhecida pelo nosso século”.

² KLAUS STERN, *Derecho del Estado de la Republica Federal Alemana*, ed. cit, 318.

³ WILHELM HENKE, *Die verfassunggebende Gewalt des deutschen Volkes*, Setuttgard, 1957, 25 (citado por WILLY ZIMMER, *La reunification allemande, contribution a la theorie du pouvoir constituant*, ed. cit., 170).

⁴ COSTANTINO MORTATI, *Studi sul potere costituente e sulla riforma costituzionale dello Stato*, *Raccolta di scritti* – I, Milano, Giuffrè Editore, 1972, 121.

alteram os instrumentos jurídicos da revisão (órgão e procedimento) ou, noutros casos, o próprio órgão de revisão, cedendo a pressões externas, procede a alterações da constituição no sentido da destruição dos pilares políticos do antigo regime. De qualquer das maneiras, ilude-se a descontinuidade radical, a ruptura ideológica, formal e institucional, que era apanágio dos processos constituintes da primeira geração¹. Procura-se, pois, abafar ou eliminar as conotações revolucionárias que envolvem a simples ideia de assembleia constituinte (de facto, na lógica do modelo anterior, “assembleia constituinte é uma palavra suave para dizer revolução”²) e, assim, facilitar a legitimação dos diplomas constitucionais a produzir.

Se, bem vistas as coisas, não pode deixar de haver uma descontinuidade material, porque se trata de estabelecer um novo regime, o facto é que há ao mesmo tempo uma continuidade formal, e é precisamente nesta que reside a originalidade do processo. Fica afastada a aparência de vazio jurídico que dantes ensombrou a instauração de um novo ordenamento constitucional. São, desta maneira, as próprias forças do regime em declínio que, de forma inédita, tomam a iniciativa constituinte e assumem o governo provisório ou, dito mais rigorosamente, o governo transitório. “Os governos transitórios... não se instalam no poder de uma maneira originária, mas em seguida a uma decisão tomada pelas mais altas autoridades do regime anterior que invocaram para este fim a legalidade ditatorial”³.

Referindo-se à América latina, Kamini assinala a existência de um traço comum a todas as transições constitucionais ali realizadas: as ditaduras não caíram por efeito de uma insurreição revolucionária das massas. Não significa isto que as pressões de rua não se tenham feito sentir. Mas o facto, verdadeiramente inédito, é que a iniciativa (demissionária) foi deixada às autoridades do velho regime que, em segurança, entraram em negociações com as forças da oposição. Obviamente a solução negociada só é viável quando nenhuma das partes em confronto se sente capaz de impor unilateralmente a sua vontade, pelo menos sem recorrer a excessos de violência. “Esta modalidade de transição pressupõe uma situação que se caracteriza por um equilíbrio de inércia, em que as forças ditatoriais não conseguem permanecer mais tempo no poder senão à custa de uma intensificação desmesurada da repressão,

¹ Vide BISCARETTI DI RUFFIA, *Diritto Costituzionale*, Napoli, 1983, p. 221.

² R. BONGHI, “La costituente”, in *Programmi politici e partiti*, Milano, 1993, citado por PAOLO POMBENI, “Potere costituente e riforme costituzionali”, loc. cit., 86.

³ G. KAMINIS, *La transition constitutionnelle en Grèce et en Espagne*, ed. cit., 137.

enquanto as principais forças da oposição não ousam ou não querem provocar uma mudança violenta”¹.

Quer dizer que quem pode ainda invocar a legalidade já não se encontra em condições de invocar a legitimidade, ao passo que quem se espalda nesta ainda não pode socorrer-se daquela. Assim sendo, o velho poder cede cobertura legal ao advento do novo em troca de garantias para uma exoneração tranquila. Garantias que, de resto, não se limitam ao respeito das pessoas, mas que também implicam moderação no que concerne à reforma das instituições do passado. E por aqui se vê que este tipo de transições de uma ditadura para a democracia não oferece contexto para insurreições populares ou militares. Trata-se de processos constituintes em que o conflito dá lugar ao consenso, que é “aquilo que se produz quando uma grande proporção de membros de uma sociedade se põe mais ou menos de acordo em relação às decisões que hão-de adoptar-se (consentimento colectivo de unidade) sobre a distribuição de autoridade, *status*, direitos, riquezas, rendas, e outros bens e valores escassos e importantes (...) Esse consenso faz referência à identidade, ao comum, ao compartilhado, à adesão, etc., em oposição a situações em que o que impera é justamente o contrário: a cisão, o contraditório, a recusa, etc.”².

O consenso é tão necessário à caracterização das novas transições constitucionais quanto o conflito, supondo violência física e coacções de toda a ordem, o era para caracterizar as anteriores rupturas revolucionárias. Raúl Morodo observa que, se há palavra capaz de exprimir com propriedade o processo da transição constitucional em Espanha, essa não é outra senão *consenso*. “Assinalei noutra lugar que em todas as grandes etapas constituintes, de substituição de um regime político ou de transformação do sistema sócio-económico, se introduzem ou se revalorizam termos que, com maior ou menor precisão conceptual, exprimem a nova realidade. Na transição espanhola será o consenso (...) No caso espanhol, a política do consenso funcionou como estratégia pré-constituente e constituinte. Este foi o dado excepcional e positivo que caracterizará a transição para a democracia”³.

O consenso das forças políticas dominantes consegue-se quase sempre através de pactos. Pacto é por isso outra das palavras a que os politólogos prestam mais atenção quando estudam o fenómeno das transições para a democracia. É que, de facto,

¹ Idem, *ibidem*, 5.

² R. DEL ÁGUILA e R. MONTORO, *El discurso político de la transición española*, Centro de Investigaciones Sociológicas, Madrid, 1984, 107.

³ RAÚL MORODO, *La transición política*, ed. cit., 146-147.

a suavidade da mudança é fruto de um acordo, podemos dizer oportunista, que as forças em descensão e as forças em ascensão estabelecem entre si para que os custos da transição sejam minorados o mais possível em benefícios de ambas as partes. “O núcleo central de um pacto consiste num compromisso negociado na base do qual os actores concordam no acantonamento ou subutilização da sua capacidade de infligir-se reciprocamente danos através de um sistema de garantias para a protecção da própria autonomia corporativa ou dos próprios interesses vitais. Isto é, em linha geral, comporta a estipulação de «cláusulas» sobre o não recurso à violência por parte de todas as forças contraentes, uma proibição a apelar a forças externas (militares ou massas populares) e o compromisso a resolver todas as divergências futuras através de novos pactos”¹.

3.2. O mapa das transições constitucionais legais

a) *Primeira vaga europeia: as experiências de Espanha e Grécia*

Estas transições iniciaram-se em Espanha, onde a inquietação provocada pela revolução portuguesa impôs uma mudança política prudente, “convertendo-a em transacção calculada”². O sucesso desta nova modalidade de transição constitucional tornou-a apetecível e exportável para outros países com regimes autoritários já insustentáveis. Orgulhosamente, Pablo Lucas Verdù diz que “pode falar-se de um *invento e façanha espanhóis*” que mobilizou toda a espécie de operadores políticos (povo, Coroa, meios de comunicação social, governo e oposição) e que constitui “um succulento tema para historiadores, sociólogos, politólogos e juristas (...) As gerações vindouras corroborarão, sem dúvida, como os estrangeiros já comprovaram, que tal

¹ PHILIPPE C. SCHMITTER, “Patti e transizioni: mezzi non-democratici a fini democratici?”, *Rivista italiana di Scienza Politica*, XIV, n.º 3, dicembre 1984, p.365 ss.

² RAÚL MORODO, *La transición política*, ed. cit., 36. “A transição política espanhola e o seu processo constituinte, quer dizer, a mudança de um regime totalitário para uma monarquia democrática, formalizada na Constituição de 1978, é um dos fenómenos políticos contemporâneos mais surpreendentes e atípicos. Surpreendente pela *forma* peculiar e ambígua como se produziu, respeitando procedimentalmente a legalidade corporativo-franquista, isto é, mudança a partir da própria legalidade; e surpreendente, também, pelo seu *conteúdo*: realmente, houve não uma simples alteração ou revisão, mas uma substituição *total* do regime político. O que, em termos schmittianos, se diria “destruição” da legalidade totalitária. Esta substituição afecta tanto o estabelecimento de novas bases ideológicas, de democracia pluralista, e a implantação das correlativas estruturas institucionais semelhantes às predominantes na Europa Ocidental. Mudança de regime político que não implicou – porque não era este o objectivo – uma mudança no sistema sócio-económico, mas sim, ao menos, uma maior racionalização (idem, *ibidem*, 25).

invento e façanha da transição espanhola foi um *modelo político exemplar* (...) Consola, pois, comprovar que a escassa inventiva jurídico-política do século XIX espanhol e os maus exemplos (pronunciamentos, guerras civis, golpes de Estado, aniquilação do discrepante) foram substituídos, afortunadamente e queira Deus que definitivamente, pela recente operação transicional que, deste modo, se eleva a valor emblemático”¹.

Até à morte de Franco, não existia uma constituição no sentido de texto único que reflectisse o pacto das forças políticas em confronto no momento constituinte. A constituição que vigorava no país, uma constituição aberta, era formada por sete Leis Fundamentais que foram sendo aprovadas desde o início do franquismo conforme as exigências das circunstâncias². Morto o ditador e enfraquecida a base social de apoio e, conseqüentemente, a legitimidade das instituições franquistas, impunha-se a mudança de regime³. O modelo de transição para a democracia proposto pelas forças de oposição ao regime e plasmado no programa da “Coordenação Democrática” não fugia ao modelo clássico: formação imediata de um governo provisório “de largo consenso democrático”, o qual, rompendo com a constituição franquista, assumiria o poder constituinte originário (vazio de poder), restabeleceria o exercício efectivo de todas as liberdades políticas, e designaria, por meio de eleições livres, uma assembleia constituinte que procederia à elaboração de uma nova constituição.

Não foi, porém, esse o modelo escolhido por Suárez que, para assegurar uma saída pacífica da ditadura, opôs à política de ruptura uma política de compromisso, o que significava serem as autoridades do franquismo a conduzir o processo

¹ PABLO LUCAS VERDÚ, “Transición política. Cambio político, transformación político-social, cambio establecido” *Revista de Estudios Políticos*, (Nueva Época) n.º 43, 1985, pp. 149-151 (sublinhado por ele).

² Foro do Trabalho (1939), Lei Constitutiva das Cortes (1942), Foro dos Espanhóis (1945), Lei do Referendo (1945), Lei de Sucessão na Chefia do Estado (1947), Lei de Princípios do Movimento Nacional (1958), Lei Orgânica do Estado (1967).

³ “Abandonado o espartilho da autarquia económica e inviável já o isolamento retrógrado e compulsivo, produzem-se nos anos 60 toda uma série de fenómenos que mais tarde darão os seus frutos: o crescimento económico; a ascensão definitiva da classe média; a imigração urbana; a massificação da Universidade e o acesso generalizado a ela da classe média; a mudança quantitativa e qualitativa operada nos contactos e comunicações do povo espanhol com o exterior e concretizado, numa corrente de dupla via, na emigração e no turismo; os progressos tecnológicos; a própria revolução cultural juvenil de uma nova geração de espanhóis que derruba impetuosamente as fronteiras com o exterior e o passado, e que vibra, em unísono com os jovens de outros países, com Marcuse, os Beatles, o “Che” Guevara, que está de alguma forma presente nas barricadas de Maio, nas ruas enlutadas de Praga e no protesto generalizado contra a guerra do Vietname. Essa geração que, já nos umbrais da transição, faz seus os cravos de Lisboa, é mais espontaneamente internacionalista do que todas as que a precederam...” (RAÚL MORODO, *La transición política*, ed. cit., 12-3)

transitório¹. Fazia-se a “revisão” constitucional em duas etapas (duas “revisões” sucessivas): num primeiro momento, respeitando-se o processo de revisão constitucionalmente previsto, altera-se o próprio processo de revisão; num segundo momento faz-se a alteração constitucional nos novos termos da revisão. Assim, de acordo com o procedimento de revisão estabelecido pelas Leis Fundamentais, é aprovada a Lei *para* a Reforma Política² (Lei n.º 1/1977, de 4 de Janeiro, *oitava Lei Fundamental*), que alterou a composição das Cortes, que passaram a estruturar-se em duas câmaras: o Congresso dos Deputados e o Senado. Inquestionável indício da “intencionalidade rupturista” da Lei é a firmeza com que ela postula a democracia como única forma de poder legítimo e o voto popular como única fonte de poder democrático: “É condição essencial da democracia que as diversas correntes aceitem como postulado que não têm outra força democrática verdadeira senão a que deriva da comprovação legal e efectiva do número de cidadãos que as apoiam através do seu voto nas urnas”. Assim, antecipando-se à futura constituição, já a Lei para a Reforma Política, produzida no quadro constitucional da ditadura, estabelecia um novo regime, trocando a democracia orgânica do franquismo por uma democracia de cidadãos e partidos (democracia pluralista). Kaminis diz tratar-se de uma “ruptura dissimulada”³ e R. Morodo de um “encobrimento formal” que conferia aparência de reforma a uma verdadeira “alteração/destruição da legalidade franquista”⁴.

¹ “A transição para a democracia começou verdadeiramente em Julho de 1976 com a designação de Adolfo Suárez como primeiro-ministro (um jovem e relativamente desconhecido produto do Movimento Nacional...). Patenteando uma impressionante habilidade política (e com a estreita colaboração do Rei e de Torcuato Fernández-Miranda, Presidente das Cortes e do Conselho do Reino), Suárez persuadiu as antigas Cortes orgânicas a cometerem um suicídio institucional aprovando a Lei para a Reforma Política em Outubro de 1976” (RICHARD GUNTHER, “El proceso constituyente español”, *Revista de Estudios Políticos* (Nueva Época), 49, Enero-Febrero 1986, 39).

² Contrariamente às sugestões de algumas forças conservadoras que tinham pensado numa lei “de” reforma política, Suárez prepara um projecto “para” a reforma política. “Na Oitava Lei Fundamental coexistiam, com efeito, duas revisões. A primeira era a realizada por ela mesma por meio das modificações que ela aportava às Leis Fundamentais anteriores. Deste ponto de vista, a Lei para a Reforma Política era uma lei «da» Reforma. Mas... era também uma «para» a Reforma pelo facto de que, modificando o modo de revisão constitucional e confiando o poder de revisão a Cortes designadas por sufrágio universal, ela abria a via para uma revisão ulterior que seria realizada pelos representantes do povo” (G. KAMINIS, *La transition constitutionnelle en Grèce et en Espagne*, ed. cit. p.146).

³ KAMINIS, o. cit., 149.

⁴ MORODO, o. cit., 136. Por sua vez, SÁNCHEZ AGESTA chama a atenção para o laço de continuidade da Lei sublinhando o facto de ela não conter nenhuma cláusula derogatória: “Esta *não derrogação* era o sinal político manifesto, que curiosamente passa despercebido aos comentaristas, da diferença entre ruptura, que teria feito tábua rasa do regime anterior, e reforma, como uma mudança progressiva do existente (...) A reforma não é uma onda tempestuosa que tudo arrasa, mas uma maré que sobe lentamente” (*Sistema político de la constitución española de 1978*, Editora Nacional, Madrid, 1981, 43). E mais adiante: “Não houve em Espanha nem uma revolução, nem um golpe de Estado. Houve um processo de sucessão de um regime que desde 1967 tinha uma vontade confusa, ambígua e obscura de mudar (...) E assim se estabeleceu, como alguém sublinhava, a Oitava Lei Fundamental [Lei para a

Serão as Cortes eleitas nas condições estipuladas por aquela Lei que terão o encargo de, num segundo momento, operar a revisão da constituição¹. Não que elas tivessem recebido expressamente essa incumbência, já que o propósito anunciado de uma nova legalidade não parecia implicar a instauração de uma ordem constitucional diferente². A substituição de um regime político por outro, da ditadura pela democracia, processava-se de forma discreta e isso significa que se processava com omissões estratégicas que, obviamente, feriam o princípio democrático da publicidade. Nunca se disse ao eleitorado que a assembleia a eleger iria ter poderes constituintes, isto é, que iria criar uma nova constituição. Por outro lado, a falta de transparência na elaboração do projecto constitucional (dimensão diurna e nocturna) foi outra das manifestações do défice democrático. Tudo decorreu, do ponto de vista estritamente jurídico, sob o signo da continuidade. A dissimulação da ruptura permitiu a passagem, sem traumatismos revolucionários da legitimidade do Movimento à legitimidade democrática³. Por outro lado, possibilitou a adesão (ou, pelo menos, evitou uma aberta hostilidade) das forças

Reforma Política] que não tinha nenhuma cláusula de derrogação e que só derogava o que estivesse em contradição flagrante com os seus princípios” (ibidem, 46).

¹ Pela “primeira vez na história constitucional mundial num processo constituinte iam participar duas Câmaras”, constata JORGE DE ESTEBAN, “El proceso constituyente español, 1977-1978”, in J. F. TEZANOS, R. COTARELO e A. De BLAS, eds., *La transición democrática española*, Editorial Sistema, Madrid, 1993, 280).

² Não deixa, pois, de ser pertinente a opinião expendida por JAVIER RUIPÉREZ: “do que não pode restar dúvida é de que, quando o Parlamento eleito em 1977 se autoproclamou como Cortes Constituintes, o que fez foi, ao modo e maneira que tinham feito os Estados Gerais em França de 1789 ou as Cortes de Cádiz, romper todo onexo de união com a situação jurídica e política anterior. Inaugurava-se, desta maneira, uma situação fáctica, na qual o Constituinte de 1977-1978 decide, em nome do povo espanhol como único sujeito legitimado para decidir como ia ser governado, estabelecer uma nova ordem jurídica e política. Nova situação jurídica que, de maneira indubitável, o Povo aceita” (“Los principios constitucionales en la transición política. Teoría democrática del Poder Constituyente y cambio jurídico-político en España, *Revista de Estudios Políticos*, n. 116, 2002, p. 64).

³ PORRAS NADALES é de opinião que não se aplica à transição entre estas duas legitimidades a solução de BURDEAU: o processo da ruptura seria objecto de uma legitimação *a posteriori*. Logo, “só poderá colocar-se, pelo menos a nível teórico, a possibilidade de uma *legitimação intermédia* que se produziria a partir da incorporação das forças ou grupos políticos maioritários num processo constituinte cuja iniciativa partiu dos poderes constituídos do anterior ordenamento. Encontrar-nos-íamos diante duas etapas de conteúdo inverso às duas fases da «revolução de laboratório» aventadas por Burdeau: na *primeira* delas a actuação de um puro e simples poder de reforma; quer dizer, não tendo existido uma mutação na distribuição de forças sociais e políticas pré-existentes que dê lugar ao surgimento de uma nova vontade política dominante que actue como um autêntico poder absoluto, não pode falar-se de poder constituinte em sentido próprio, capaz de gerar uma formação originária, *ex novo*, de um novo tipo de Estado, mas antes do exercício por parte das mesmas forças sociais, anteriormente dominantes, de um poder de revisão nascido no seio do velho ordenamento e manifestada formalmente como poder constituinte constituído. A incorporação, numa *segunda fase*, de forças sociais e políticas alheias ao anterior sistema (expressão, ainda que controlada e manipulada, do pluralismo social) permitiria a transformação material desse poder de reforma num autêntico poder constituinte, isto é, suporia uma possível legitimação intermédia através da qual certamente um processo autogerado e controlado de reforma alcançaria, ao transformar-se em constituinte, o seu máximo possível de legitimação” (ANTONIO PORRAS NADALES, “Notas sobre la teoría del poder constituyente y la experiencia española”, *Revista de Estudios Políticos* (Nueva Época), 24, 1981, 175).

conservadoras que, conhecedoras das transformações sociais que reclamavam novas instituições políticas, não colocaram entraves à transição constitucional.

Se o produto normativo saído do labor do Congresso e do Senado, câmaras dotadas do poder de revisão, acabou por ser uma constituição democrática – logo, uma constituição nova – a questão que se coloca é a de saber em que momento do procedimento constituinte houve a solução de continuidade. Os autores são unânimes em situar a ruptura na publicação da Lei para a Reforma Política. Com efeito, numa perspectiva política, o conteúdo desta Lei, designadamente a introdução do sufrágio universal e, sobretudo, a atribuição da faculdade de revisão às Cortes com a sua nova configuração supunha, pura e simplesmente, a destruição do regime constitucional autoritário, e isso apesar de se respeitarem certas formas processuais deste.

A mesma aparência de legalidade (iniciativa das próprias autoridades do antigo regime e o recurso aos mecanismos de revisão para criar uma nova constituição) se encontra no processo constituinte grego, embora aqui o caminho seguido seja menos linear e, à primeira vista, possa mesmo sugerir a ideia de uma ruptura ostensiva¹.

Pelo Acto Constitucional A (Estatutário) de 1 de Agosto de 1974, motivado pelo grande fracasso da aventura militar de Chipre, o Presidente da República, general Ghizkis, decretou a abolição do texto constitucional de 15 de Novembro de 1968 e de todos os outros actos de conteúdo constitucional editados desde o golpe militar de 21 de Abril de 1967, repondo em vigor a Constituição de 1 de Janeiro de 1952, com algumas modificações e com excepção das disposições que definiam a forma do regime. Até à aprovação da *Constituição definitiva do país*, o general Ghizkis continuaria a exercer as funções de chefe de Estado, promulgando ele próprio, nessa qualidade, todos os diplomas legais da autoliquidação da ditadura militar. Caramanlis era, desde 24 de Julho de 1974, o primeiro-ministro de um governo provisório, tendo sido nomeado pelo decreto presidencial 517/74 na sequência de uma cimeira de militares e democratas, cimeira essa que, sem dúvida, constituiu um momento decisivo da transição do poder

¹ Talvez por causa de um protagonismo maior das forças armadas, há quem associe o processo grego mais ao português do que ao espanhol, facto que lhe retiraria mérito dentro do paradigma das transições constitucionais, ao mesmo tempo que tornaria ainda mais patente a originalidade da transição ocorrida em Espanha. Nesse sentido, RAMÓN COTARELO sublinha que a grande maioria dos autores está de acordo em que a transição política espanhola é um fenómeno único e sem precedentes, não tendo, pois, paralelo com o que se passou em Portugal e na Grécia. “Ainda que, com efeito, se trate da mutação das três últimas ditaduras da Europa ocidental em outras tantas democracias e ainda que não tenhamos de levar até ao exagero o critério da absoluta dissemelhança dos processos históricos, o que é certo é que as transições da Grécia e de Portugal, por motivos muito distintos, não são tão interessantes do ponto de vista científico-político como a espanhola” (“La transición política”, in J. F. TEZANOS, R. COTARELO e A. De BLAS, eds., *La transición democrática española*, Editorial Sistema, Madrid, 1993, 31-32).

dos primeiros para os segundos. Na opinião de Kaminis existe uma certa ambiguidade no estatuto jurídico do governo de Caramanlis já que, por um lado, ele foi expressamente nomeado com base na constituição ditatorial que, na altura, ainda estava em vigor e, por outro, ele foi inequivocamente nomeado para romper com a ordem constitucional da ditadura e repor a democracia. A primeira circunstância faz dele um governo legal-constitucional; a segunda coloca-o na categoria dos governos *de facto*. Mas foi precisamente esta duplicidade a característica distintiva das transições constitucionais¹.

O Acto Constitucional de 1 de Agosto de 1974, dito Estatutário, não se limitava a repor a Constituição de 1952. Introduzia algumas modificações e previa outras nos seguintes termos: “para o período transitório até à convocação da Representação Nacional, [as disposições constitucionais] podem ser adaptadas às circunstâncias nacionais e políticas pela edição de actos constitucionais decididos em Conselho de Ministros, ratificados e publicados pelo Presidente da República”. Observando estes requisitos, foi publicado o Acto Constitucional de 3/4 de Outubro de 1974, que impôs ao Governo que viesse a sair das eleições para a Representação Nacional o prazo de 15 dias para organizar um referendo “sobre a forma do regime democrático do país”, pretendendo-se que a escolha fosse feita “pela livre e directa expressão da vontade do povo grego”. O mesmo diploma conferia à Câmara eleita o direito de modificar, ab-rogar e completar disposições da Constituição, mesmo as fundamentais, com excepção apenas das respeitantes à forma do regime que ficariam a aguardar o resultado do referendo. Quanto ao governo, esse era incumbido da iniciativa: “Com o fim de ajudar a Representação Nacional na sua obra de revisão constitucional (...) e de garantir a sua rápida conclusão, o Governo saído das eleições fica encarregado de elaborar um projecto de Constituição cuja redacção deve garantir as liberdades individuais e políticas... [garantindo] a participação plena e igual de todos os cidadãos na organização social, económica e política...”. A Representação Nacional terá três meses após a recepção do projecto para aprovar a constituição definitiva do país, respeitando o regime consagrado pelo referendo. Não o fazendo naquele prazo, o governo poderá submeter o seu projecto constitucional a referendo, depois de introduzir

¹ “As razões, no fundo, não são diferentes daquelas que obrigaram o governo de Suárez a recorrer à tática «reformista» como meio de conciliar no processo transitório forças políticas e instituições que se reclamam de legitimidades diferentes e, por vezes, opostas” (G. KAMINIS, *La transition constitutionnelle en Grèce et en Espagne*, ed. cit., 161). A assunção voluntária da mudança de regime por parte dos militares configura o aspecto de uma “Democracia outorgada” (ibidem).

nele as disposições entretanto votadas pelo órgão legislativo. Finalmente, aprovada a constituição por qualquer das modalidades, a Representação Nacional transforma-se automaticamente numa assembleia legislativa ordinária.

Da leitura destes textos poderia concluir-se que houve uma ruptura aberta e ostensiva com o regime dos coronéis. No entanto, se observarmos o processo constituinte grego mais atentamente, veremos que as coisas se desencadearam sob uma cadeia de legalidade formal rigorosa. Passou-se da ditadura à democracia sem necessidade de dar saltos sobre o vazio constitucional das revoluções clássicas. Desde logo, o Acto Constitucional Estatutário não punha em causa a validade das decisões decorrentes dos Actos constitucionais promulgados desde Abril de 1967. O seu sentido era dúplice: colocava todos os actos jurídicos da ditadura ao abrigo de *uma presunção de validade*, “atribuindo ao mesmo tempo ao legislador comum o poder discricionário de proceder à ab-rogação *ex tunc* ou *ex nunc* de um ou vários desses actos. Quer dizer que a regra implicitamente posta estipulava que, em princípio, as normas jurídicas editadas pelo regime precedente permaneciam válidas quanto aos seus efeitos anteriores a 1 de Agosto de 1974”¹.

A vertente rupturista tornou-se mais evidente a partir da Resolução D pela qual a Representação Nacional, “exprimindo a vontade do Povo Soberano”, declarava que a democracia, estabelecida pela Constituição de 1952, nunca fora abolida *de iure*. Valia isso por negar toda a legitimidade ao regime instalado pelo golpe de 1967 (*princípio da inexistência*) e, conseqüentemente, considerar (em contradição com o Acto Constitucional A) feridos de nulidade todos os actos jurídicos desse regime. No entanto, a reposição da constituição de 1952 não foi integral, havendo mudanças estruturantes decididas (inconstitucionalmente) pela ditadura que foram conservadas no período de transição. O destaque vai para o Acto Constitucional de 1 de Junho de 1973 pelo qual, à revelia do artigo 108º da Constituição de 1952, que interditava a revisão da forma monárquica do regime, o Conselho de Ministros aboliu a monarquia e proclamou a República Parlamentar. Mau grado o regresso à ordem constitucional de 1952, a transição constitucional foi conduzida sob o princípio republicano que acabou por ser confirmado pelo referendo de 9 de Dezembro de 1974. Chamado a pronunciar-se sob a forma do regime, o povo grego optou expressivamente por uma democracia não coroada. Resolvida a questão do regime, a Câmara com poder para alterar todas as

¹ G. KAMINIS, *La transition constitutionnelle en Grèce et en Espagne*, ed. cit., 168.

disposições da constituição pré-ditatorial, incluindo as “disposições fundamentais”, com excepção apenas do artigo 108º que foi revogado pelo acto referendário, poderia finalmente, pelo método da revisão, dotar a Grécia de uma constituição inteiramente nova.

b) O paradigma das transições constitucionais na América Latina

Também na América Latina, na década de oitenta, se iniciou um movimento de transição constitucional em sentido democrático, num processo contínuo de mudança gradual e relativamente pacífica que abarcou todo o continente. Uma década depois das transições democrático-constitucionais ocorridas na Europa do Sul, foi a vez dos países latino-americanos encetarem processos de renovação constitucional através dos quais regimes autoritários foram consentindo e promovendo eles próprios a transição para a democracia. Cederam à necessidade de reformar em profundidade estruturas jurídico-políticas que se mostravam inábeis para as novas exigências da internacionalização económica. Assim, reforçando a hipótese de um novo ciclo de processos constituintes, foram surgindo, de situações constitucionais não democráticas, novas constituições de feição liberal-democrática. Nuns casos, elaboraram-se novas constituições (Brasil, Guatemala, El Salvador, Honduras, Nicarágua, Colômbia, Paraguai); noutros, a viragem passou pela reforma dos textos constitucionais vigentes (Costa Rica, Chile, México); noutros ainda, constituições que haviam sido ditatorialmente suspensas foram postas de novo em vigor (Uruguai, Argentina). Diferentes que tenham sido as vias da transição constitucional, as novas constituições iberoamericanas “são – como dizem Luis López e Luis Aguiar – bons expoentes deste novo modo de realizar mudanças políticas em profundidade, caracterizado pela transacção entre os diversos sectores políticos, a manutenção da legalidade anterior como norma conformadora do processo de mudança e o respeito da vontade popular expressa em eleições pluralistas e livres como princípio basilar de todo o processo”¹. Uma disposição activa por parte dos governantes para renunciarem à dimensão ilegítima do seu poder e o carácter predominantemente controlado das mudanças em curso

¹ LUIS LÓPEZ GUERRA y LUIS AGUIAR, *Las Constituciones de Iberoamerica*, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1992, 9 e ss..

(“democracia tutelada”, “descompressão”)¹, factos sem dúvida muito condicionados pelo sucesso da transição espanhola, fizeram dos processos hispano-americanos outros tantos exemplos de reafirmação da emergência de um novo paradigma de transição constitucional.

Tratando-se de passar de um regime a outro por meio de negociação, discute-se a questão de saber qual dos dois lados terá sido preponderante na transacção: o lado do poder oficial, em decadência, ou o lado do poder não oficial, em ascensão². Alguns estudiosos destes processos latino-americanos inclinam-se para a primeira hipótese, assinalando que a transição teve origem nas mudanças internas de um governo de tipo militar-burocrático que evoluiu, primeiro, para um estágio de *liberalização* (“definido como restabelecimento ou extensão dos direitos individuais e de grupo”³) e, logo depois, para um estágio de *democratização* (“entendido como estabelecimento de um princípio de cidadania baseado pelo menos num ‘mínimo procedimental’ de participação”⁴). Outros autores, entre os quais J. L. Cohen e A. Arato, perfilham a segunda hipótese, considerando que a transição constitucional, na América latina como na Europa de Leste, se ficou a dever fundamentalmente à mobilização da sociedade civil, renascida a partir de foros públicos que vão desde as discussões intelectuais nas universidades, nas livrarias, nos cafés, etc., até às formas mais populares de associação e reunião constituídas em torno de problemas e interesses que afectam o quotidiano das pessoas e dos grupos. No plano da evolução das configurações sociais, podemos ver a sociedade civil como resultado da transformação da *massa* homogénea, que sustentava a ditadura populista, numa pluralidade não integrada de movimentos de opinião, identificados apenas na sua luta comum por formas de vida democráticas⁵.

¹ ROBERT R. KAUFMAN observa que as mudanças dificilmente saíram do controlo das forças ainda no poder: “A metáfora da «caixa de Pandora», às vezes aplicada a estas «reformas» governamentais, é a todos os títulos exagerada, tendo em conta a possibilidade sempre presente de uma repressão selectiva ou do uso em grande escala da coacção declarada para aprofundar e ampliar o processo exclusionista” (“Liberalización y democratización en America del Sur: perspectivas a partir de la década de 1970”, in GUILLERMO O’DONNELL, PHILIPPE C. SCHMITTER y LAURENCE WHITEHEAD, *Transiciones desde un gobierno autoritario*/3, Ediciones Paidós, Barcelona, 1994, 150).

² J. L. COHEN e A. ARATO, *Sociedad civil y teoría política*, Fondo de Cultura Económica, México, 2000, 34 e ss., 70 e ss.

³ Ibidem 71.

⁴ Ibidem, 71

⁵ Aliás, facilmente se reconhecerá que são muito diferentes as culturas políticas dentro das quais, na América latina, emergem as transições. Uma tentativa de classificação dicotómica pode ser aquela que PHILIPPE C. SCHMITTER imaginativamente propõe. Ele associa – e contrapõe – *democraduras* (misto de democracia e ditadura) e *dictablandas* (ditaduras brandas): “de modo diferente das *dictablandas* que são quase imediatamente sujeitas a transformações através do processo político da liberalização, as *democraduras* tendem a ser mais influenciadas pelas mudanças de longo prazo das estruturas sócio-económicas e dos contextos políticos normativos a nível nacional assim como das tendências políticas e

Da nossa parte temos dificuldade em aceitar o ponto de vista que tende a atribuir um papel excessivo à sociedade civil. Somos mais sensíveis à chamada de atenção de Carmen M. Guinot para os atrasos económicos e para o peso de uma cultura política vinculada a padrões tradicionalistas e autoritários, factores uns e outros muito pouco consentâneos com o desenvolvimento de sociedades civis que aspirassem vivamente ao modelo pluralista da democracia liberal¹. Nestas circunstâncias, mais seguro do que atribuir a iniciativa apenas a um dos lados do confronto político, será considerar que ela só se tornou possível pela concorrência dos dois termos do binómio enunciado, ou seja, por um lado, o sentido da perda de legitimidade por parte dos governos ditatoriais, que sentiram a necessidade de liberalizar e democratizar o regime, e, por outro, a emergência (ou “renascimento”) da sociedade civil como uma nova e influente realidade política. Isto sendo verdade, não deve, no entanto, fazer-nos esquecer que nada mudaria no interior de cada um dos países da América Latina se tal não fosse propiciado pela conjuntura internacional². Na realidade, poderemos dizer que as transições constitucionais que ali ocorreram se inscrevem numa onda de democratização que se repercutiu em várias direcções do planeta e atingiu diferentes regimes.

Em resumo, também na América latina houve transição sem revolução, quer dizer, sem vazio constitucional. É claro que, dizendo isto, não estamos a iludir a vacilação das transições latino-americanas. “As sucessivas ondas de militarização e desmilitarização que o continente americano experimentou desde 1945 deveriam bastar

ideológicas internacionais” (“Patti e transizioni: mezzi non-democratici a fini democratici?”, loc. cit., 373).

¹ CARMEN NINOU GUINOT, “Transición y consolidación democrática en América Latina”, *Revista de Estudios Políticos* (Nueva Época), 82, 1993, 114.

² A conjuntura associa-se ao novo impulso da internacionalização das relações económicas e subsequente processo de globalização. L. WHITEHEAD sublinha o papel que o desejo (ou necessidade) de integração na Comunidade Económica Europeia (CEE) desempenhou na democratização dos países do Sul da Europa: “Na verdade, pode considerar-se a Comunidade Europeia como o «equivalente funcional», na década de 70, da monarquia constitucional...”. De modo análogo, segundo o mesmo autor, as vantagens económicas oferecidas pelos governos norte-americanos atraíram para a democracia os países latino-americanos. Só que as ofertas dos Estados Unidos nunca foram suficientemente estáveis para consolidarem uma transição democrática sem retorno: “os incentivos norte-americanos para a democratização acabavam por ser acções de um pequeno grupo do poder executivo para promover uma facção aliada de uma certa república latina e, assim, era improvável que os seus efeitos se prolongassem para lá da conjuntura política imediata. Em suma, o apoio dos Estados Unidos à democratização seria considerado por todas as partes envolvidas como um compromisso superficial, ao passo que na Europa meridional... a CEE era capaz de oferecer algo que se assemelhava a uma relação contratual” (LAURENCE WHITEHEAD, “Aspectos internacionales de la democratización”, in GUILLERMO O’DONNELL, PHILIPPE C. SCHMITTER y LAURENCE WHITEHEAD, *Transiciones desde un gobierno autoritario*/3, ed. cit., 44-45).

para inspirar cautela a quem pretenda formular predições neste campo¹”. Não querendo percorrer toda a escala de diferenciação proposta por Morlino, como faz Carmen M. Guinot², não podemos contudo deixar de reconhecer que uma coisa é a instauração da democracia e outra é a consolidação desse regime, sendo certo que nem todos os processos de transição geram condições para uma democratização consistente e irreversível. “A instauração e a consolidação não são fenómenos correlativos, já que a instauração pode desembocar na consolidação, mas também numa mudança de direcção dentro do processo de instauração ou numa nova crise do sistema político. Assim, pois, podemos afirmar que a consolidação começa quando a instauração acaba, quando cada uma das novas instituições e normas do sistema estão criadas e começam a funcionar (aprovação da nova constituição, se é caso disso, primeiras eleições, estruturação de um novo sistema de partidos depois das eleições...)”³. É um facto que o processo da transição só se considera fechado com a consolidação do regime democrático. Mas a nós, tendo em vista os precedentes de instabilidade dos regimes da América Latina (A. Rouquié), interessa-nos particularmente a transição enquanto instauração “legal” de uma democracia constitucional a partir de regimes autoritários⁴. E isso significa que o Estado não ficou suspenso e que o poder constituinte, na sua expressão originária, não tomou o lugar dos poderes constituídos. O processo brasileiro de 1984 constitui um caso exemplar.

A abertura do regime permitiu uma campanha para as presidenciais que galvanizou a sociedade civil em torno da exigência das “directas-já”. Logo que anunciadas as eleições para a presidência (o General João Figueiredo anunciou na

¹ ALAIN ROUQUIÉ, “La desmilitarización y la institucionalización de los sistemas políticos dominados por los militares en América Latina”, in O’DONNELL, SCHMITTER y WHITEHEAD, *Transiciones desde un gobierno autoritario*, 3, ed. cit., 171.

² “É sabido que L. Morlino elaborou uma das teorias pioneiras e mais aceites pela comunidade científica sobre as transições e consolidações democráticas, pelo que creio oportuno utilizá-la como marco teórico para definir e caracterizar os processos a que me estou referindo” (CARMEN NINOU GUINOT, “Transición y consolidación democrática en América Latina”, loc. cit., 124).

³ *Ibidem*, 131.

⁴ As dificuldades de previsão atinente à consolidação democrática não são apanágio dos países com larga história de golpes militares como é o caso da generalidade dos países da América Latina. O caso da revolução portuguesa é assinalado por MORLINO como exemplo dessas dificuldades. Estas tornam-se fatalmente tanto maiores quando mais radicais são as mudanças a introduzir. “Com efeito, por um lado, a constituição portuguesa, uma das mais longas dentre as democráticas, com os seus 312 artigos, toca temas substantivos respeitantes ao conflito de classe, fazendo referência a nacionalizações, socialização dos meios de produção, etc.. Por isso, nela só muito dificilmente poderiam reconhecer-se os actores políticos moderados ou de direita.... Portugal, sob este aspecto, caminha para uma consolidação parcial, longa e tormentosa, no centro da qual esteve o debate sobre a revisão constitucional, finalmente aprovada em 1982” (LEONARDO MORLINO, “Consolidamento democrático: alcune ipotesi esplicative”, *Rivista Italiana di Scienza Politica*, XVI, 3, 1986, 445-446).

Televisão eleições para 1988), várias figuras da oposição uniram-se com os dissidentes do partido do governo em torno de um documento intitulado “Compromisso com a Nação” (7 de Agosto de 1984). O compromisso foi assinado por representantes do Partido do Movimento Democrático Brasileiro (PMDB) e pelos dissidentes que, entretanto, haviam formado a Frente Liberal. Propunham-se os signatários criar uma Aliança Democrática, “aberta aos partidos políticos e demais forças democráticas”, tendo em vista, primeiro, a eleição por sufrágio universal de um candidato comum e, depois, a partir daí, a instituição de um regime que promovesse a conciliação entre o Estado e a sociedade, entre o governo e o povo. Na realidade, tratava-se de um verdadeiro programa de transição constitucional. Em concreto, o compromisso assumido implicava o restabelecimento imediato das eleições directas e por voto universal para a chefia do Estado e a convocação em 1986 de uma assembleia constituinte que consagrasse o novo regime numa nova constituição.

A eleição acabou por ser realizada pelo método indirecto, em conformidade com o estabelecido no regime constitucional em vigor, mas o contexto favorável à democracia e a extraordinária mobilização do “povão” brasileiro, que mostrava nas ruas a sua inequívoca e entusiástica adesão ao programa da Aliança Democrática, acabaram por compelir o Congresso eleitoral a eleger Tancredo Neves, candidato da oposição. Tendo este falecido antes da data marcada para a tomada de posse, a Presidência da República foi entregue ao vice-presidente José Sarney que, de acordo com o “Compromisso com a Nação”, logo iniciou diligências com vista à convocação de uma Assembleia Nacional Constituinte. Dando seguimento à iniciativa do Presidente da República, o Congresso Nacional exerceu o poder de revisão, de que dispunha por efeito do Acto Institucional n.º 2, de 27 de Outubro de 1965, para aprovar a Emenda Constitucional n.º 26, de 27 de Novembro de 1985. O artigo 1º dessa Emenda estava assim redigido: “Os Membros da Câmara dos Deputados e do Senado Federal reunir-se-ão, unicameralmente, em Assembleia Nacional Constituinte, livre e soberana, no dia 1º de Fevereiro de 1987, na sede do Congresso Nacional”.

Ainda no exaltante contexto das eleições de 1986, Raul Machado Horta sublinhava a normalidade de um processo que remetia para uma Assembleia Constituinte convocada nos termos constitucionais estabelecidos a responsabilidade de decidir sobre a reconfiguração do novo regime político: “A próxima Assembleia Constituinte possuirá uma característica que a singulariza na galeria das Constituintes Brasileiras. Não é a Revolução a sua deflagradora, afastando-se, desde logo, do modelo

latino da Constituinte revolucionária. A convocação da Constituinte não veio do Governo Provisório ou de Junta de Governo constituídos no coroamento de revolução vitoriosa pelas armas ou pela insurreição. A convocação processou-se na via pacífica de órgãos estatais consolidados e estáveis, como o Presidente da República, no exercício de iniciativa deferida pela própria Constituição vigente, e o Congresso Nacional, que se elegeu em decorrência de actos eleitorais previstos na Constituição e na legislação ordinária anterior à Constituinte”¹.

Já em análise posterior, Paulo Bonavides e Pais de Andrade reiteraram a ideia, merecedora de largo consenso entre os juristas, de que Assembleia Nacional Constituinte de 1987 fora a mais singular de toda a história constitucional do Brasil e isso exactamente porque, contra a tradição das que a precederam, ela não se originou de uma ruptura com a constituição anterior. E se, mau grado esse facto, ainda assim quisermos falar de ruptura, tal poderá fazer-se, segundo os citados autores, apenas no sentido em que a simples convocatória e subsequente funcionamento daquela constituinte representava, só por si, o fim de uma longa “noite de 20 anos sem parlamento livre e soberano” e o regresso à normalidade da vida política². Do ponto de vista dos procedimentos, houve continuidade e não descontinuidade constitucional³, pois a Constituição de 1988 não reporta a sua legitimidade ao sucesso de um evento revolucionário, mas à Constituição anterior submetida às disposições da citada *Emenda constitucional*. Pode então dizer-se que, na transição brasileira, houve ruptura política no resultado, mas continuidade jurídica no processo.

¹ RAUL MACHADO HORTA, “Reflexões sobre a Constituinte”, *Revista Brasileira de Estudos Políticos*, n.º 62, 1986, Universidade Federal de Minas Gerais, Brasil, 35.

² PAULO BONAVIDES e PAIS DE ANDRADE, *História Constitucional do Brasil*, 2.ª Ed., Paz e terra política, Brasília, 1990, 451.

³ Sublinhando a legalidade constitucional deste órgão, GIOVANNI VAGLI (tendo na mente a tradição oriunda das revoluções fundadoras) vai ao ponto de lhe negar o qualificativo de constituinte. O facto é que a Assembleia não tinha por exclusiva finalidade a de aprovar uma nova constituição, antes acumulava a função legislativa ordinária, função que continuaria a exercer depois de aprovado o texto constitucional. “Isto comportou a existência de alguns factores particulares, tais como: a vigência da antiga Constituição de 1967 (embora *emendada*) em vez da sua abolição ou a fixação de um período de interregno; a vigência *não provisória* do estatuto do Congresso, anterior à sua eleição em 15 de Novembro de 1986; a limitação imanente da soberania do Congresso; o problema da duração do mandato do Presidente Sarney em seguida à aprovação do novo texto constitucional” (“La Costituzione brasiliana del 1988”, *Quaderni Costituzionali*, Anno XVIII, n. 3, 1998, 525-6). Enfim, conclui o mesmo autor, reiterando a tese da continuidade: “Não houve aqui uma ruptura nítida e improvisada entre o velho e o novo ordenamento, tendo-se realizado uma autêntica *transição constitucional*”.

c) A segunda vaga europeia: a reconversão democrática dos Países da Europa Central e de Leste

A transição para a democracia nos países socialistas fugiu igualmente ao paradigma clássico¹. Também aqui vemos as forças do regime anterior participar na transição, sendo elas muitas vezes a tomar a iniciativa de pactuar com as forças da oposição acordos que permitem passar de uma constituição a outra sem hiatos ou rupturas constitucionais. A ambiguidade do fenómeno, uma mudança radical que é produzida através de processos legais, levou à criação de estranhas combinações lexicais como “refoluções”, “revolução dos intelectuais”, “revolução de veludo”, “legalismo revolucionário”.

Embora subsumindo-se no paradigma emergente das transições constitucionais, existem particularidades na viragem democrática dos países com socialismo de Estado que levam Claus Offe a ver nesse processo uma nova onda de democratização. A primeira dessas particularidades seria, na opinião deste autor, a inexistência de fracassos militares entre os factores determinantes da mudança de regime político. É claro que este facto só poderá constituir-se em característica distintiva e comum a todas as transições ocorridas nos países de regime socialista na condição de ser minimizado o efeito de deslegitimação causado pelos desaires da ocupação soviética no Afeganistão. Seja como for, mais importante, para particularizar estas transições, é a exigência de uma agenda de transformações mais extensa e difícil do que a implicada nas ondas de democratização anteriores. “Em todos os casos houve que levar a cabo a tarefa de reordenar o regime político sobre os fundamentos de um Estado constitucional de direito e da concorrência entre partidos políticos através de

¹ RALF DAHRENDORF, referindo-se à actividade constituinte que se desenvolvia na Europa de Leste, confessa: “Não temos teorias que possam ajudar-nos a promover, ou mesmo a compreender, a transição do socialismo para a sociedade aberta...” (*Reflexões sobre a revolução na Europa*, Gradiva, Lisboa, 1993, 82). A democratização política dos países de Leste implicou uma mudança literal do sistema e não apenas uma mudança no interior do mesmo sistema, como aconteceu na transição da política ditatorial para a política liberal dentro do modo de produção capitalista. Esse facto pode suscitar a questão da justeza da classificação do fenómeno. “A amplitude das mudanças efectuadas na Europa socialista pode sugerir o uso do termo revolução em vez de transição, como expressão mais ajustada ao carácter global da mudança que afecta simultaneamente a vida económica, cultural, social e política, além de alterar o quadro internacional e os equilíbrios geoestratégicos. Da mesma forma que se fala da «revolução burguesa» poderia falar-se da «revolução comunista» da Europa de Leste, porque as suas mudanças não são menos drásticas do que as daquela” (CARMEN GONZALEZ ENRIQUEZ, “Las transiciones a la democracia en Europa del Este”, *Revista de Estudios Políticos* (Nueva Época), Octubre-Diciembre, 1992, 200). Sobre esta questão de saber se as transformações de Leste configuram ou não uma revolução, ver debate entre DAHRENDORF (que diz que sim) e F. FURET (que diz que não), em RALF DAHRENDORF, FRANÇOIS FURET, BRONISLAW GEREMEK, *La democrazia in Europa* (a cura di Lucio Caracciolo), *Le rivoluzioni del 1989 e i paesi postcomunisti*, Editori Laterza, 1992.

eleições livres. Mas no caso dos Estados da Europa Central e de Leste, a isso somaram-se outras duas tarefas: por um lado, a reordenação básica da vida económica e, por outro, a redefinição da nação e da sua extensão territorial e étnica”¹.

Porém, mau grado a maior complexidade das transformações económicas e sociais, o processo da transição constitucional operou-se nos países de Estado socialista mediante consensos estabelecidos com o envolvimento dos próprios dirigentes. No caso de Mikhail Gorbatchov, a “revolução a partir de cima” a que ele deu início foi, para além dos efeitos produzidos no plano interno (incluindo a própria desagregação da União Soviética²), o princípio e a condição de revoluções semelhantes que imediatamente se desencadearam nos países do Pacto de Varsóvia e do Comecon. Na perspectiva defendida por J. L. Cohen e A. Arato o êxito da transição para a democracia ficou a dever-se a uma progressiva reconstrução da sociedade civil, facto que tornou possível um encontro profícuo entre o reformismo de membros eminentes do partido comunista no governo e as aspirações de emergentes actores económicos e intelectuais. Já antes, ainda na era de Brezhnev, tinha havido uma tentativa de reformas na área da economia destinadas a colmatar a fragilidade competitiva do modelo soviético face à terceira revolução industrial capitalista. “Supondo que o objectivo era primeiro e antes de tudo uma reforma económica que fosse ‘suficientemente longe’ para funcionar, os reformistas de elite argumentaram nessa ocasião que tal só era possível se se transformassem outras áreas da vida e se, além disso, participassem outros actores diferentes do Estado-partido no projecto geral”³. Esse imperativo não foi assumido de forma consequente senão a partir de Gorbatchov (não esquecendo, porém, o corajoso esforço do malogrado Andropov), o que não significa que tenha havido desde logo uma vitória sobre o medo da mudança ou a resistência do aparelho do partido. “A flutuação constante na União Soviética entre as medidas que impelem para a frente e as que fazem reviver as práticas do passado, entre a democratização e a centralização autoritária, pode explicar-se melhor nestes termos. O regime deseja uma reforma radical, desencadeia e inclusive propicia o ressurgimento da sociedade civil, mas

¹ CLAUS OFFE, *Las nuevas democracias. Transición política y renovación institucional en los países postcomunistas*, ed. cit., 4-5.

² O ano de 1991 pode ser considerado o ano da proclamação de todas as independências e o mês de Agosto desse ano o mais fértil: Lituânia, Estónia e Letónia a 22; Ucrânia a 24; Bielorrússia a 25; Geórgia e Moldávia a 27; Azerbaijão, Quirgizia e Uzbesquistão a 30. Já em Setembro foi a vez de Tadjiquistão a 9 e da Arménia a 22.

³ J. L. COHEN e A. ARATO, *Sociedad civil y teoría política*, ed. cit., 82.

também deseja impor a sua prerrogativa para determinar os limites do que se pode e não pode mudar, inclusive a estrutura e a dinâmica da própria sociedade civil”¹.

Pondo em marcha em 1986 a *Perestroika* (reestruturação económica) e a *Glasnost* (transparência política), Gorbachov terá aberto, no dizer de C. Offe, uma “caixa de pandora de paradoxos”, facto que resultou, ainda segundo o mesmo autor, das dificuldades criadas pela simultaneidade das reformas económicas e políticas: a introdução da economia de mercado (ainda que eufemisticamente designada economia de mercado socialista) e a instauração da democracia. Com efeito, uma grande parte dos reformistas considerava que para levar a cabo com sucesso a transição para o mercado livre era necessário passar por um regime presidencial forte. Por outras palavras, “para que a *perestroika* não fracasse, é preciso esquecer a *glasnost*”². Seja como for, a vontade de liberalizar o regime fica expressamente registada nas Resoluções da XIX Conferência do Partido Comunista da União Soviética, realizada em 1988, onde se reconhece a necessidade de um Estado de direito e se exorta a um pluralismo socialista e à desburocratização do Estado e do próprio partido. Finalmente, em 1990 o Estado é despartidarizado: o Congresso dos Deputados do Povo revoga o artigo 6º da Constituição que estabelecia o princípio da função directiva do partido comunista nos seguintes termos: “O PCUS é a força que dirige e guia a sociedade soviética, o núcleo do seu sistema político, das organizações estatais e sociais”³.

Este processo de liberalização torna-se mais rápido e tranquilo nos países mais ocidentalizados do bloco comunista, a partir do momento em que a URSS, voltada para as suas questões internas, se declarou indisponível para continuar a sustentar político-militarmente os regimes instalados nos Estados satélites. Ao passo que nos países mais orientais não havia traços de uma experiência não comunista, já nos países centro-europeus quer o contágio ideológico quer a própria memória histórica alimentavam o desejo e a expectativa de uma aproximação à maneira de viver do mundo ocidental⁴. Tudo se precipita na medida em que, contrastando com os fracassos

¹ *Ibidem*, 84.

² C. OFFE, *Las nuevas democracias. Transición política y renovación institucional en los países postcomunistas*, ed. cit. 23.

³ O ordenamento constitucional da transição soviética materializa-se nas revisões constitucionais de 1 de Dezembro de 1988, de 20 de Dezembro de 1989, de 23 de Dezembro de 1989, de 14 de Março de 1990 e de 26 de Dezembro de 1990.

⁴ Como lembra CHRISTIANE GOUAUD, “As palavras de Svoboda, Freiheit, ou Libertate lançadas pelas multidões nas ruas de Praga, Sofia, Berlim, Bucareste, encontram um eco longínquo na grande reivindicação de liberdade dos revolucionários de 1848 (“Recherches sur le phénomène de transition démocratique”, *Revue du droit politique et de la science politique en France et à l'étranger*, tomo 107, 1991, 89). Por isso, como observa SERGIO BARTOLE, “A tais reformas não se chegou de modo igual e

do Comecon (extinto em 1991) se vão tornando cada vez mais visíveis os progressos da Comunidade Europeia e crescem os incentivos desta Comunidade à adesão dos países que renunciam ao comunismo. É neste contexto que “as elites do regime, de um regime em acelerado e inevitável declínio, tomam elas próprias a iniciativa de encetar diálogo com “as elites da oposição”, participando ambas em "mesas redondas" nas quais são assinados acordos que acabam por dar conteúdo a uma legislação constitucional provisória¹.

Häberle faz-nos lembrar que a ideia da mesa redonda não foi uma invenção inteiramente nova na história da humanidade: ela pertence, como todos sabemos, à lenda dos “Cavaleiros da Mesa Redonda”². De qualquer forma, no último século, ela iniciou uma marcha triunfante sem paralelo em todos aqueles países que encetaram processos de reforma orientados para a transformação de estados socialistas em estados de democracia segundo o modelo ocidental. A inovação iniciou-se na Polónia de Lech Wallesá, mas logo o seu fascínio se estendeu a outros países envolvidos na mesma aventura, desde logo a Hungria, a República socialista da Checoslováquia e República Democrática Alemã. Não muito mais tarde, foram ainda criadas mesas redondas na Bulgária e Roménia. Diz Häberle que o êxito da mesa redonda não é fortuito. Trata-se de uma prática que faz convergir o direito constitucional com a ética do discurso e do consenso. A mesa redonda simboliza a justaposição e cooperação mútua de muitos, em

uniforme em todos os Países do Leste europeu, mas os relativos processos desenvolveram-se segundo sequências diversas e com traços diferentes devido ao influxo exercido pela história de cada país e, em particular, pelos acontecimentos dos últimos anos” (*Riforme costituzionali nell’Europa centro-orientale, da satelliti comunisti a democrazie sovrane*, Il Mulino, Bologna, 1993, 9).

¹ Se bem que o processo constituinte não tenha sido homogéneo em todos os países da Europa de Leste, sendo que alguns mudaram de regime através da revisão da Constituição em vigor (Polónia, Hungria, Checoslováquia) e outros assumiram a descontinuidade elaborando uma nova constituição (Bulgária, Roménia), há aqui um elemento comum no que se refere aos actores da mudança. Conforme observa SERGIO BARTOLE, se olharmos para “as experiências do passado, podemos constatar que sempre tais fenómenos foram o fruto procedente da iniciativa de forças colectivas, de grupos ou de classes, cuja presença se revelou nos arranjos constitucionais que tiveram início com as subversões: assim aconteceu para a constituição dos Parlamentos em pólos alternativos de poder com vantagem para a burguesia no conflito com as dinastias e os grupos nobiliárquicos no momento da Revolução Francesa, e assim aconteceu para a concentração unitária do poder nas mãos do partido revolucionário operante em nome da classe trabalhadora na Rússia” (*Riforme costituzionali nell’Europa centro-orientale*, ed. cit., 45). Bastante diferente é o que aconteceu no derrube das democracias populares. “Teríamos aqui uma revolução de grande alcance político, não tanto e principalmente por causas de ordem económica, quanto por factores diversos e de valência política, ideal e cultural. Isto explicaria o papel jogado na ocasião pelos intelectuais, razão pela qual se diz que tais revoluções poderão ser definidas como «revoluções dos intelectuais». De resto, a própria composição das forças em movimento justifica uma tal hipótese de trabalho: nos alinhamentos da oposição não encontramos uma articulação segundo interesses e objectivos económicos. A própria natureza da sociedade socialista, com o esmagamento da realidade económica que comportava, excluía uma tal possibilidade” (idem, *ibidem*, 46).

² PETER HÄBERLE, “Avances constitucionales en Europa Oriental desde el punto de vista de la jurisprudencia y de la teoría constitucional”, *Pensamiento Constitucional*, diciembre 1995, Pontificia Universidad Católica del Perú, 144.

contexto de igualdade, e numa comunidade política. Por outro lado, existe já uma tradição de formação da vontade pelo diálogo que remonta, pelo menos, à passagem do feudalismo ao Estado moderno. A teoria do Estado assente num contrato, que também implica a ideia da constituição como um "contrato sempre novo", pode, com efeito, ser considerada fonte do paradigma da mesa redonda de hoje. Inteiramente seduzido pela bondade desse paradigma, Häberle considera que ele poderia converter-se no símbolo do Estado constitucional nos anos de 1989/90, de maneira similar à fórmula de "Nós, o povo" em 1787 ou a algumas das proclamações da Declaração dos Direitos Humanos de 1789 (por exemplo o Artigo 16.º)¹.

Na Polónia, vivia-se um verdadeiro impasse desde o início da década de oitenta. O sucesso do movimento grevista chefiado por Lech Wallesa, e que culminou com a criação do Sindicato Autónomo Solidariedade (*Solidarność*) em Setembro de 1980, fez estremecer o regime. Em Dezembro do ano seguinte, foi decretada a Lei Marcial e subseqüentemente o Solidariedade ("um sindicato totalmente independente do Estado e, portanto, incompatível com a estrutura política do sistema vigente"²), foi ilegalizado, sendo presos os seus principais dirigentes. Obviamente, esse endurecimento não fez diminuir a contestação anticomunista e as greves agudizaram-se num clima de amplo apoio da sociedade civil, em particular da Igreja católica que recebia incentivos do Vaticano. Finalmente em 1988, o regime dirigido por Jaruzelski foi obrigado a ceder: o Solidariedade foi legalizado e a oposição centrada nessa organização sindical foi convidada a participar numa mesa redonda. "A Mesa Redonda acabou por se converter num verdadeiro centro de poder ao ponto de substituir os órgãos representativos formais, nomeadamente o Parlamento"³.

As matérias em discussão abrangiam todos os aspectos relevantes da definição do Estado e da sociedade como sistema comunista. Pode dizer-se, no entanto, que a prioridade ia para a mudança da estrutura política, já que ela era a condição que tornaria eficazes todas as decisões que viessem a resultar da negociação. Nesse

¹ Ibidem. O mesmo paralelismo é estabelecido (e vivenciado) por JON ELSTER: "Enquanto eu seguia as mesas redondas de transição e, em seguida, os debates constitucionais que se desenrolaram nestes países, fiquei muitas vezes espantado pelas semelhanças com os processos do século XVIII. Na Polónia e na Hungria, por exemplo, as mesas redondas, colocadas sob a dupla ameaça dos carros soviéticos e das manifestações de massa faziam lembrar as deliberações de Versalhes de Julho de 1789, igualmente colocadas entre as tropas reais e as massas parisienses" ("Argumenter et négocier dans deux Assemblées", loc. cit., 187-188).

² MIROSLAW WYRZYKOWSKI, "Las reformas constitucionales en Polonia", in *Las nuevas instituciones políticas de la Europa oriental*, Dir. Carlos Flores Juberías, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid y Valencia, 1997, 39.

³ Idem, ibidem, 41.

contexto, o processo do Solidariedade tinha carácter de contraprova para avaliar o grau de abertura e boa fé dos representantes do poder. Naturalmente, o partido comunista não deixaria de negociar com reserva mental face a uma organização da sociedade civil que foi determinante na contestação ao regime. Mas também não deixava de estar consciente de que a importância do seu papel na transição política em curso dependia muito da boa vontade do Solidariedade. É certo que este também tinha as suas limitações, uma vez que actuava num período anterior à queda do regime comunista na União Soviética. Daí, portanto, a necessidade da negociação para ambas as partes.

Assim, se o sindicato viu reiterada a sua legalidade, a transição para a democracia pluralista não ficou, desde logo, completamente decidida. No decurso das negociações, a Mesa Redonda elaborou vários projectos de emenda à Constituição de 1952, projectos esses que o próprio parlamento (*Sejm*), no exercício do seu poder de revisão, aprovaria sem dificuldade em 7 de Abril de 1989. Talvez a mais significativa das emendas introduzidas tenha sido a própria alteração estrutural do órgão legislativo que passou a integrar uma nova câmara, o Senado, de base regionalista. As eleições para o novo parlamento foram marcadas para pouco tempo depois, mais concretamente para o dia 4 de Junho, em condições que diferiam segundo as câmaras. Para o *Sejm*, as eleições só parcialmente seriam livres e democráticas, dado que o acordo concluído a 5 de Abril de 1989 estipulava que na futura Dieta 65% dos lugares fossem reservados aos partidos do regime. As forças da oposição disputariam apenas os parques 35% restantes. Apesar de tudo, era considerável o avanço no sentido da mudança. Quanto às eleições para o Senado, essas não ficavam sujeitas a nenhuma restrição que diminuísse a transparência dos resultados eleitorais. E, por isso, como era de prever, a quase totalidade dos lugares para o Senado foram ganhos pelo Solidariedade. “De facto, tratou-se mais de um ‘referendum contra o comunismo’ do que uma eleição normal”¹.

Quando no fim do mês de Dezembro foi feita outra revisão da constituição já o processo de dissolução do sistema comunista ia adiantado no país e, sobretudo, na URSS. Por essa razão, a reforma que veio a ser aprovada em 29 de Dezembro, além de anular a primazia constitucional dada pela constituição ao partido comunista, substituiu o Estado socialista por um Estado democrático baseado no princípio da legalidade e eliminou as disposições que impunham a economia planificada, abrindo dessa forma caminho à economia de mercado. Outras reformas constitucionais se seguiram,

¹ Ibidem, 47.

aprofundando a transição constitucional e aplainando o caminho para o advento pacífico de uma constituição inteiramente nova.

A “epidemia da liberdade” espalhou-se por toda a zona do chamado “socialismo real”¹, originando processos constituintes mais ou menos semelhantes, mais ou menos complexos, mais ou menos rápidos (dizia Garton Ash a Václav Havel: “Na Polónia foram precisos dez anos, na Hungria dez meses, na Alemanha de Leste dez semanas; quiçá na Checoslováquia bastarão dez dias”²); porém, quase todos esses processos constituintes (Bulgária e Roménia são excepções), foram respeitadores da legalidade constitucional. Neste quadro, a pressão de rua das massas populares – ou das estruturas cívicas da sociedade civil – não alterou a natureza imanente da transformação do sistema político. A ruptura do sistema foi precedida de reformas no sistema. Quase se poderia dizer que houve revolução popular sem poder constituinte e poder constituinte sem revolução³. Por um lado, em nenhum caso o povo impôs um governo de facto que actuasse à margem e contra a constituição em vigor; por outro, o poder constituinte das transições foi sempre um poder constituinte derivado, ou seja, simplesmente um poder de revisão.

O caso da reunificação da Alemanha

Destaque especial merece a transição constitucional ocorrida na República Democrática Alemã. Foi realmente (ou também) por uma lei de revisão constitucional que, na RDA, a Câmara do Povo (*Volkskammer*), eleita antes que a contestação ao regime se desencadeasse, pôs fim à supremacia constitucional da classe operária e do partido comunista. Fê-lo com fundamento no poder que lhe era conferido pelos artigos

¹ Ibidem, 39.

² Citado por GIUSEPPE DI PALMA, “Le transizioni democratiche in Europa orientale”, *Rivista italiana di Scienza Politica*, Anno XX, 2, Agosto, 1990, 204, nota 2.

³ O que se pretende dizer é que o povo não assume o poder constituinte, deslegitimando os titulares do poder ou o direito constitucional vigente, mas que força os que exercem o poder a mudar de constituição sem sair da legalidade constitucional. Neste sentido é discutível a opinião de CLAUS OFFE segundo a qual o povo, as massas populares, não intervêm na agenda democrática. Diz ele: “Esta última tarefa corresponde às elites [políticas] (...), às contra-elites nascentes (...) ou às elites de outros sectores institucionais [...]. Tão-pouco o povo pode decidir quando ele próprio deve decidir: essa decisão (muitas vezes de enormes consequências) deve adoptar-se ou através da iniciativa da elite ou de acordo com um ‘calendário de procedimentos’ (como a convocatória de eleições de acordo com a periodicidade fixada por lei)” (*Las nuevas democracias*, ed. cit., 184-185). De qualquer modo, não seria eficaz, pelo menos não lograria uma legitimidade estável, uma iniciativa de elite que não correspondesse a indícios de vontade política do povo constituinte.

47.º, n.º 2, e 106.º da Constituição e observando o procedimento estipulado pelo artigo 63.º, n.º 2, do mesmo texto. No seu artigo único, a referida lei de revisão, aprovada em 1 de Dezembro de 1989, prescrevia o seguinte: “No artigo 1.º, § 1, da Constituição, a segunda metade da segunda frase: ‘sob a direcção da classe operária e do seu partido marxista-leninista’ é suprimida”. Mau grado o laconismo do enunciado, este era suficientemente revelador da capitulação do poder que começava, desse modo, a criar condições para a liquidação total do sistema. Com efeito, a mesma Câmara, estribada sempre na legalidade constitucional, foi aprovando outras emendas à constituição que transfiguraram a ordem política (estabelecendo a democracia pluripartidária) e prepararam o advento da economia de mercado com a anulação do princípio da propriedade socialista dos meios de produção. Esta foi a primeira fase do processo de transição constitucional vivido na RDA.

Trata-se, no dizer de W. Zimmer, da fase desconstituente do regime constitucional vigente e da criação das condições para a manifestação de uma vontade democrática pluralista. “Até às eleições livres e a formação de um órgão parlamentar representativo, a Câmara do Povo age sob esta pressão directa do povo que ela traduz erradicando tudo o que é contrário às novas aspirações da população da RDA, sem no entanto determinar a forma que poderia tomar no futuro a ordem constitucional do Estado. A distinção entre fase desconstituente e fase reconstituente encontra-se aqui claramente posta em evidência”¹. A segunda fase iniciou-se com a eleição de uma nova Câmara do Povo, em Março de 1990, que passou, naturalmente, a ter mais vontade e melhores condições políticas para levar a revolução legal-constitucional até ao seu termo. Todas as decisões de valor constitucional foram tomadas pela *Volkskammer* com fundamento no poder conferido pelo artigo 106º da Constituição (“A Constituição só pode ser modificada por uma lei da Câmara do Povo...”) e por maioria qualificada em conformidade com o artigo 63º, nº 2 (“As leis de revisão constitucional são adoptadas com pelo menos dois terços dos votos dos deputados eleitos”). Dessa forma, a constituição da RDA foi-se transformando, mudando a ideia de direito pela qual se identificava para se impregnar do espírito da Lei Fundamental de Bona.

¹ *La reunification allemande, contribution a la theorie du pouvoir constituant*, ed. cit., 153. Pode acrescentar-se: “Bem mais do que um simples movimento de revisões constitucionais, este período de modificações, que se desenrola antes das eleições livres de Março de 1990, corresponde a uma mudança do princípio de legitimidade da ordem constitucional e ao advento do povo como actor político e titular do poder de decidir sobre a forma das instituições (ibidem, 155).

Mas o problema não se confinava a uma simples substituição de regime no interior do Estado da Alemanha Oriental. Não se reduzia a substituir uma constituição por outra mediante os procedimentos da revisão. O objectivo final era a reunificação alemã, ou seja, a integração de todo o povo alemão num mesmo Estado¹. Dois Estados deveriam fundir-se num único. Vistas as coisas com rigor constitucionalista, a solução não poderia ser senão a ab-rogação dos dois ordenamentos que vigoraram desde a divisão da Alemanha e a feitura de uma nova constituição, e o mesmo é dizer: a fundação de um novo Estado. O que só poderia ser concretizado por um “acto extraconstitucional” do poder constituinte em pessoa e jamais por um órgão de revisão que o substituísse. E, de facto, assim estava previsto no artigo 146º da Lei Fundamental (*Grundgesetz*) da República Federal Alemã (RFA): “A presente Lei Fundamental torna-se caduca no dia da entrada em vigor de uma Constituição adoptada pelo povo alemão com plena liberdade de decisão”. A *Grundgesetz* fora aprovada em 1949 com o estatuto de constituição provisória (*Vorläufige Verfassung*): deveria vigorar somente até à reunificação. O Conselho Parlamentar que a redigiu e aprovou não foi uma verdadeira assembleia constituinte, desde logo porque representava apenas uma parte do povo alemão e, além do mais, actuou sob a iniciativa e a monitorização permanente das forças aliadas. É o que observa Konrad Hesse, “a Lei Fundamental, como assinala o seu próprio nome, não era uma «Constituição», mas uma lei básica, concebida como algo provisório e transitório (...) No conselho Parlamentar tinha-se muito presente a teoria do poder constituinte do povo; queria adoptar-se, pois, uma solução só provisória...”². A verdadeira manifestação do poder constituinte, que é impensável em contexto de tutela externa e de divisão política do território, ficaria adiada para quando fosse possível o restabelecimento da unidade nacional. A oportunidade surgiu com a queda

¹ É de notar que a constituição da RFA, ela própria, estava preparada para a integração da Alemanha de Leste. “Se admitirmos que a Constituição é uma decisão fundamental e definitiva de um povo sobre o devir da sua unidade política, é preciso constatar que a iniciativa constituinte dos pais fundadores da Lei Fundamental é original pela sua vontade de inacabamento em relação à sua obra. Ressalta claramente, tanto do texto final como dos trabalhos preparatórios ou dos discursos dos principais actores, uma verdadeira reticência em estabelecer uma ordem constitucional definitiva...” (WILLY ZIMMER, *La reunification allemande, contribution a la theorie du pouvoir constituant*, ed. cit., 21). Os constituintes eram conscientes do défice de poder constituinte que estava na base de uma constituição que, pretendendo estender-se a todo o povo alemão, não derivava da participação de todo ele. E, dessa forma, colocavam no futuro a possibilidade do acabamento da obra constituinte. Assim reza o preâmbulo da *Grundgesetz*: “O povo alemão, no seu todo, fica convidado a acabar, dispondo livremente de si mesmo, a unidade e a liberdade da Alemanha”.

² KONRAD HESSE, “La Ley Fundamental y la unidad de Alemania”, *Anuario de Derecho Constitucional y Parlamentario*, n.º 3, año 1991, 9.

do muro de Berlim em 1989 e com as subsequentes mudanças políticas e constitucionais que se registaram na parte Leste da Alemanha.

Se inicialmente se pensava que o processo de autodeterminação passaria necessariamente pela elaboração de uma nova constituição para todo o território alemão, depressa a evolução dos acontecimentos foi gerando um consenso, sustentado também pelo Tribunal Constitucional Federal, de que o processo de reunificação não tinha que seguir a via do artigo 146.º, podendo optar-se pela alternativa mais expedita que o artigo 23º parecia sugerir¹. Este artigo definia o âmbito territorial da aplicação da *Grundgesetz*, nomeando expressamente os Länders que a ela estavam submetidos, terminando o seu enunciado da seguinte maneira: “Para as outras partes da Alemanha, ela deverá ser posta em vigor depois da respectiva adesão”. Foi por recurso a este artigo que Sarre, sob a administração francesa desde o fim da segunda guerra, passou a fazer parte da RFA (1 de Janeiro de 1957). O precedente fez pensar que o artigo 23º da Lei Fundamental seria o instrumento jurídico ideal para uma reunificação sem complicações constitucionais. A adopção desta via tornou-se patente no Tratado de Estado, de 18 de Maio de 1990, no qual as partes contratantes (RFA e RDA) consideravam a união monetária, económica e social, a que se propunham, como “um primeiro passo significativo para a instauração da unidade estatal nos termos do artigo 23”.

Antes, porém, da necessária ratificação do Tratado de Estado (decisão tomada na Alemanha oriental em 21 de Junho), foi preciso proceder primeiro a uma nova revisão da constituição da RDA. Ela foi feita pela lei constitucional de 17 de Junho de 1990 que se assumia como uma espécie de constituição provisória num Preâmbulo assim redigido: “Reconhecendo que, na República Democrática Alemã, se desenrolou, no Outono de 1989, uma revolução pacífica e democrática e na esperança de uma próxima restauração da unidade estatal da Alemanha, a Constituição da RDA será, por um período provisório, completada com os princípios constitucionais fundamentais que se seguem; os princípios constitucionais que os contradigam deixam de ter validade jurídica”. Os novos princípios, disseminados por vários artigos da lei, são exactamente os da Lei Fundamental que agora são transplantados para a ordem

¹ A opção pela persistência da Lei Fundamental também se deve ao prestígio que ela foi adquirindo: “No decurso destes últimos quarenta anos, ela adquiriu a autoridade e a popularidade que uma constituição, no sentido existencial do termo, deve ter. Isto é ilustrado nomeadamente pelo desenvolvimento de um consenso constitucional que não quis sacrificar os adquiridos (*les acquis*) do Estado constitucional liberal e democrático em troca da unidade alemã” (THOMAS WÜRTEMBERGER, “L’article 146: continuité ou discontinuité du droit constitutionnel”, *Revue française de Droit constitutionnel*, 1991, 8, 603).

constitucional da RDA. Assim, a RDA passa a ser um Estado de direito liberal, democrático, social e ecológico; deverá ainda estruturar-se de acordo com os princípios do federalismo, enquanto condição indispensável para ingressar na RFA. A propósito, escreve Willy Zimmer: “A adopção desta lei, antes da ratificação do Tratado de Estado, constitui uma decisão atributiva (auto-atributiva) do poder constituinte. A lei de 17 de Junho de 1990 é o acto de *ruptura* com a antiga constituição. Ela é uma verdadeira pré-constituição, quer dizer, um acto que remata a fase pré-constituente e transporta em germe a constituição definitiva”¹.

O processo da reunificação ficou concluído pelo Tratado da União (*Einigungsvertrag*), de 31 de Agosto do mesmo ano, que estendeu aos novos Länders da ex-RDA a aplicação da *Grundgesetz*. Nele se decreta o fim da RDA e se procede aos últimos retoques da Lei Fundamental necessários à sua adaptação face à nova ordem política, agora comum a toda a Alemanha. Altera-se o preâmbulo da *Grundgesetz* no qual se concitava o povo alemão a estabelecer a unidade e a liberdade na Alemanha. Aí fica dito que o povo alemão, fazendo uso do seu poder constituinte, decidiu adoptar a *Grundgesetz*. É eliminado o artigo 23º, visto que deixa de haver território alemão excluído da aplicação da Lei Fundamental. E altera-se, entre outros, o artigo 146º que passa a ter uma redacção pouco feliz, circunstância que tem dado origem a copiosa controvérsia doutrinária².

A introdução de normas constitucionais no Tratado da União faz dele mais um tratado constitucional do que um verdadeiro tratado internacional. Este facto tem suscitado alguma perplexidade doutrinária. Sendo que um tratado internacional é um acto bilateral ou multilateral, o costume é que normas internacionais venham a ser acolhidas pelas constituições nacionais por decisão dos respectivos poderes de revisão antes da ratificação desses tratados. No caso vertente, a revisão da Lei Fundamental fez-se através do próprio Tratado da União com as maiorias constitucionalmente previstas. A doutrina discute a questão de saber se este é um procedimento

¹ Ibidem, 165.

² A redacção tornou-se mais complicada suscitando muitas interrogações sobre se não seria mais conveniente (juridicamente mais correcto) ter decidido simplesmente pela sua eliminação. De qualquer forma, a alteração traduziu-se na transformação de uma constituição que era provisória numa constituição definitiva. O que equivale, portanto, à edição de uma nova constituição pelo método da revisão total. A *Grundgesetz* deveria, então, assumir o estatuto de *Verfassung*. Sobre a polémica que a nova redacção tem levantado, incluindo a hipótese de se tratar de uma *norma constitucional inconstitucional*, ver THOMAS WÜRTEMBERGER, “L’article 146 nouvelle version de la Loi Fondamentale...”, loc. cit., 597 e ss.. O artigo ficou assim redigido: “A presente Lei Fundamental que, tendo sido consumadas a unidade e a liberdade da Alemanha, vale para todo o povo alemão, torna-se caduca no dia da entrada em vigor de uma Constituição adoptada pelo povo alemão em plena liberdade de decisão”.

juridicamente admissível. Sobre este assunto, a posição de Zimmer combina a lógica com a prudência (evitar alongar um debate que pudesse dificultar ou atrasar a reunificação): “O objectivo do Tratado é restabelecer a união do povo alemão e, portanto, «restituir ao povo alemão no seu conjunto» o seu poder constituinte. É, pois, lógico que a primeira manifestação deste poder seja uma manifestação de vontade comum. Ela tem por consequência essencial que seja preciso considerar o conteúdo do próprio Tratado da União como sendo a expressão de uma *vontade unilateral* (a unilateralidade sendo uma característica da edição de qualquer norma constitucional). Uma tal conclusão distingue, pois, o Tratado da União de um tratado de direito internacional clássico ao mesmo tempo que explica a possibilidade de inserção directa de normas constitucionais no seu conteúdo”¹. Na opinião do autor acabado de citar, o acto de união consistiu mais num pacto constitucional que o povo alemão fez com ele mesmo do que um tratado entre duas partes estatalmente distintas. “É possível, com efeito, considerar o pacto constitucional como um contrato unilateral, que não compromete senão uma pessoa: o povo alemão reunificado”².

Enfim, concluído o processo de ratificação pelas assembleias da RFA em 23 de Setembro de 1990, a *Grundgesetz* entra em vigor em todo o território alemão. A Lei Fundamental manteve a sua identidade reportada à mesma ideia de direito e ao mesmo poder constituinte (o povo alemão), prevalecendo nela, portanto, o princípio da continuidade constitucional. Só na RDA houve ruptura, uma ruptura que culminou na auto-imolação de um Estado através de processos formalmente sustentados pela constituição a suprimir.

d) A transição por ruptura negociada na África do Sul

Também do continente africano nos chegam novidades no que concerne aos processos constituintes. Exemplo paradigmático disso é a Constituição provisória (*interim Constitution*) da África do Sul de 22 de Dezembro de 1993. “Texto fundador da nova África do Sul (...) marca a ruptura definitiva com o sistema social e político que tinha colocado este país fora da comunidade internacional, instituindo um Estado

¹ WILLY ZIMMER, *La reunification allemande, contribution a la theorie du pouvoir constituant.*, ed. cit., 195; sublinhado por ele).

² Idem, *ibidem*, 211.

de direito e permitindo a uma sociedade profundamente dividida construir a sua unidade nacional pela instalação, a todos os níveis institucionais, de um poder partilhado”¹. Trata-se, como afirma Claude Klein, “de uma transição, operada com alguma cautela, de uma constituição para outra”. Em concreto, “trata-se de uma verdadeira revolução realizada, apesar de tudo, a partir da antiga Constituição (isto é, a de 1983) através da adopção de uma constituição interina (em 22 de Dezembro de 1993), permitindo a instalação de uma Constituinte encarregada de preparar a futura constituição do país”².

Para aqui chegar, contudo, um longo caminho teve de ser percorrido. No decurso dos anos oitenta, a África do Sul tinha-se tornado ingovernável e só mediante feroz repressão o governo conseguia manter-se no poder: “o apartheid não funcionava mais, seja constitucional, social, política, ou economicamente”³. Os dirigentes políticos tomam consciência de que a única via a seguir seria a de iniciar uma reestruturação política profunda, isto é, seria dar início a um processo de elaboração de uma nova constituição através de negociação.

Nesse sentido, e na sequência da comunicação de F.W. de Klerk na abertura do Parlamento em Fevereiro de 1991, onde declarou ser necessário uma nova constituição e que na elaboração desta deveriam participar todos os partidos políticos com apoio eleitoral sustentável⁴, reúne-se em Kempton Park, no mês de Dezembro desse mesmo ano, a Convenção para uma África do Sul Democrática (CODESA). Tratava-se de um congresso aberto a todos os partidos e que tinha o objectivo de criar o consenso mais alargado possível com vista à produção da futura constituição do País⁵.

¹ FRANÇOISE DREYFUS, “La constitution intérimaire d’Afrique du Sud”, *Revue française de droit constitutionnel*, 19, 1994, 470.

² *Théorie et pratique*, ed. cit., 179.

³ MICHAEL LOBBAN, “Un accord négocié: le processus constitutionnel en Afrique du Sud depuis 1991”, *Revue de Droit Public et de la Science Politique en France et à l’Étranger*, 1-1997, 73.

⁴ A viragem que iniciou o fim do regime de *apartheid*, ainda na vigência da constituição de 1983, aconteceu com o reconhecimento dos partidos como realidade política em detrimento dos “grupos populacionais” (leia-se raciais). Nas eleições parlamentares de 1989, o partido do governo comprometia-se com a protecção constitucional dos direitos humanos e manifestava-se aberto à participação democrática de todos e a todos os níveis do governo.

⁵ Determinante para o desenvolvimento das negociações, quer da parte de De Klerk, quer de Nelson Mandela, foram as alterações do contexto internacional, particularmente a implosão do sistema soviético. Como refere Françoise Dreyfus, “se o nome do Presidente De Klerk permanecerá indissociavelmente ligado à transformação do sistema sul-africano, é sem dúvida porque, de uma certa maneira, ele teve a chance de chegar ao poder num momento muito particular da história mundial. Com efeito, o afundamento do sistema soviético jogou um papel determinante na decisão tomada em 1990 de levantar as interdições que pesavam sobre as diferentes organizações políticas, de libertar Nelson Mandela e de iniciar um diálogo tendo em vista reconstruir as instituições sobre bases novas – e em primeiro lugar reconhecendo o princípio da igualdade jurídica e portanto o igual direito à participação política de todos os homens e mulheres deste país” (“La constitution intérimaire d’Afrique du Sud”, loc. cit., 468). No

Dezoito dos 19 partidos presentes comprometeram-se a “pôr em movimento o processo de elaboração de uma constituição” para “um Estado unido, democrático, não racial e não sexista”¹.

Rapidamente, porém, se tornou claro que o Congresso Nacional Africano (CNA) e o governo divergiam profundamente quer quanto ao processo de transição, quer quanto ao conteúdo da constituição. O CNA, imbuído do tradicional ardor constituinte, e consciente do apoio eleitoral de que dispunha, pretendia um governo provisório de unidade nacional, aceitável por todos os partidos, de curta duração (seis meses), cujas funções essenciais seriam as de assegurar eleições livres e dismantelar todas as estruturas do *apartheid*. As negociações deveriam apenas definir os princípios constitucionais imperativos. À assembleia constituinte competiria fazer a constituição no prazo de 9 meses. O governo, pelo contrário, opunha-se à eleição de uma assembleia constituinte, argumentando que a “Constituição, que estruturaria o sistema político para todas as comunidades” e não só para a eventual maioria que ganhasse as eleições para a assembleia constituinte, deveria ser negociada pacificamente por uma conferência multipartidos². Em 1992, no entanto, o governo muda de opinião, passando a defender a ideia de que a Constituição deveria ser elaborada por um parlamento bicameral, o qual teria simultaneamente o poder de legislar e de fazer a Constituição. Começa então a adivinhar-se que o governo se inclinava para a instalação de um longo governo provisório e que a sua intenção era, não só a de retardar tanto quanto possível a entrada em vigor do novo sistema constitucional a desenhar, como a de intervir profundamente na configuração constitucional, com a conseqüente restrição dos poderes da Assembleia constituinte a eleger.

A pouco e pouco, vão-se esboçando os contornos de uma constituição provisória cujo processo de elaboração seria recheado de pressões e, inclusive, de incidentes dramáticos. O CNA abandonou mesmo a CODESA depois do massacre de 17 de Junho de 1992. Perante o perigo da agitação dos radicais, o governo e o CNA, entre Setembro desse ano e Maio do ano seguinte, entabulam uma série de discussões

mesmo sentido, BRUCE ACKERMAN salienta que “a queda do comunismo de 1989 ajudou a socavar o atractivo do modelo bolchevique de hegemonia partidária no CNA. Isto permitiu a Nelson Mandela fazer com que a negociação de uma constituição, não a consolidação da autoridade do CNA, constituísse o acto fundamental de um novo começo na identidade política sul-africana” (*La política del diálogo liberal*, Gedisa, Barcelona, 1999, 57).

¹ MICHAEL LOBBAN, “Un accord négocié: le processus constitutionnel en Afrique du Sud depuis 1991”, loc. cit., 79.

² A convocação de uma constituinte, a partir da ideia de um homem, um voto, reduziria fortemente o processo de negociação. Praticamente traduzir-se-ia na transferência do poder para o povo.

bilaterais as quais, a partir da última data, se alargam também aos outros partidos, mas agora sob um nome novo, o “*Multi-party Negotiating Process* (MPNP). Os dois problemas fundamentais a negociar eram a partilha do poder e a devolução do poder, ou seja, a configuração da estrutura do Estado (descentralização política). Com efeito, dito com palavras de Françoise Dreyfus: “para a minoria no poder até à eleição programada de Nelson Mandela à magistratura suprema, o reconhecimento generalizado do direito de sufrágio e a sua aplicação arriscariam significar, não só a eliminação da cena política sul-africana, mas igualmente o controlo do partido dominante do conjunto do aparelho de Estado. Os riscos da guerra civil, mesmo de desmembramento que pesava sobre o país e a necessidade de assegurar os investidores potenciais conduziram os negociadores, e o CNA em primeiro lugar, a adoptar posições pragmáticas de modo a promover a união de todas as forças políticas nacionais no seio das estruturas governamentais e a assegurar a manutenção da integridade territorial graças a uma descentralização muito forte”¹.

Neste contexto, o CNA vai-se gradualmente desembaraçando do seu inicial programa revolucionário, fazendo sucessivas cedências: por um lado, cede à exigência de partilha poder com o partido do governo, o National Party (NP) e outros partidos (COSAG, grupo dos partidos de direita), por um período fixo, acolhendo a formação de um governo de unidade nacional de 5 anos; por outro lado, vai aceitando progressivamente (em doses sucessivas, perante uma turbulência crescente) a descentralização política muito cara aos pequenos partidos que, com excepção do NP, não tinham expressão nacional. Se o pacto valeria por cinco anos, até 1999, data da entrada em vigor da constituição, interessava-lhes, como é óbvio, que nele ficasse já determinada a forma de Estado e, desta maneira, em ambiente de grande turbulência, iam construindo a constituição a partir de baixo, colocando mesmo a futura constituinte perante factos consumados². Sob esta pressão, “a constituição interina organiza a instalação do conjunto de instituições estatais – aos níveis central, provincial e local –

¹ “La constitution intérimaire d’Afrique du Sud”, loc. cit., 480-1

² “Aliás, levando ao pormenor os detalhes da Constituição, os partidos minoritários conseguiram obter de maneira crescente as concessões que eles pretendiam, com o fim de restringir uma assembleia constituinte no futuro. Todavia, no decurso da segunda fase, depois de 1994, apoiando-se sobre um forte mandato democrático, o ANC ficou em condições de forjar uma constituição mais a seu gosto; mas como nós veremos, a Constituição final foi em larga medida forjada e estrangida pelos acordos e princípios elaborados no decurso das negociações que tiveram lugar até 1994” (MICHAEL LOBBAN, “Un accord négocié: le processus constitutionnel en Afrique du Sud depuis 1991”, loc. cit., 72).

que permitirão em particular promover a unidade nacional não somente durante o período interino, mas igualmente quando a Constituição estiver em vigor”¹.

Foi assim particularmente difícil e morosa a gestação e o parto da constituição provisória (*Constitution of the Republica of South Africa Act 200 of 1993*) destinada ela própria também a ter uma longevidade fora do comum. A história demonstra que a elaboração das constituições provisórias decorre normalmente em ambiente de forte crispação política. Aqui, porém, o processo foi mais doloroso, não só pela violência inerente à magnitude das mudanças a realizar, mas também porque, e ao contrário do que é habitual no que respeita a legislação constitucional provisória, a dinâmica específica deste processo de transição conduziu à produção de um texto provisório extremamente regulador, que vincularia fortemente a futura Assembleia Constituinte².

Através deste excuro histórico que acabamos de fazer, adivinham-se já os traços fundamentais desta constituição provisória – pacto solene ratificado pelos partidos intervenientes nas negociações³ – quer no que concerne à governação, quer no que diz respeito à Constituição definitiva. Quanto à gestão da coisa pública, a constituição provisória determina que se forme um governo de unidade nacional, formado por todos os partidos, que governe por um período de cinco anos, ou seja, até 1999, data da entrada em vigor da nova Constituição. Isto implicaria, por consequência, que o Parlamento (Assembleia nacional e Senado), o Presidente (o qual será eleito dentre os membros da assembleia nacional pelas duas câmaras reunidas), se manteriam até lá em funções. Pretendia-se, desta maneira, envolvendo todas as forças políticas, assegurar durante este período de experimentação democrática, um consenso sustentado para a tomada das decisões, muito importante também para o arranque económico do país. Citando Françoise Dreyfus: “A organização do executivo nacional constitui, sem

¹ FRANÇOISE DREYFUS, “La constitution intérimaire d’Afrique du Sud”, loc. cit., 469.

² Inédita é a própria denominação. Vale aqui a autoridade científica de VALERIO ONIDA: “Devido ao seu carácter provisório, as Constituições provisórias não vêm normalmente consagradas num documento solene que tenha o nome de Constituição: este vem reservado pelo contrário às Constituições destinadas a serem definitivas” (“Costituzione provvisoria”, *Digesto delle discipline pubblicistiche*, ed. cit. 340). Refira-se, no entanto, que a ideia de uma constituição provisória, destinada a preencher o intervalo entre a decisão constituinte e a aprovação da constituição definitiva, foi já sustentada por CONDORCET. Num contexto em que se contestava a legitimidade constituinte da autoproclamada assembleia nacional, uma solução seria que essa assembleia ao menos dirigisse o processo constituinte: “então ela poderia limitar o seu direito a regular a forma sob a qual seria formada a convenção encarregada de redigir as leis constitucionais e fazer uma constituição provisória até quando a nova assembleia tivesse estabelecido uma mais durável” (*Sur la nécessité de faire ratifier la Constitution par les citoyens*, loc. cit., 420).

³ Esta Constituição foi ratificada pelo Congresso Nacional Africano e o governo sul-africano, juntamente com todos os partidos representados nas negociações constitucionais em Kempton Park.

dúvida alguma, o contributo mais original da Constituição para o direito constitucional naquilo que ele institucionaliza a participação no gabinete de todos os partidos políticos que obtivessem pelo menos vinte lugares na Assembleia nacional”¹.

No que respeita à Constituição, ela seria elaborada por um parlamento bicameral (Assembleia nacional e Senado), a eleger em Abril de 1994, funcionando em reunião conjunta, tendo por objectivo a “revisão total da constituição”. A Constituição seria elaborada no prazo de 2 anos, mas só entraria em vigor em 1999. O legislador constituinte ficaria vinculado pelos trinta e três princípios constitucionais consagrados no anexo 4 do texto provisório. A Constituição teria de ser aprovada por maioria de 2/3 do corpo dos deputados. Para as alterações dos poderes regionais exigia-se ainda o acordo de dois terços do senado. No entanto, estabelecia-se ainda que a nova constituição não poderia ser votada se o Tribunal Constitucional não certificasse que ela estava de acordo com os princípios constitucionais da constituição provisória. Se não se conseguisse aquela maioria, o projecto constitucional teria de ser examinado por uma comissão de cinco especialistas em Direito Constitucional. Estes deveriam propor, por unanimidade, no prazo de cinco dias, uma reformulação do projecto que seria submetido de novo à Assembleia. Se os especialistas não chegassem a um consenso, o projecto voltaria à Assembleia constituinte, podendo então ser aprovado por maioria absoluta. A constituição passaria depois ao Tribunal Constitucional para verificação da sua concordância com a constituição provisória. Finalmente, seria submetida a escrutínio popular mediante referendo, exigindo-se uma maioria de 60% dos votantes.

A constituição foi aprovada pela primeira vez pela assembleia constituinte em 8 de Maio de 1996, com 88% dos votos. Foi depois sujeita a emendas por indicação do Tribunal Constitucional, voltando à assembleia para aprovação definitiva em 10 de Dezembro. Entrou em vigor em 17 de Fevereiro do ano seguinte. Tratou-se de um processo exemplar de transição que transformou um regime racista e opressivo numa democracia constitucional, integradora de todos os cidadãos, com expresso repúdio de todo o tipo de discriminações. Pressente-se o orgulho dos constituintes nas palavras com que se abre o preâmbulo da constituição de 1996: “Nós, o povo de África do Sul, reconhecemos as injustiças do nosso passado, honramos aqueles que sofreram pela justiça e liberdade do nosso país e acreditamos que a África do Sul pertence a todos os que nela vivem, unidos na nossa diversidade”.

¹ “La constitution intérimaire d’Afrique du Sud”, loc. cit., 470.

3.3. Classificações doutrinárias do fenómeno: fraude à constituição e revolução legal

Perante estes eventos que de maneira tão gritante fogem à ortodoxia da teoria do poder constituinte, os autores, para além do compreensível espanto manifestado (e das implicações mais ou menos profundas que daí retiram para o conceito de poder constituinte) dividem-se no nome a dar à coisa: uns falam de “fraude” à constituição e outros de uma “revolução legal”, recuperando conceitos que tinham sido forjados particularmente entre as duas guerras para enquadrar teoricamente a transição das democracias liberais para os regimes autoritários de Mussolini, Hitler e Pétain. É que as transições constitucionais tinham, afinal, já antecedentes, alguns tristemente célebres. E também a doutrina da época manifestara já a sua perplexidade perante estes fenómenos de “transformação constitucional” que haviam ocorrido sem descontinuidade formal (real ou ilusória) com o ordenamento precedente. Liet-Veaux, analisando, em artigo publicado em 1943, as *revoluções comunitárias* que se tinham desenrolado na Itália, na Alemanha e na França e que substituíram democracias liberais-parlamentares por regimes totalitários, expõe desta maneira o seu desconforto teórico: “Estas revoluções desenrolaram-se segundo processos que a análise jurídica ainda não estudou (...) O seu evento põe a claro o paradoxo que consiste no respeito aparente das formas constitucionais em vigor, seguido de uma mudança radical do espírito das instituições. O fenómeno é original, podemos individualizá-lo, mas falta baptizá-lo; é um conceito do qual eventualmente é preciso extrair consequências na ciência política”¹.

A perplexidade residia na natureza paradoxal de um processo político que consumava uma ruptura constitucional sem que os meios jurídicos utilizados entrassem em conflito formal com a constituição em vigor. Se tal aconteceu dessa maneira, isso só pode significar que a mudança foi efectuada por recurso aos mecanismos de revisão constitucionalmente previstos. O que cria esta novidade: uma revolução, designando assim – à maneira de Carl Schmitt – uma mudança radical dos princípios fundamentais

¹ G. LIET-VEAUX, “La «fraude a la constitution», Essai d’une analyse juridique des révolutions communitaires récentes: Italia, Allemagne, France”, *Revue du Droit Public et de la Science Politique en France et a l’Étranger*, 1943, 116-117.

da constituição, foi feita, não pelo poder constituinte originário, como seria de esperar, mas pelo poder de revisão instituído pela constituição para conservação dela mesma.

Em si, o fenómeno é de fácil enunciação: um órgão investido de poder constituinte por uma determinada constituição fez uso desse poder para subverter os princípios dessa mesma constituição. Foi o que aconteceu nos três casos acabados de mencionar. Num capítulo anterior, dissemos que uma constituição é sempre a constituição de uma revolução. Mantendo esse postulado, teremos agora que aceitar o corolário seguinte: as mudanças constitucionais descritas configuram situações revolucionárias. De facto, em cada um dos países em causa, uma constituição foi destruída e uma nova ordem constitucional entrou em vigor¹. Os próprios textos oficiais do novo poder instalado designam o evento como *revolução nacional*.

Dado o fascínio que a problemática do poder constituinte exerce sobre os juristas franceses², é natural que sejam desta nacionalidade as teorizações mais persistentes. Não vendo nessa designação uma simples figura de estilo, uma força de expressão, é então necessário tornar o conceito de revolução mais extensivo. Incumbiu-se dessa tarefa Roger Bonnard: “As revoluções são muitas vezes *violentas e ilegais*, isto é, realizadas pela violência e pela ilegalidade. Mas há também revoluções pacíficas e legais, isto é, feitas na calma e em virtude das constituições existentes. Nestas revoluções legais, é o poder constituinte instituído que intervém para destruir e reconstruir. Assim a juridicidade das operações constitucionais de destruição e de reconstrução não é contestável, pois que estas operações são feitas em conformidade com a constituição existente. São somente as revoluções ilegais que implicam a intervenção do poder constituinte originário e nas quais a juridicidade das operações pode ser posta em questão”³.

Vemos que nesta classificação das revoluções, Bonnard introduz uma segunda dicotomia de relevante efeito no desenvolvimento ulterior da teoria

¹ Quer dizer que não foi necessário criar “o vazio para construir sobre o vazio”. Escreve, em 1929, PANUNZIO, um constitucionalista militantemente comprometido com o fascismo italiano: “O Fascismo, sem cancelar com um traço de caneta a velha constituição, o Estatuto, e sem se precipitar a escrever, com outro traço, uma *toto genere* nova, deu-se, de forma gradual, provavelmente sem que tivéssemos dado por isso, (...) uma nova constituição. O método de formação e de produção desta nova constituição não foi racionalista, geométrico, mecânico, ou, como se diz, à maneira francesa, mas pragmático, histórico, orgânico, à italiana (...). Se juntarmos todas as leis constitucionais do fascismo (...) e as juntarmos ao velho Estatuto na parte viva e vital que este ainda contém, nós teremos, talvez sem necessidade de um novo Código e de um texto único das nossas leis fundamentais de direito público, isto é, de um novo Estatuto, a nova constituição italiana” (SERGIO PANUNZIO, *Rivoluzione e Costituzione (Problemi costituzionali della Rivoluzione)*, Milano, Fratelli Treves, Editori, 1933-XI, p. 196).

² A observação é feita por CLAUDE KLEIN, *Théorie et pratique du pouvoir constituant*, ed. cit., 67.

³ ROGER BONNARD, “Les Actes Constitutionnels de 1940”, ed. cit., 52.

constitucional: trata-se da distinção entre poder constituinte *originário* e poder constituinte *instituído*. Outros autores chamarão a este último poder derivado ou poder de revisão. Mais adiante regressaremos a estas alternativas terminológicas. De imediato, interessa-nos sublinhar as correlações feitas entre as duas espécies de revolução (ilegal e legal) e as duas espécies de poder constituinte (originário e instituído). A primeira correlação não constitui surpresa. O poder constituinte é originário porque o seu titular, qualquer que ele seja (povo, força política, ou governo de facto), actua à margem de qualquer atribuição constitucional. É um poder fundacional e auto-fundado. A revolução é ilegal porque o poder constituinte originário actua à revelia do ordenamento que visa destruir. O que confere a um evento político o estatuto de revolução é o facto de ele visar e consumir a destruição da constituição em vigor. Ora, a destruição da constituição também pode ser levada a cabo por um órgão que esteja constitucionalmente investido do poder de revisão. A revolução será, então, legal se (primeira condição) esse órgão observar os procedimentos previstos na constituição em vigor e se esta (segunda condição) não tiver fixado limites materiais para a sua própria revisão.

Referindo-se à mudança constitucional operada no quadro da Revolução Nacional de 1940, em França, Bonnard afirma que os procedimentos foram observados e lembra ao mesmo tempo que o artigo 8º da constituição de 1875 consentia uma revisão sem quaisquer limitações, uma revisão *en tout ou en partie*. Assim, o poder constituinte instituído, ou seja, a assembleia nacional formada pela reunião do Senado e da Câmara dos deputados, estava em condições de desencadear uma revisão materialmente ilimitada. Tratava-se de fazer uma revisão que pusesse de acordo o direito com a realidade, uma vez que o regime pessoal e autoritário do Marechal Pétain repousava ainda na ordem constitucional da Terceira República. O governo capitulara, mas no plano jurídico nada havia mudado. “Quando este dualismo de um regime político de facto assente sobre o regime político de direito se tornou evidente..., concluiu-se que tal dualismo não podia perdurar em virtude de haver uma discordância total entre os dois regimes (...) Ora, como não era obviamente possível pensar em restabelecer o anterior (...), uma revisão total da constituição surgiu bruscamente como uma necessidade absoluta e como devendo ser operada com urgência para instaurar no

mais breve prazo possível uma nova ordem política que não podia deixar de ser um regime autoritário”¹.

De forma constitucionalmente correcta, as duas Câmaras reconheceram a necessidade da revisão e reuniram-se em Assembleia Nacional. Só que, na realidade, este órgão não se reuniu para rever ele próprio a constituição, mas antes para aprovar a lei constitucional de 10 de Julho que outorgou ao governo da República, presidido pelo Marechal Pétain, plenos poderes para esse efeito². Através daquela lei, outro poder constituinte foi instituído e outra forma de revisão passou a vigorar³. A questão, porém, não é líquida. A tese da revolução legal tem ainda de se confrontar com a interpretação segundo a qual a instituição do novo poder constituinte teria sido feita a título de delegação. Vingando esta interpretação, duas consequências decorreriam, uma sendo alternativa à outra: ou a Revolução Nacional não tinha sido uma revolução ou, caso o fosse, teria sido uma revolução ilegal. Vejamos a primeira hipótese. O órgão dotado de poder para efectuar a revisão da constituição será, nos termos da lei de 25 de Fevereiro de 1875, a Assembleia Nacional. Se esta delegar tal poder, não delega senão o exercício do poder constituinte, mantendo-se como titular dele. Sendo assim, a delegação é provisória e condicional. Duas razões podem servir de base a este argumento: primeiro, a referência expressa ao Marechal Pétain; segundo, a indicação de limites à revisão a efectuar. Se a delegação vai referida a uma pessoa e não a um cargo, isso pode querer dizer que, em qualquer altura, e seguramente após a morte do Marechal, o poder constituinte acabará por regressar à Assembleia, que assim juntará de novo o exercício

¹ Idem, *ibidem*, 69.

² Repete-se em França o processo que conduziu à instauração do nazismo na Alemanha: a atribuição dos plenos poderes ao executivo, incluindo os que a constituição reservava ao legislativo. Tratou-se de uma decisão tomada em sede do poder de revisão. “As leis do Reich editadas pelo Governo podem afastar-se da Constituição do Reich desde que elas não se reportem à instituição do Reichstag nem à do Reichsrat, considerados como tais. Também não podem prejudicar os direitos do Presidente do Reich” (artigo 2º da lei de 24 de Março de 1933). A partir daí, nenhum outro limite, além dos estabelecidos pelo artigo que acaba de ser citado, se coloca à iniciativa política e constitucional do governo. Poucos meses depois da aprovação da lei dos plenos poderes, foi decretada a proibição de todos os partidos com excepção do partido operário nacional-socialista. Ficava, assim, consumada a transição do Estado liberal para o que Carl Schmitt designou por Estado Total (*totale Staat*), o Estado de partido único. Pela lei de 14 Julho de 1933, ficou estabelecida a ligação directa do governo do Reich ao povo que poderia consultar sobre qualquer assunto e ao qual ia buscar legitimidade através de plebiscitos. Foi precisamente, por essa via que, depois da morte do Marechal HINDENBURG, o governo legitimou a sua decisão de atribuir ao Chanceler HITLER as prerrogativas de Presidente do Reich.

³ BERLIA, para além da legitimidade que *ab limine* denega, considera ilegal o acto da transmissão do poder de revisão. Nesse caso, a revolução nacional de 1940 cairia no conceito de revolução *tout court*, quer dizer, seria ilegal como é típico de todas as revoluções. Nesse caso ainda, a lei de 10 de Julho apenas pretenderia iludir a actuação do poder constituinte originário, disfarçando-o com as vestes do poder constitucional de revisão (cf. “La Loi constitutionnelle du 10 Juillet 1940”, *Revue du Droit Public et de la Science Politique en France et a l'Étranger*, LIX, 1943, 45 e ss.).

à titularidade. Em tal hipótese, teria que concluir-se que o regime de 1875 não cessara, apenas estava suspenso. A forma da delegação parece ser reforçada pelas exigências que a Assembleia impôs como condições de validade para a nova constituição a fazer: garantir os direitos do trabalho, da família e da pátria e ser ratificada pela nação.

Bonnard repudia esta interpretação porque daí resultaria uma situação de ilegalidade para um regime que ele pretende ver juridicamente justificado. “Esta tese não pode ser admitida. Ela choca com o princípio, unanimemente aceite, segundo o qual uma competência não pode ser delegada. Diferentemente de um direito, uma competência não pode ser exercida senão pelo seu titular (...) Assim, a Assembleia nacional, investida pela lei constitucional de 25 de Fevereiro de 1875 da competência de rever a constituição, não podia senão exercer ela mesma essa competência e não podia delegar o seu exercício no Marechal Pétain e conservar ao mesmo tempo a posse dela”¹. Sendo a delegação indefensável, configurar-se-ia então o que Guy Héraud designa por acessão ilegal à competência originária². Consequentemente, todos os Actos constitucionais que fundaram o regime de Vichy estariam *ipso facto* feridos de inconstitucionalidade. Jean Laferrrière, que não tinha reservas a pôr à situação política, não deixava de reconhecer esse facto: “Quem se coloque, mau grado a sua estreiteza, no terreno constitucional e jurídico, não pode impedir-se de constatar o que [a lei] tinha de incorrecto. Para tudo dizer, ela era inconciliável com a Constituição de 1875, que continuava em vigor, e da qual apenas a Assembleia tirava o seu título e os seus poderes”³.

A interpretação perfilhada por Bonnard é outra. Na perspectiva deste autor, a lei de 10 de Julho de 1940 estabeleceu uma nova forma processual de rever a constituição, ao mesmo tempo que atribuiu a Pétain, não provisoriamente, mas irreversivelmente, o poder constituinte que até aí pertencia à Assembleia Nacional. “Os actos constitucionais de 1940 foram feitos em conformidade com um novo processo de revisão que substituiu o modo previsto pela lei de 25 de Fevereiro de 1875 e por um novo poder constituinte instituído (...) Em suma, o processo de revisão de 1875 funcionou para criar, por revisão do art. 8 da lei de 25 de Fevereiro de 1875, um novo poder (...) encarregado de fazer a nova constituição”⁴. A figura da atribuição tem, como se vê, efeitos mais latos que os da delegação. Em primeiro lugar, ela transfere o

¹ “Les Actes Constitutionnels de 1940”, loc. cit., 83.

² GUY HÉRAUD, *L'ordre juridique et le pouvoir originaire*, ed. cit., 270.

³ Citado por CLAUDE KLEIN, *Théorie et pratique du pouvoir constituant*, ed. cit., 75.

⁴ “Les Actes Constitutionnels de 1940”, ed. cit., 83.

exercício, mas também a titularidade do poder constituinte. Assim, a Assembleia nacional fica despojada definitivamente do poder constituinte que detinha. Isto quer dizer que ela deixa, pura e simplesmente, de existir. O acto da atribuição corresponde a uma imolação daquele órgão por ele mesmo. Por outro lado, como a lei de 10 de Julho de 1940 é o produto da vontade de um poder constituinte instituído, nada impede que um poder da mesma natureza decida modificá-la nas partes que achar conveniente, desde logo revogando, por exemplo, a regra que impõe a ratificação da constituição pela nação. “Com efeito, o Marechal, tendo-se tornado o sucessor da Assembleia nacional no seu poder constituinte, encontra-se na posse de um poder igual ao que ela possuía. Tornou-se seu igual e, assim, tem o direito de modificar as disposições tomadas pela Assembleia”.

A posição de Bonnard suscitou uma réplica de Berlia que se tornou clássica e que vale a pena enunciar resumidamente. Antes de mais, ele ironiza com a credulidade dos autores da lei quanto à legalidade da revolução política de que ela é instrumento. “A França passaria de um regime antigo para um regime novo sem que a permanência da sua licitude constitucional fosse um instante sequer rompida por um qualquer ‘vazio jurídico’. A lei de 10 de Julho de 1940 faria do regime novo o herdeiro legítimo do regime defunto e reconhecido como tal por este”¹. A transferência do poder constituinte é ilegal das duas maneiras. É ilegal como delegação e não o é menos como atribuição, porque ambas contrariam o princípio da separação dos poderes, que era a razão de ser da proibição da delegação de competências. Se esse princípio interdita a delegação, então, por maioria de razão, ele deve interditar também a atribuição, já que esta implica uma concentração ainda maior dos poderes que integram a soberania do Estado. “Com efeito, se há uma simples delegação da competência constituinte, para retomar o exemplo concreto de 1940, um órgão – no caso vertente, o chefe do Estado – poderá acumular a competência executiva, em exercício e em título, com o exercício da competência constituinte. Pelo contrário, se há atribuição, o Chefe do Estado acumulará as competências executiva e constituinte, em exercício e em título em qualquer dessas competências; neste caso, os poderes dele são mais densos e o revés da vontade de divisão da soberania mais profundo”². Em conclusão, Berlia considera que, de todas as maneiras, a lei da transferência do poder constituinte da Assembleia para o governo de Vichy implicou uma ruptura jurídica entre os dois regimes. “A lei é inconstitucional e,

¹ GEORGES BERLIA, “La Loi constitutionnelle du 10 Juillet 1940”, loc. cit., 47.

² Ibidem, 54.

por consequência, não pôde fazer com que o novo regime fosse o herdeiro do precedente, pelo menos reconhecido legalmente como tal por este último. Não há uma relação de filiação jurídica entre os dois”¹.

A crítica de Berlia à tese de Bonnard não poderia ser extensiva a Liet-Veaux, embora também este se tenha envolvido na defesa jurídica do regime de Vichy. Só que, para tal objectivo, ele não considerou ser importante provar a continuidade constitucional entre aquele regime e o anterior. Não precisou, por isso, de pedir emprestado a Bonnard o conceito de revolução legal. De qualquer forma, o carácter pacífico da mudança política, causando estranheza, impunha um outro conceito que fosse igualmente explicativo, mas que não iludisse o facto indesmentível da ruptura constitucional. Esse conceito encontrou-o Liet-Veaux no direito privado onde situações análogas, isto é, situações nas quais alguém, parecendo cumprir a lei, atinge precisamente o fim contrário ao que ela pretende assegurar. Respeita-se a letra da lei lesando o espírito dela. Chama-se a isso “fraude à lei”. Extrapolando para o direito público, Liet-Veaux interpreta as “revoluções comunitárias” (italiana, alemã e francesa) como processos de *fraude à constituição*. Nos três casos, houve respeito “aparente” das formas constitucionais em vigor, mas violação efectiva do espírito das respectivas constituições. “Respeito da forma para combater a substância, tal é a *fraude à constituição*, ou mais exactamente, o caso mais interessante de fraude à constituição”². O que se entendia ser uma actuação competente do poder constituinte instituído foi, na realidade, segundo esse autor, uma assunção do poder constituinte originário.

Embora sem o citar expressamente, Liet-Veaux raciocina no quadro teórico criado por Carl Schmitt. “É preciso partir de uma constatação: as formas de revisão das constituições estão intimamente ligadas às características dos regimes políticos. Sob uma monarquia de direito divino, o principal agente da revisão é o monarca; sob um regime de soberania nacional, esse agente é o povo, por intermédio de uma Assembleia constituinte em regime democrático ou pela via do plebiscito em regime autoritário”³. A questão é a seguinte: até onde pode ir o órgão investido de poder constituinte se for seu desejo mudar para o futuro o modo de rever a constituição em vigor? E a resposta é esta: “Ele tem competência para proceder a alguns retoques nas condições formais da revisão, mudar o lugar de reunião da Assembleia constituinte, exigir um quórum mais

¹ Ibidem, 56.

² G. LIET-VEAUX, “La «fraude a la constitution», loc. cit., 145 (sublinhado por ele).

³ G. LIET-VEAUX, “La «fraude a la constitution», loc. cit., 144.

elevado, uma maioria menos numerosa, etc. Ele pode ainda modificar ligeiramente as condições de fundo, decidir que tal artigo será ou deixará de ser revisível, que a forma republicana do governo não poderá futuramente ser posta em causa, etc. E mesmo assim é preciso prevenir o caso de abuso”¹. Quer dizer que são possíveis apenas as mudanças que não ponham em risco a persistência da identidade da constituição gerada pelo poder constituinte originário. Para defesa dessa identidade é que na constituição ficou a constar o órgão e o processo da revisão. “Com efeito, o órgão constituinte não pode decidir o *abandono total e definitivo das regras de revisão instaurando novas regras*. Eis a razão disso: é que as regras de revisão de uma constituição não são senão a tradução, em textos positivos, do fundamento filosófico do poder”².

Ora, o facto é que os mecanismos de revisão utilizados para a instauração dos regimes de Mussolini, de Hitler e de Pétain destruíram completamente a identidade das constituições dos respectivos países. Em todas elas se configurava uma ordem política assente nos princípios estruturantes da democracia parlamentar, do liberalismo e do individualismo. E todas elas se viram despojadas desses princípios para, em troca, darem guarida aos seus antípodas. O parlamentarismo foi substituído pela ditadura unipessoal, o liberalismo pelo corporativismo e o individualismo pelo totalitarismo estatal (“Tudo pelo Estado, nada fora do Estado, nada contra o Estado”). Do ponto de vista formal, pelo menos na aparência, tudo terá decorrido nos limites da legalidade. Os positivistas não terão razão de queixa. Mas, do ponto de vista material, houve nitidamente, nos três casos, uma revolução. Tratar-se-ia de uma revolução legal, como pretende Bonnard? Não é essa a opinião de Liet-Veaux que, como já se disse, pensa à maneira de Schmitt. Uma mudança da constituição que tenha como resultado a subversão do seu espírito, a alteração radical da sua filosofia, não pode ser atribuída ao poder constituinte instituído, mas ao poder constituinte originário, mesmo quando este dissimula a sua verdadeira natureza com um mandato recebido daquele.

É precisamente nesse enganoso mandato que reside a fraude à constituição e é no exacto momento em que ele é dado que se verifica a ruptura constitucional. Um órgão investido de poder para, através de alterações pontuais, dar continuidade à constituição sente-se coagido a abdicar desse poder a favor de outro, escondendo, no entanto, o gesto da sua abdicção no acto legal da atribuição do mandato ao seu sucessor. Segundo Liet-Veaux, este artil não é merecedor de censura: “Graças à forma

¹ Idem, *ibidem*, 144.

² Idem, *ibidem*, 144 (sublinhado por ele).

regular de que ele se reveste, a revolução por fraude à constituição evita muitas agitações e motins. Esta vantagem verificou-se três vezes seguidas em Itália, Alemanha e França”¹. A denúncia da fraude é, no entanto, necessária para que se desfaça a ilusão dos limites postos ao novo poder constituinte. O interesse de Liet-Veaux é semelhante ao de Bonnard, ambos empenhados em demonstrar que o Marechal Pétain não estava vinculado a quaisquer restrições impostas pelo poder constituinte anterior. Com esse objectivo, Bonnard teorizou sobre a transição constitucional opondo a categoria da atribuição à da delegação e deu ao fenómeno o nome de *revolução legal*. Liet-Veaux seguiu um argumento diferente. Defendeu que houve descontinuidade entre as duas constituições, e isso vale por dizer que o criador da nova constituição foi o poder constituinte originário que actuou disfarçado sob as vestes do poder de revisão. Daí ter dado ao mesmo fenómeno o nome de *fraude à constituição*. Liet-Veaux está convencido de que esta interpretação permite determinar com maior exactidão a liberdade que o Marechal Pétain dispunha relativamente a prescrições procedentes da constituição em extinção. “Tendo abdicado dos seus poderes, a Assembleia Nacional não tinha competência para regulamentar o exercício ulterior do poder constituinte. Os limites são, pois, nulos à luz da ideia de fraude à constituição”².

Na opinião de Guy Héraud, a tese da fraude à constituição assenta num “argumento racional” e de modo nenhum em “argumentos exegéticos”, já que nada no artigo 8º da lei constitucional de 1875 consente uma interpretação segundo a qual a assembleia nacional estaria impedida de modificar o processo da revisão. Com efeito, a alínea 3 desse artigo diz somente o seguinte: “As deliberações respeitantes à revisão das leis constitucionais, revisão total ou parcial, devem ser tomadas por maioria absoluta dos membros que compõem a Assembleia”. Uma vez respeitada esta condição, qualquer deliberação sobre o modo ou o conteúdo da revisão é válida. Assim, o poder constituinte criado pela constituição 1875 está autorizado por ela a modificar toda e qualquer das suas normas, seja as que regulam os poderes legislativo e executivo, seja as que regulam o próprio poder constituinte. “É por isso que nós entendemos este poder como sendo *um poder originário relativo* e o artigo 8º como sendo *uma constituição flexível*”³. Tal não significa que, segundo Héraud, não tenha ocorrido uma

¹ Idem, *ibidem*, 145.

² Idem, *ibidem*, 148.

³ G. HÉRAUD, *L'ordre juridique et le pouvoir originnaire*, ed. cit., 254 (sublinhado por ele). Para este autor, o poder constituinte que seja constitucionalmente instituído é um poder relativo na medida em que age a coberto de uma constituição, e nisso se distingue do poder revolucionário que emerge fora e contra

irregularidade formal na transmissão do poder de revisão para Pétain. Ele perfilha a posição de Laferrière.

A tese deste, em contradição com a de Bonnard, é que o Marechal exerce o poder constituinte por delegação procedente do órgão próprio. A irregularidade está na transgressão já acima referida ao citarmos Berlia: qualquer autoridade, por mais elevada que seja, deve exercer ela mesma as atribuições que a constituição lhe confere, sob pena de, delegando-as noutra autoridade, estar a modificar a repartição das competências constitucionalmente estabelecidas. “Encarregada, ela e só ela, pela constituição de exercer o poder constituinte, a Assembleia nacional não podia transferir esse exercício para outro, mesmo sob a reserva de uma ratificação final pela nação. E, no entanto, foi o que ela fez. A lei de 10 de Julho de 1940 procedeu a uma delegação do poder constituinte”¹.

A questão é saber em que premissas pode Laferrière assentar a inferência da delegação, uma vez que a Assembleia constituinte foi omissa a esse respeito. Curiosamente, ele faz aquela inferência a partir de uma outra omissão. Se a Assembleia tivesse querido ceder o poder de revisão a outro órgão, poderia tê-lo feito mediante simples modificação do artigo 8º o qual passaria a prever a possibilidade de, no futuro, quando as circunstâncias o impuserem, a assembleia incumbir tal colectivo ou tal personalidade de elaborar um projecto de constituição o qual seria depois submetido a ratificação popular. “Sem dúvida, a Assembleia nacional poderia ter procedido assim, mas ela não o fez. Em nenhum momento ela manifestou a sua intenção de modificar o processo de revisão estabelecido pelo artigo 8º e substituí-lo, a título de regra geral, por um outro, instituindo um novo órgão constituinte. Não se pode admitir que uma reforma desta importância tenha sido realizada de forma apenas implícita”². Assim sendo, a Assembleia nacional continuou a ser o órgão titular do poder de revisão e o que ela fez foi delegar, inconstitucionalmente, uma competência que não era delegável. Com benevolência, Laferrière não deixará de ilibar a Assembleia nacional, crendo que ela “não teve consciência da irregularidade que cometia”³. Porém, a boa fé, se eventualmente ela existiu, não anula os efeitos da delegação: os Actos constitucionais de Pétain eram juridicamente nulos.

a constituição, mas é originário à semelhança deste porque, como ele, não está limitado por nenhuma regra constitucional.

¹ JULIEN LAFERRIÈRE, *Manuel de Droit Constitutionnel*, ed. cit., 834.

² Idem, *ibidem*, 835

³ Idem, *ibidem*, 834, nota.

O argumento da omissão não convence Vedel que aplica ao caso o aforismo latino *in dubio pro reo*: “Estamos limitados a investigar se, de facto, a Assembleia delegou os seus poderes ou se quis modificar o processo de revisão. É difícil fechar o debate, mas em virtude da regra segundo a qual a dúvida deve favorecer a validade do acto, nós acreditamos que seguramente houve na lei de 10 de Julho de 1940 uma modificação do processo de revisão da Constituição, *politicamente criticável, mas juridicamente correcto*”¹. No fundo, Vedel está próximo da posição defendida por Bonnard: a Assembleia podia proceder a uma “revisão da revisão” e assim fez. Como, por outro lado, a constituição admitia ser revista parcial ou totalmente, isto é, não estabelecia limites materiais para a sua revisão, o Marechal Pétain poderia modificá-la inteiramente, tornando-a politicamente irreconhecível². Esta era a opinião de Vedel em finais dos anos quarenta. Mas, vinte anos mais tarde, a propósito do referendo gaullista de 1962, ele volta a sustentar que “uma revisão constitucional poderia, amanhã, sem irregularidade jurídica, desde que um procedimento apropriado fosse seguido, dotar-nos de um sistema americano, soviético ou jugoslavo”³.

O caso da V. Republica

Um outro exemplo de mudança de regime mediante processos julgados constitucionalmente válidos voltou a ocorrer na França em 1958, aquando da passagem da IV para a V República. Se a filosofia política do Marechal Pétain e a do General De Gaulle não eram de modo nenhum comparáveis, a verdade é que os cenários e as cenas da trama histórica foram muito semelhantes. “Na verdade, tem-se a impressão de que a história se vingou – mas de quê? – por uma exacta repetição das coisas colocando o General de Gaulle em parte – todo o problema reside nisso – na situação que tinha sido

¹ Citado por CLAUDE KLEIN, *Théorie et pratique du pouvoir constituant*, ed. cit., 75 (sublinhado por C. K.).

² O único limite material explícito no artigo 8º residia no carácter republicano do regime, embora na lógica de VEDEL, por exemplo, nada impedia que este não fosse ele próprio objecto de revisão.

³ Citado por OLIVIER BEAUD, *La Puissance de l'État*, ed. cit., 333. VEDEL, de resto, nunca alterou a sua posição ao longo da vida. Vinte e quatro anos depois do artigo de 1968 citado por O. BEAUD, ele escrevia a propósito agora do Tratado de Maastricht: “O poder constituinte derivado não é um poder de outra natureza que o poder constituinte originário: a Constituição estabelece o seu processo (que, aliás, pode ele próprio ser objecto de uma revisão, como o prova a lei constitucional de 3 de Junho de 1958), mas não limita de modo nenhum a sua extensão.... É esta plenitude do poder de revisão constitucional que legitima o controlo da constitucionalidade das leis” (GEORGES VEDEL, “Shengen et Maastricht”, *Revue française de Droit Administratif*, Sirey, 1992, 179).

a do Marechal Pétain e que ele, com tanta energia, tinha condenado”¹. Poderíamos ser tentados a dizer que na homologia das situações se confirma o enunciado hegeliano segundo o qual os acontecimentos e personagens da história sempre se repetem, mas já nos inibiríamos de acrescentar com Marx que eles surgem na primeira vez como tragédia e na segunda como farsa.

O governo do General De Gaulle foi investido no dia 1 de Junho de 1958 no rescaldo da crise de Argélia. No discurso da sua tomada de posse, o General pediu à Assembleia nacional um mandato constituinte que lhe permitisse tomar a iniciativa de uma revisão constitucional: “O Governo que eu acabo de formar, mediante a vossa confiança, far-vos-á chegar de imediato um projecto de reforma do artigo 90º da Constituição que permita à Assembleia Nacional mandar o governo para elaborar, e depois propor ao país, as mudanças [constitucionais] indispensáveis”². Na sua fórmula original, o artigo 90º atribuía a exclusividade do poder de revisão à Assembleia nacional, estabelecendo ao mesmo tempo um processo complicado que procurava – tal seria a intenção dos constituintes de 1946³ – proteger a constituição de alterações emergentes de alianças fracas e conjunturais. Invocando urgência, o governo gaullista propunha que o artigo 90º ficasse assim redigido: *A Constituição é revista da forma seguinte: o governo da República estabelece em Conselho de ministros, depois de ouvido o Conselho de Estado, um projecto de lei constitucional que é submetido a referendo. A lei constitucional de revisão da constituição é promulgada pelo Presidente no prazo de oito dias.*

A Assembleia nacional cedeu ao argumento da urgência, pelo que tudo ficou decidido no dia 2. Entretanto, alguma negociação foi feita, tentando os deputados evitar que, na subsequência do processo de revisão, o legislativo ficasse inteira e definitivamente despojado “daquilo que ele tem de mais fundamental, a saber, o seu poder constituinte”⁴. Desde logo, conseguiram impor a sua participação num órgão consultivo ao qual o governo deveria submeter o seu projecto de revisão da Constituição. Outra vitória significativa consistiu em assegurar a reversibilidade do

¹ SERGE ARNÉ, “La prise du pouvoir par le Maréchal Pétain (1940) et le Général De Gaulle (1958)”, *Revue du Droit Public et de la Science Politique en France et a l’Étranger*, LXXV, 1969, 50.

² Citado por FRANÇOIS GOGUEL, “Elaboration des institutions”, in *Revue Française de Science Politique*, IX, n° 1, 1959, 69.

³ BASTIEN FRANÇOIS, *Naissance d’une constitution*, Presses de la Fondation Nationale des Sciences Politiques, Paris, 1996, 24.

⁴ *Documents pour servir à l’histoire de l’élaboration de la Constitution du 4 Octobre 1958*, cit. por WILLY ZIMMER, “La loi du 3 juin 1958: contribution à l’étude des actes pré-constituants”, *Revue du Droit Public*, 2, 1995, 393.

poder de revisão que só a título de excepção transitaria para o governo. Assim, algo modificado, o projecto do governo deu lugar à lei constitucional de 3 de Junho a qual começa precisamente pelo enunciado que os deputados introduziram para tornar iniludível o carácter provisório da modificação do processo de revisão: Por derrogação transitória das disposições do seu artigo 90, a Constituição será revista pelo Governo investido no dia 1 de Junho de 1958 ...”. Pelo menos teoricamente, a Assembleia nacional continuaria a ser o órgão titular do poder constituinte de revisão.

Inevitavelmente, alguém haveria de utilizar a expressão “síndrome de Vichy” para diagnosticar o processo genético da V República¹. O que aí vai sugerido não é apenas a já referida similitude dos factos históricos, mas também e sobretudo o carácter patogénico das duas constituições. Por outras palavras, o que se pretende dizer é que, tal como em 1940, também em 1958 haverá indícios de ilegalidades e anomalias procedimentais na cedência do poder de revisão por parte da Assembleia nacional ou na assunção desse mesmo poder por parte do General De Gaulle. A dúvida sobre a correcção jurídica do processo pode ter raiz num sentimento de animosidade para com o novo regime, mas ela pode também ser levantada por quem simplesmente não acredita que um regime possa abdicar voluntariamente de existir para que outro lhe suceda. Um tal cepticismo leva a descortinar sempre um “golpe de Estado” por detrás de todos os “processos legais” de transição constitucional.

É nesta linha que Serge Arné não vê razão para que, em termos de validade, se estabeleça uma distinção entre os acontecimentos de 1940 e os de 1958: “No que concerne à transferência do poder constituinte, nós poderemos dizer que ela foi ferida de nulidade num e noutro caso”². Certamente, prevenido em relação às acusações de ilegalidade e ilegitimidade feitas a Pétain, o antigo líder da *resistência* não deixou de postular a continuidade constitucional entre o regime que ele pretendia extinguir e o que ele visava instaurar. Assim, trata de esclarecer que o mandato que pede à Assembleia nacional – “poderes excepcionais, para uma tarefa excepcional, num momento excepcional” – será dado “através de um processo previsto na actual Constituição”; e, mais tarde, reforça a ideia de que “foi na legalidade” que ele e o governo receberam “o mandato excepcional de estabelecer o projecto de uma nova

¹ HENRY ROUSSO, *Le syndrome de Vichy*, Paris, Seuil, 1987, citado por BASTIEN FRANÇOIS, *Naissance d'une constitution*, ed. cit., 45.

² SERGE ARNÉ, “La prise du pouvoir par le Maréchal Pétain (1940) et le Général De Gaulle (1958)”, ed. cit., 54.

constituição e de a submeter à decisão do povo”¹. Segundo Serge Arnè, porém, afirmações como estas poderão convencer um auditório político, mas já não juristas como ele para os quais a solução encontrada em 3 de Junho, “sendo astuciosa, não é por isso menos grosseira”².

A nulidade, na perspectiva do mesmo autor, decorre antes de mais nada do carácter intransferível do poder constituinte. O órgão que detém este poder por mandato do povo não pode tomar a iniciativa de o delegar noutra entidade. Sem a benevolência com que Liet-Veaux encarou a inconstitucionalidade de 1940, Serge Arné corrobora com ele afirmando que “a delegação é uma fraude à constituição de 1946”. Outra razão acresce para justificar tal apodo: a revisão anunciada não visava somente introduzir algumas alterações na *mesma* constituição, mas a sua substituição por outra inteiramente diferente. “Nós estamos na presença de um suicídio”³.

De maneira semelhante terá que pensar quem, na tradição schmittiana, nega a possibilidade lógico-constitucional de se efectuar uma mudança de regime pela via da revisão da revisão. É o caso de Olivier Beaud que vê na lei de 3 de Junho um *instrumentum* de ruptura e não de continuidade como falsa ou ilusoriamente foi apresentada pelos deputados que a subscreveram: “... o seu título («derrogação transitória das disposições do artigo 90 da Constituição») não corresponde à sua natureza jurídica”⁴. Foi um poder constituinte (originário) e não um poder de revisão aquele que substituiu a IV pela V República. Todos os passos foram dados de acordo com o que, segundo este autor, será o roteiro típico do processo constituinte. Em primeiro lugar, observou-se a iniciativa pré-constituinte pela qual se exprimiu a decisão de dotar a França de uma nova constituição. Esta fase (*complexa* por comportar dois momentos e nela intervirem duas instâncias) começou com o *pedido de iniciativa* dirigido pelo General De Gaulle à Assembleia nacional [“é o primeiro acto do processo constituinte e consiste em obter de uma outra instância a oportunidade de fazer uma nova constituição (‘iniciativa da iniciativa’, se se quiser)]” e terminou com a *decisão de iniciativa* que foi, como sabemos, favorável à pretensão do requerente. Seguiu-se, na ordem lógica, a *decisão atributiva do poder constituinte* que se traduziu na lei de 3 de Junho pela qual o governo gaullista recebeu a incumbência de elaborar e submeter a

¹ Citado por SERGE ARNÈ, *ibidem*, 57.

² *Idem*, *ibidem*, 58.

³ *Idem*, *ibidem*, 62.

⁴ OLIVIER BEAUD, *La puissance de l'État*, ed. cit., 271.

referendo um projecto de constituição que observasse um determinado número de princípios orientadores.

No esquema categorial postulado por Olivier Beaud, a lei de 3 de Junho de 1958, que serviu de suporte escrito às decisões pré-constituintes acabadas de referir, desempenhou o papel de uma pré-constituição: ela conferiu legalidade constitucional ao processo de produção da nova constituição. Trata-se de um tipo de leis que, conforme observa aquele autor, teve um surpreendente sucesso na passagem mais recente de regimes autoritários a democráticos. “Elas fornecem, pois, um quadro constitucional a um governo provisório que deixa de ser «de facto»¹”. Isto quer dizer que o fundamento legal do acto constituinte que gerará a V República não reside na constituição anterior. Na realidade, esta já terá perdido a sua força legitimadora a partir do momento em que a iniciativa pré-constituinte veio criar um outro horizonte de constitucionalidade. Nesta perspectiva, o recurso à figura da derrogação será falacioso. “Colocando a questão no terreno do princípio da inalienabilidade do poder constituinte, pode requalificar-se a lei de 3 de Junho de 1958. Ela é, sem dúvida, violação à constituição, mas visto que essa violação logrou criar direito novo, ela representa um acto ilegal que põe fim à antiga constituição e cria uma nova legalidade: é um acto revolucionário, em sentido jurídico, e tal corresponde àquilo que nós temos chamado um acto *des-constituente*”².

É claro que, sendo um acto *des-constituente*, na mesma nomenclatura de Olivier Beaud, a referida lei, na medida em que organiza um processo constituinte diferente do processo constitucional de revisão, é também um acto *re-constituente*. Ela impõe princípios que definem o limite dentro dos quais o poder constituinte pode legitimamente decidir. Existe, por conseguinte, um direito pré-constitucional, produzido na fase pré-constituinte, que deve ser respeitado. “Isto basta para provar que o direito constitucional positivo desmente completamente a concepção ideológica de um poder constituinte onnipotente e inteiramente originário ... O estudo do direito positivo e especialmente deste direito pré-constitucional afasta-nos, pois, da visão teológica ou filosófica de um *Fiat* divino”³.

A problemática teórica das transições constitucionais legais não terá fim. Mas o que importa é que, na realidade concreta da política, os regimes possam mudar o mais pacificamente possível e que isso sempre aconteça no melhor dos sentidos. É essa,

¹ Idem, *ibidem*, 273.

² Idem, *ibidem*, 275.

³ Idem, *ibidem*, 276.

muito provavelmente, a perspectiva que anima os autores que apostam na pertinência teórico-jurídica das transições constitucionais. Pode a esse desiderato acrescer a pretensão positivista da continuidade jurídica na sucessão das ordens políticas ou, eventualmente, com uma maior ou menor dose de oportunismo político, o interessado empenho em sustentar com argumentos jurídicos a pretensão de legitimidade de um novo regime. Por qualquer destes motivos, se não por todos eles, Willy Zimmer fala com entusiasmo no processo da transição da IV para a V República, processo que considera ser original e, ao mesmo tempo, um precedente em contexto democrático. “A lei de 3 de Junho de 1958 é um caso único na nossa história constitucional. Ela permitiu a passagem de uma República a outra sem que na origem desta mudança se encontre uma revolução, uma insurreição, uma invasão ou uma derrota e, sobretudo, sem que entre as duas repúblicas decorresse um interregno mais ou menos longo durante o qual os valores republicanos desaparecessem em proveito de regimes não democráticos. Uma tal situação parecia, com efeito, ser o costume na história constitucional. A lei de 3 de Junho de 1958 parece ter sido, na realidade, o ‘mecanismo apropriado’ a que se refere Cl. Leclercq, permitindo pôr fim a uma experiência democrática que fracassa e substituí-la por uma outra igualmente democrática”¹.

Toda a argumentação de W. Zimmer assenta no pressuposto de que a lei pela qual a Assembleia nacional cedeu o seu poder constituinte a De Gaulle realiza, de facto, uma suspensão transitória e não definitiva do artigo 90. Segundo ele, tratou-se de uma solução que teve o mérito de passar ao lado do debate inconclusivo sobre a revisão do processo de revisão. “A lei de 3 de Junho não é, com efeito, uma revisão do processo de revisão que implicasse uma abdicação definitiva do poder constituinte por parte da Assembleia Nacional. A sua natureza jurídica é a de uma derrogação do processo de revisão, o que tem por consequência evitar juridicamente tal abdicação e, logo, distingui-la da lei de 10 de Julho de 1940”². W. Zimmer reconhece que ninguém, na Assembleia nacional, tinha ilusões sobre o aproveitamento que o governo iria fazer do poder que lhe era facultado. Segundo ele próprio cita, François Mitterrand não deixou de advertir os seus pares do parlamento de que, na verdade, o que estava a desenhar-se com a iniciativa governamental não era uma simples reforma da constituição, mas “uma mudança de regime”. E, no mesmo sentido, Giscard D’Estaing dizia que a modificação do artigo 90 originaria “uma transição constitucional”.

¹ "La loi du 3 juin 1958: contribution à l'étude des actes pré-constituants", loc. cit., 383-384.

² Idem, ibidem, 394.

Só que a mudança estava sujeita às condições impostas pela Assembleia nacional. Com efeito, nos termos da lei que derroga o artigo 90 da constituição de 1946, o projecto de lei constitucional do governo deveria respeitar cinco princípios básicos: o sufrágio universal como única fonte do poder político, a separação dos poderes, a responsabilidade do governo perante o parlamento, a independência do poder judicial como garantia das liberdades essenciais e a organização das relações da República com os povos associados. Estes princípios configuram uma *pré-constituição*. Significa isso que, no essencial, a nova constituição tem já os seus contornos definidos, pelo que o governo não poderá actuar como poder constituinte soberano. “O respeito destes diferentes princípios impedia o Governo, encarregado da redacção do projecto da Constituição, de definir ele próprio a forma do futuro regime político, ou seja, impedia-o precisamente de tomar a decisão constituinte fundamental. Tal é o efeito directo do princípio da derrogação que constringe o órgão incumbido do exercício da competência constituinte a exercê-la nos limites fixados pelo poder de revisão”¹.

Assim, segundo W. Zimmer, a Assembleia nacional, ao contrário do que aconteceu com a sua congénere no ano de 1940, não abdicou do poder constituinte. Bem pelo contrário: impondo os referidos princípios como limite material à revisão da constituição a efectuar pelo governo, ela não só tomou parte no processo constituinte como antecipou a decisão fundamental sobre as instituições da V República. Correria, no entanto, o risco de ver essa sua decisão transformada num conjunto de enunciados perfeitamente inócuos se não dispusesse de um meio de coacção que a tornasse vinculativa. Essa foi, como já vimos, a razão de ser da aplicação do mecanismo da derrogação ao artigo 90 da Constituição: caso o governo não observasse os princípios de base constantes da lei de 3 de Junho de 1958, a cedência excepcional do poder constituinte ficaria sem efeito, regressando-se ao processo de revisão previsto pela Constituição ainda em vigor.

¹ Idem, *ibidem*, 401-402.

3.4. O poder constituinte nas vestes do poder de revisão. Desdramatização dos processos de mudança constitucional

Todos os eventos políticos que fomos evocando (revoluções comunitárias, V República francesa, transições constitucionais) confirmam o facto de que, desde há muito tempo, existem processos “normalizados” de mudança de constituições. É, pois, natural que, independentemente das diferenças de orientação política de cada um dos processos referidos, surja a ideia de ver nessa ordem de fenómenos a expressão de uma tendência histórica. Com efeito, a legitimidade que o poder constituinte possa invocar parece que cada vez o dispensa menos de respeitar a legalidade constitucional em vigor, ou seja, precisamente aquela que ele tem em vista destruir. Como vimos, não é pacífico dizer que, nos casos referenciados, a legalidade foi efectivamente respeitada. Mas, na maior parte das vezes, o poder constituinte ao menos explicitou (com maior ou menor sinceridade) a sua convicção de estar a agir em conformidade com a constituição exercendo uma competência que a mesma lhe conferia. Por outras palavras, ele procedia à mudança da ordem constitucional vestindo o hábito jurídico do poder de revisão.

Logicamente, esta reconversão identitária veio criar no âmbito da teoria constitucional um novo e fecundo centro de interesse. Disso nos dá conta, por exemplo, Francesco Rimoli: “A propósito dos hoje permanentes debates sobre as reformas institucionais, tornou-se de recente evidência, nas reflexões da doutrina constitucionalística, o tema da revisão da constituição, rico de tradição teórica e de valiosas implicações políticas”¹. Este despertar para o tema acontece porque, como assinala Claude Klein, a realidade do poder constituinte, perdida toda a magia que o

¹ FRANCESCO RIMOLI, “Costituzione rigida, potere di revisione e interpretazione per valori”, *Giurisprudenza Costituzionale*, 1992, 3713. Este despertar sucede a um período de desatenção que merece a seguinte observação de PORTINARO: “Sobretudo no contexto de sistemas políticos com constituições rígidas tem-se lamentado mesmo, em anos recentes, a escassa atenção reservada ao tema da revisão constitucional pela teoria jurídica e política (PIER PAOLO PORTINARO, “Il grande legislatore e il custode della costituzione”, *Il futuro della costituzione* (a cura di G. ZAGREBELSKY, PORTINARO, JÖRG LUTHER), Einaudi, Torino, 1996, 29). O autor, no entanto, também dá uma explicação para a insuficiência dos estudos sobre esta problemática: “As razões desta desatenção são múltiplas, mas duas em particular merecem ser sublinhadas. Primeira: o facto de se reservar crescente atenção à função das constituições como instrumento de garantia dos direitos fundamentais torna-as indisponíveis e faz com que a parte organizativa acabe por vir subordinada à declarativa. Segunda: o facto de os Tribunais Constitucionais estarem a mostrar-se cada vez mais, no seu papel de intérpretes das constituições, como agentes de inovação e produção do direito concorrentes com o legislador. Começa a insinuar-se a suspeita de que as constituições contemporâneas sejam rígidas a respeito do poder legislativo e ainda relativamente a um hipotético superlegislador, mas se estejam tornando flexíveis relativamente ao poder político-judiciário dos Supremos Tribunais” (ibidem, 29-30).

envolveu desde a revolução francesa, se manifesta agora na versão muito mais humilde do poder de revisão¹. E em países de democracias políticas há longo tempo sedimentadas, a inquietação teórica avança mesmo para a tentativa de estruturar a mudança constitucional através de revisões informais da constituição². Por isso é que o debate jurídico suscitado pelas transições constitucionais ocorridas nas últimas décadas do século XX é importante. Sendo o conceito de *revolução legal* acolhido pelos adeptos incondicionais deste novo modo de produzir constituições, fica claro que são os críticos do processo (só do processo e não da mudança política por ele mediatizada) quem classifica as transições constitucionais de *fraude à constituição*. Ora, o que separa uns e outros é a diferença das suas precompreensões relativas à especificidade funcional do poder de revisão. Do que se trata é de saber se está na natureza do poder de revisão assumir o papel dantes reservado ao poder constituinte originário, se há identidade ou distinção hierárquica entre esses dois poderes, enfim, se o poder de revisão nasceu com o compromisso perpétuo de garantir a continuidade adaptativa da obra legada pelo poder constituinte ou se, pelo contrário, lhe foi conferida a incumbência de substituir o seu progenitor nas mudanças parciais ou totais do ordenamento constitucional impostas pelas novidades do tempo. Razão para revisitarmos os lugares e os tempos da formação do conceito.

a) Biografia do poder de revisão. A invenção americana do evolucionismo constitucional.

Antes, pois, de chamarmos para a ribalta as discussões que se travam em torno do novo protagonismo do poder de revisão, sondando o subconsciente que se manifesta nas diferentes tomadas de posição sobre a fidedignidade jurídica dos processos de transição constitucional, faremos mais um excuro histórico, agora para chegar ao momento em que o processo da reforma da constituição passou a estar constitucionalmente regulado. O mesmo é dizer, portanto, que remontaremos ao momento em que a actuação do poder constituinte passou de uma esfera política

¹ Trata-se, segundo CLAUDE KLEIN de uma questão “profundamente *moderna*, querendo dizer que corresponde a esta tendência actual e recente que, através de uma verdadeira desdramatização do poder constituinte, considera este cada vez mais como um poder legal, que pode ser limitado e, portanto, controlado” (*Théorie et pratique du pouvoir constituant*, edi. cit, 188).

² Cf. BRUCE ACKERMAN, *La política del diálogo liberal*, gedisa editorial, 1999, 150 e ss..

exterior ao direito para o interior da própria constituição. Uma decisão do próprio poder constituinte, como não podia deixar de ser, e uma decisão registada logo na primeira das suas obras escritas. O que nos remete de imediato para os Estados Unidos da América, pois foi lá que surgiram as primeiras constituições escritas do mundo moderno. “Na realidade, o reconhecimento claro e a deliberada organização do poder de emenda foi um logro da Revolução Americana. Isso o *inventou* a Convenção de Filadélfia”¹. Se Carl Friedrich, aqui citado, usa o verbo inventar, é porque ele entende que os americanos não devem a ideia a nenhuma outra tradição constitucional. Como também Pérez Royo sublinha, a cláusula da reforma da constituição é *a tradução jurídica de uma ideia especificamente americana*. Com efeito, e segundo Gerald Stourtz, para quem aquele autor remete, a perspectiva prevalecente na Europa descansava ainda na doutrina aristotélica da substituição violenta das formas de Estado. “A esta tradição aristotélica, nos séculos XVI e XVII, incorpora-se a teoria do direito de resistência do povo, cuja utilização na luta contra o domínio tirânico podia acarretar consigo mudanças na Constituição. Mas reformas na constituição, feitas de maneira pacífica, sem aplicação da violência, com a ajuda de um procedimento regulado, isso era algo novo”².

Com toda a probabilidade, na circunstância de se tratar de um país sem história – que nasce precisamente com a redacção da sua primeira constituição – residirá a razão da aceitação sem preconceitos do princípio da mutabilidade constitucional. O simples “bom senso comum” faria prever a existência de “defeitos” num texto sem precedentes e, conseqüentemente, aconselharia a antecipar procedimentos regulados “para alterar a constituição ou corrigir as suas falhas”, conforme o faz Jefferson no seu projecto de Constituição para o Estado de Virgínia³. Num Estado que começava a ter a experiência de um desenvolvimento e económico e social acelerado, não podia deixar de ocorrer a necessidade de sucessivas adaptações das cláusulas constitucionais à natureza dos problemas novos decorrentes da própria evolução histórica. A isso acresce o efeito de uma vivência de libertação que representava para os pais da nação uma herança que pretendiam com orgulho transmitir

¹ CARL J. FRIEDRICH, *Gobierno constitucional y democracia, Teoría e práctica en Europa y América*, II, Instituto de Estudios Políticos, Madrid, 1975, 282 (sublinhado no original).

² GERALDO STOURZ, *Vom Widersandsrechet zur Verfassungsgerichtsbarkeit: Zum problem der Verfassungswidrigkeit im 18 Jahrhundert*, Graz, 1974, 19, citado em JAVIER PÉREZ ROYO, “La reforma de la constitución”, *Revista de Derecho Político*, 22, 1986,12.

³ Cf. MADISON in ALEXANDER HAMILTON, JAMES MADISON e JOHN JAY, *O Federalista*, Editora Universidade de Brasília, Brasília, 1984, 49, 407.

aos seus descendentes. Libertado do passado, o presente não devia criar amarras ao futuro. Os mortos não podem governar os vivos. Thomas Paine escreve isso mesmo em polémica com Burke, este sustentando que o Parlamento inglês de 1688 tinha vinculado os vindouros até ao fim dos tempos: “pois que o governo é feito para os vivos e não para os mortos, somente os vivos têm direitos sobre isso”¹. É também esse o sentido das reflexões que Jefferson faz numa carta que dirigiu a Madison: “A questão é saber se uma geração pode vincular outra. A resposta é não”; “Em virtude do direito natural, uma geração é relativamente a outra o que uma nação independente é face a outra nação independente”. E, por fim: “A terra pertence aos vivos e não aos mortos”².

Esta cultural inclinação para a mudança não esmorece entretanto a preocupação com o “requisito da estabilidade”. Por isso, se é necessário manter “aberto um caminho constitucional”³ para introduzir na constituição aditamentos e alterações que a experiência venha a sugerir, de igual modo há que prevenir eventuais excessos da disposição reformadora. É com essa preocupação de equilíbrio que vemos Madison recomendar prudência para ambos os lados do dilema: “contra uma facilidade exagerada, que tornaria a Constituição por demais mutável, e contra a dificuldade, também exagerada, que poderia perpetuar as falhas descobertas”⁴. Sobretudo, parece aos autores de *O Federalista* que o recurso a convenções para efeitos de emenda comporta inevitavelmente riscos de agitação social, que com o tempo tendem a agravar-se e que, por conseguinte, é de toda a conveniência evitar. “O perigo de perturbar a tranquilidade do povo, imiscuindo-o exageradamente na solução de questões passionais, constitui uma objecção ainda mais séria contra frequentes referências de problemas constitucionais à decisão de toda a sociedade. Não obstante o êxito que coroou as revisões das nossas formas de governo e que tanto honra a rectidão e a inteligência do povo da América, deve-se confessar que a natureza dos experimentos é por demais delicada para que sejam desnecessariamente repetidos”⁵.

As condições históricas haviam mudado. O processo de construção do Estado norte-americano tinha tido por contexto a guerra contra a Inglaterra. A identidade patriótica do povo alicerçada na vontade comum da independência sobrepunha-se à diversidade das opiniões e dos partidos. Mas, cortado definitivamente

¹ Citado in STEPHEN HOLMES, “Vincoli costituzionali e paradosso della democrazia”, *Il futuro della costituzione*, ed. cit., 172.

² Citações feitas por STEPHEN HOLMES, *ibidem*, 175-176.

³ MADISON, *O Federalista*, 49, ed. cit., 408.

⁴ *Ibidem*, 43, 367.

⁵ *Ibidem*, 49, 409.

o cordão umbilical que ligava as colónias à metrópole, era natural que interesses particulares, por algum tempo recalcados, passassem a dividir agora os cidadãos em partidos rivais. “Convém não esquecer que todas as actuais constituições foram elaboradas sob a acção de um perigo que conteve os sentimentos mais inamistosos e que propiciou a união e a concórdia (...) As futuras situações, que provavelmente deveremos enfrentar, não apresentam, contra os perigos possíveis, uma segurança do mesmo teor”¹. Assim, neste clima de desassossego, não poderiam os autores *federalistas* senão advogar um carácter de excepcionalidade para a revisão constitucional, contestando a corrente de opinião contrária que dava preferência ao regime de periodicidade. A verdade é que o legislador constituinte, também ele, achou por bem não estabelecer períodos fixos, entendendo que o processo deveria ser desencadeado somente quando as instâncias competentes tivessem uma proposta de emenda constitucional a apresentar².

No espírito de todos, uma certeza seria compreensivelmente inabalável: a de que a ninguém ocorreria propor uma reforma de toda a constituição. Os ideais e os fins proclamados por esta eram de tal forma magnânimos e universalistas que não era crível que fossem passíveis da qualquer reserva por parte dos cidadãos ou dos partidos: “Nós, o povo dos Estados Unidos, pretendendo formar uma união perfeita, estabelecer a justiça, manter a tranquilidade pública, providenciar quanto à defesa comum, promover o bem-estar geral e assegurar os benefícios da liberdade, a nós e aos nossos descendentes, decretamos e estabelecemos esta Constituição para os Estados Unidos da América”. Não se achou, portanto, que fosse necessário delimitar constitucionalmente o campo das emendas possíveis. Quando muito, poderia supor-se a existência de limites materiais implícitos. É nisso, pelo menos, que faz pensar o que Madison escreve sobre a forma republicana de governo adoptada pela constituição: “É evidente que nenhuma outra forma seria reconciliável com o espírito do povo da América, com os princípios fundamentais da Revolução, nem com a solene determinação que anima cada adepto da liberdade....”³. Embora com margem de manobra para diferenciações de índole formal, essa é a condição *sine qua non* para que um Estado possa manter-se na União: “Assim,

¹ *Ibidem*, 49, 409.

² Artigo V da Constituição Federal de 1787: “O Congresso, quando os dois terços de ambas as Câmaras [Câmara de Representantes e Senado] tenham por necessária a proposta de uma reforma constitucional (*Amendment*), ou quando os corpos legislativos de dois terços dos Estados o proponham, deve convocar uma Convenção para tais propósitos de reforma. As reformas constitucionais são possíveis quando ratificadas pelos corpos legislativos das três quartas partes dos Estados ou das Convenções reunidas nas três quartas partes desses Estados, consoante o modo de ratificação estipulado pelo Congresso”.

³ *O Federalista*, 39, ed. cit., 329.

enquanto os Estados preferirem as actuais formas republicanas, elas serão garantidas pela Constituição federal. Sempre que os Estados decidirem substituí-las por outras formas republicanas, poderão fazê-lo e solicitar para tanto o apoio federal. A única restrição imposta é que eles não poderão mudar as suas Constituições republicanas para anti-republicanas – restrição que, presume-se, dificilmente será considerada humilhante”¹. Esta não foi, porém, uma restrição que os constituintes julgassem ser imprescindível explicitar como uma das regras a observar na ocasião de se proceder a emendas constitucionais.

Atendendo à ausência de experiência concernente à produção constitucional², é natural que os americanos não ficassem inteiramente satisfeitos com a sua primeira obra. E, por conseguinte, não é de admirar que, passado pouco tempo, chegassem às dez emendas. Estas foram aprovadas em 1789, precisamente dois anos após a entrada em vigor da constituição, e ratificadas em 1791. Já, segundo Javier Pérez Royo, não deixa de causar espanto que, desde então até aos nossos dias, mais precisamente até ao ano de 1992, data em que foi efectuada a última alteração (duzentos anos depois), só tenham sido introduzidas 17 emendas. Para antecipar a

¹ Idem, ibidem, 43, 364.

² O único modelo de constituição que os constituintes americanos tinham em mente, porque conheciam bem, era o inglês. Só que, como é evidente, esse modelo não valia de nada para a circunstância da formação do Estado na América do Norte. Conforme nos lembra BOUTMY, “o que há de particular no direito inglês é que ele não admite uma ordem constitucional oposta e superior à ordem legislativa. Todas as questões, desde as mais elevadas e graves até às mais humildes, pertencem ao domínio da lei. Os ingleses não distinguem as Assembleias constituintes das assembleias legislativas” (*Études de Droit constitutionnel*, Librairie Armand Colin, Paris, 1909, 72). Não existem formalidades processuais nem outros constrangimentos à deliberação de matéria referente ao direito constitucional. Nenhuma medida foi prevista com o fim de tornar mais gravosa a aprovação de normas de índole constitucional. A revisão dos textos que regulam esta matéria não está submetida, como noutros países, a procedimentos particulares. De resto, como observa ainda o autor em citação, não há *um texto* constitucional: há *textos* (ibidem, 3). Nestas condições, a constituição inglesa será perfeita para, segundo a consagrada classificação de BRYCE, ilustrar as constituições flexíveis. VANOSSY, no entanto, pouco crédulo relativamente à flexibilidade absoluta das constituições, considera que mesmo na constituição inglesa “existem diferenças formais e processuais que permitem distinguir *politicamente* a sanção de uma lei ordinária da sanção de outra lei que afecta a ordem constitucional ou o regime político do país. O acto no parlamento (o rei em Parlamento) será o mesmo que para qualquer lei, mas há algo distinto, consistente na aplicação de uma «convenção constitucional» ou uso político, em virtude da qual antes de sancionar-se uma lei com esse conteúdo (institucional) é necessário haver uma consulta ao povo mediante uma nova eleição do parlamento, uma prévia dissolução deste” (*Teoría constitucional*, I, *Teoría constituyente*, Ediciones Depalma, Buenos Aires, 1975, 184-5). Já BURDEAU o dissera antes, mostrando a falta de propriedade do célebre adágio segundo o qual o Parlamento pode fazer tudo excepto transformar um homem numa mulher. Na realidade, há uma rigidez na tradição das instituições que não permite que elas possam ser mudadas com base em decisões voluntaristas. Por outro lado, na Inglaterra, a democracia representativa coloca a tónica na democracia e não na representação. “É, pois, uma hipótese perfeitamente quimérica supor que o Parlamento, aproveitando as facilidades teoricamente oferecidas pela flexibilidade da constituição inglesa, pode tomar a decisão de mudá-la bruscamente” (*Traité de Science Politique*, III, ed. cit., 261). Mesmo as mudanças mais ténues assentam na opinião pública. “Por mais prudente e moderada que seja a reforma, os deputados de Westminster serão no máximo o padrinho, jamais o pai” (idem, ibidem).

interpretação que esse autor faz de tal facto, diremos que, segundo ele, a política americana escolheu um meio alternativo para lograr o que, teoricamente, era suposto dever ser a função específica da revisão constitucional, a saber, a permanente adequação da constituição à realidade. “Dito por outras palavras, a reforma da constituição desempenha um papel importante nos Estados Unidos da América no processo de imposição do Estado constitucional mais como instrumento de institucionalização do poder constituinte originário do povo e da supremacia da Constituição como norma jurídica do que como instituição realmente operativa para o que inicialmente se pensava que devia ser: para adaptar a Constituição à marcha dos acontecimentos históricos. Que dizer, a reforma é operativa mais como ideia do que como instituição”¹.

b) Subalternização do poder de revisão na tradição no constitucionalismo americano: supremacia do judicial review sobre o amending power.

Dois factores podem ser invocados como justificação para a pouca produtividade do *amending power* ao longo da vida da constituição. O primeiro refere-se à inexistência nos Estados Unidos da América de um inimigo histórico da república e, portanto, inimigo da constituição. Esta não foi o resultado nem de um golpe de força contra uma monarquia preexistente nem de um consenso previsivelmente frágil. Se o fosse, as emendas seriam o espelho de uma correlação de forças sempre variável. E o mais certo era que, como na Europa, os processos de revisão constitucional fossem substituídos por processos de mudança revolucionária das constituições. O outro factor, amiudadamente citado, reporta-se à complexidade dos mecanismos que a constituição estabelece para a sua própria reforma. Para o ilustrar, bastará lembrar o longo trajecto histórico que a última emenda teve de percorrer antes de ser finalmente aprovada². Da autoria de Madison, a emenda iniciou o seu longo processo de ratificação pelos Estados em 1789. Prescrevia ela que qualquer proposta de aumento de compensações pelos serviços prestados por senadores e representantes fosse sempre transferida para decisão da legislatura seguinte. Em várias tentativas a ratificação não concitou a aprovação das assembleias legislativas ou das convenções em três quartos dos Estados. A antiquíssima

¹ PÉREZ ROYO, “La reforma de la constitución”, loc. cit., 13.

² Sobre a história da ratificação desta emenda, que foi activada a partir de uma memória redigida em contexto escolar por um estudante de direito, ver CLAUDE KLEIN, *Théorie et pratique du pouvoir constituant*, edi. cit, 22-23.

proposta acabou finalmente por se transformar na 27^a emenda à Constituição, mas isso só em 1992, dois séculos depois. Este tipo de dificuldades práticas terá favorecido decisivamente a fiscalização judicial da constituição e, como corolário, a assunção por parte do juiz do papel que, originária e logicamente, deveria pertencer ao poder constituinte na sua função reformadora, qual seja a de adaptar a constituição à mudança dos tempos.

Por seu turno, J. Pérez Royo valoriza mais o sucesso que teve a famosa decisão do juiz Marshall, Presidente do Supremo Tribunal, no caso de *Marbury versus Madison* (1803), decisão que consagrou com força vinculativa o controlo judicial da constitucionalidade das leis¹ (“Todos aqueles que elaboraram constituições escritas as consideram como sendo a lei fundamental e suprema da nação e, por conseguinte, a teoria de toda a forma de governo deste tipo deve ser a de que um acto legislativo contrário à constituição é nulo”)². A partir daí ter-se-á reconhecido a supremacia da interpretação sobre a emenda como sendo a forma mais ágil de adaptação do texto constitucional à realidade³. “Em qualquer caso, o que me interessa ressaltar é que, uma vez introduzido o controlo da constitucionalidade da lei através do poder judicial, isto é, uma vez que esta garantia da constituição é operativa, a reforma da Constituição enquanto instrumento de adaptação do texto à realidade perde grande parte do seu significado”⁴. A superioridade da lei constitucional sobre a ordinária não carece de explicitação para ser reconhecida e produzir efeitos. É um pressuposto que tem por

¹ A prática do controlo da constitucionalidade das leis por parte dos juízes já tinha precedentes. Faltava apenas o beneplácito formal do Supremo. Isso mesmo observa o juiz CHASE no julgamento do caso *Cooper v. Telfair* (1800): “É, com efeito, uma opinião geral, expressamente admitida por todos os membros deste colectivo e que alguns juízes, individualmente, têm praticado nos respectivos círculos judiciais, que o Supremo Tribunal pode declarar inconstitucional um acto do Congresso e, por conseguinte, inválido; mas não há posição do próprio Supremo Tribunal sobre esta matéria” (*Reports of cases ruled and adjudged in the several Courts of the United States*, vol. IV, 1807, 19).

² LOEWENSTEIN integra este episódio na categoria jurídica da mutação constitucional, uma mudança operada na prática constitucional sem necessidade de tradução escrita no texto constitucional. “Pese o facto de que nenhuma expressa atribuição de competência na própria Constituição autoriza os Tribunais Federais a declarar inaplicável e, portanto, anticonstitucional uma lei aprovada pelo Congresso que esteja em contradição com a Constituição, a competência do controlo judicial ficou enraizada de tal maneira como norma constitucional não escrita, desde a façanha do *Chief Justice* John Marshall nos princípios do século XIX, que na actualidade somente poderia ser eliminada por meio de uma emenda constitucional expressa, e mesmo isso parece duvidoso em virtude da cláusula *supreme law of the land* no artigo V da Constituição” (*Teoría de la constitución*, Ediciones Ariel, Barcelona, 1964, 168).

³ “Em qualquer caso, o que está claro é que o tema da reforma da Constituição, desde que a Constituição Federal entrou em vigor, foi um tema praticamente relegado para um não segundo mas quinto ou sexto plano no Direito constitucional americano. Praticamente é um tema sem importância, a que mal se presta atenção, limitando-se os manuais a descrever os diferentes mecanismos de reforma da Constituição previstos no artigo V e a pouco mais do que consignar estatisticamente o uso que se fez dos mesmos” (PÉREZ ROYO, “La reforma de la constitución”, loc. cit., 18).

⁴ Idem, *ibidem*, 16.

fundamento “a lógica e a natureza das coisas” (Hamilton). Na história do constitucionalismo pré-moderno e antigo encontram-se precedentes no reconhecimento efectivo da primazia do direito divino sobre a legislação do rei¹. Como é sabido, na Idade Média, a “constitucionalidade” das leis régias estava submetida ao controlo dos “tutores do povo” que poderiam, inclusive, não só declarar a sua nulidade como instigar à desobediência civil e ao tiranicídio. Mais recentemente, na própria história inglesa, a Declaração dos Direitos (*Bill of Rights*), imposta pelos “Lordes espirituais e temporais e os Comuns” a Guilherme de Orange e a Maria II, fazia depender a validade e efectividade das deliberações do governo régio da observância de certas condições de teor constitucional.

Não havia, pois, dúvidas sobre a preponderância jurídico-política da constituição e do legislador constituinte. O que talvez fizesse falta no texto constitucional era dizer a quem ficava atribuída a competência do controlo da constitucionalidade. Daí a relevância conferida à sentença do juiz Marshall. Deve dizer-se, no entanto, que tal sentença estava ancorada numa opinião muito consistente, expendida na discussão sobre a organização do poder judiciário ao nível da Confederação². O texto mais conspícuo sobre o assunto pertence a Hamilton e foi publicado em *O Federalista* sob um título que não deixa lugar para dúvidas quanto ao ponto de vista aí postulado: *Os juízes como guardiões da constituição*. Já Locke tinha advertido que o legislativo não está livre da tentação do despotismo que caracterizou o governo no tempo da monarquia absoluta. Preventivamente, “contra as usurpações e opressões do Legislativo”, a constituição americana estabelece um conjunto de limites

¹ Recorde-se os célebres versos da *Antígona* de SÓFOCLES: “É que essas [leis] não foi Zeus que as promulgou, nem a Justiça, que coabita com os deuses infernais, estabeleceu tais leis para os homens. E eu entendi que os teus éditos não tinham tal poder que um mortal pudesse sobrelevar os preceitos não escritos, mas imutáveis, dos deuses” (450-455).

² Praticamente não existiam alternativas à atribuição aos juízes da competência fiscalizadora da constituição. Pensou-se ainda na hipótese de um Conselho de Revisão que reunisse o executivo e representantes do órgão judicial com a finalidade de rever os actos do órgão legislativo, já que este era “o terror mais atemorizador”. O executivo e o judicial eram poderes mais débeis do que o legislativo e, por isso, só poderiam neutralizar as suas eventuais disposições despóticas se actuassem em conjunto. Nesse sentido, MADISON e WILSON, entre outros, defendiam o Conselho de Revisão. Não tendo vingado esse projecto, só restava o judicial para exercer a fiscalização. Assim se expressava ELLSWORTH em Janeiro de 1788: “Esta Constituição define a extensão dos poderes do governo geral. Se o legislativo geral ultrapassar, a qualquer tempo, os seus limites, o departamento judicial é um freio constitucional. Se os Estados Unidos exorbitarem dos seus poderes, se elaborarem uma lei que a constituição não autorizar, ela será nula; e o Poder Judiciário, juízes nacionais que, para garantir a sua imparcialidade devem ser independentes, declará-la-ão nula” (in ALPHEUS THOMAS MASON, *A Suprema Corte, baluarte da liberdade*, Distribuidora Record, São Paulo, 1967, 75).

específicos além dos quais o órgão legislativo fica destituído de autoridade¹. Qualquer deliberação que exceda esses limites será considerada juridicamente nula. “Não há posição que se apoie em princípios mais claros que a de declarar nulo o acto de uma autoridade delegada, que não esteja afinada com as determinações de quem delegou essa autoridade. Consequentemente, não será válido qualquer acto legislativo contrário à Constituição”².

A questão que emerge daqui é a de saber quem poderá decidir que uma lei é inconstitucional e ao mesmo tempo sentir-se autorizado para decretar a sua nulidade. O mais natural, de acordo com “a lógica e a natureza das coisas”, é que esse poder seja assumido pela magistratura judicial, já que ela é a instituição que menos interesse e capacidade tem para ir contra as disposições da lei constitucional. Sendo assim, caberá às cortes da justiça “o dever de declarar nulos os actos contrários ao manifesto espírito da Constituição”³. A simples referência ao espírito da constituição faz pensar que se espera do juiz mais do que a mera comparação literal dos textos. “Uma constituição é, de facto, a lei básica e como tal deve ser considerada pelos juízes. Em consequência cabe-lhes interpretar os seus dispositivos, assim como o significado de quaisquer resoluções do legislativo”⁴. O critério da constitucionalidade está na “intenção do povo” implícita – mais do que explícita – nas normas constitucionais. É em função dela que os tribunais avaliarão a pertinência das leis face às exigências da justiça nas situações concretas e históricas da sociedade civil. “Entretanto, é fácil imaginar que será necessária uma forte dose de rectidão por parte dos juízes para cumprirem os seus deveres como fiéis guardiões da Constituição, se as invasões do legislativo tiverem sido instigadas pela maioria da comunidade”⁵.

Na medida em que, efectivamente, a necessidade do recurso ao processo das emendas constitucionais foi escassa, parece poder concluir-se que os juízes acabaram por desempenhar com êxito a sua função de guardiões da constituição, não

¹ “Pela sua dupla origem individualista e federalista, as instituições americanas são dominadas pela ideia de que a constituição não é somente a origem do poder dos governantes, mas também o seu limite. Diferentemente do que se passou em França desde 1791, nunca os americanos aceitaram a ideia de que a nação pudesse, de facto, alienar a sua soberania nas mãos dos seus representantes. Um sentimento profundo de desconfiança relativamente aos deputados, sentimento devido, por um lado, às susceptibilidades particularistas dos Estados membros da União, por outro, ao velho individualismo anglo-saxónico, conduziu a não reconhecer às assembleias senão as atribuições que as constituições expressamente lhes conferiam e a manter, paralelamente aos poderes constituídos, uma permanência da soberania nacional” (GEORGES BURDEAU, *Traité de Science Politique*, Tome III, ed. cit., 179).

² HAMILTON, *O Federalista*, 78, ed. cit., 577.

³ Idem, *ibidem*, 577.

⁴ Idem, *ibidem*, 578.

⁵ Idem, *ibidem*, 580.

apenas no sentido negativo de zelarem pela constitucionalidade das leis ordinárias, mas também no positivo de, através da interpretação, manterem a lei constitucional adaptada à evolução da sociedade. Nos Estados Unidos da América a prática da revisão constitucional retraiu-se para deixar que a da interpretação se desenvolvesse¹, ou, se preferirmos, o *amending power* cedeu por relaxamento a sua função à *judicial review*. Nunca deixando de suscitar, desde sempre, alguma forte contestação², a actualização da constituição mediante a interpretação judicial será, contudo, a característica que mais ressalta da tradição constitucional americana. Vale a pena citar duas afirmações que ilustram admiravelmente a autoconsciência do poder dos juízes. A primeira, do juiz Wilson: “A suprema Corte é uma convenção constituinte permanente”; a segunda, do Juiz Hughes: “Nós estamos sob a constituição, mas quem diz o que é a constituição somos nós”³.

c) O poder de revisão na tradição revolucionária do constitucionalismo francês. Ambiguidades de um poder constituinte constituído.

Passando agora à França, terra de baptismo do *pouvoir constituant*, veremos que foi aí bastante mais intensa a controvérsia suscitada pela necessidade de regular a

¹ Revelando uma grande admiração por esta tradição judicialista dos USA (“Sem temor de exagerar, poder-se-ia dizer que, se Marx em *O Capital* afirmava que tinha tomado como exemplo a Inglaterra ... enquanto modelo ..., o mesmo caberia dizer dos Estados Unidos da América pelo que aos temas do Direito constitucional se refere”), PÉREZ ROYO pretende erigir em padrão a atitude dos americanos perante a questão da reforma da constituição. “Nesta operação pode, e normalmente tende, a reforma não só a adaptar-se ao presente, mas também em certa medida a prever o futuro. Mas isto só pode fazê-lo a reforma em grandes ocasiões e, portanto, de maneira relativamente excepcional. O normal é que, uma vez que funciona o Estado democrático..., é que a reforma da Constituição continue a ter sentido como instituição ..., mas não como instrumento de adaptação diária e normal do texto constitucional à realidade. Para isso é um meio demasiado pouco expedito (...) A reforma tem que dar lugar à interpretação” (“La reforma de la constitución”, loc. cit., 12 e 22).

² Na fase constituinte, e por razões históricas, o temor incidia sobre o poder legislativo. Mas não tardou que se levantassem igualmente suspeitas sobre a vocação usurpadora do poder judicial. JEFFERSON, por exemplo, nunca perdoou a MARSHALL a sentença proferida no caso *Marbury v. Madison* e manteve sempre uma grande animosidade em relação à pretensão de autoridade dos juízes para decidirem sobre constitucionalidade das leis. Nesse sentido, escreveu: “A norma que faculta aos juízes o direito de decidir quais as leis constitucionais e quais não o são, não apenas para si próprios nas suas esferas de acção, mas, inclusive, para o Legislativo e o Executivo, nos respectivos âmbitos, transformará o Judiciário em um ramo despótico” (citado por A. T. MASON, *A Suprema Corte, baluarte da liberdade*, ed. cit., 104). Na mesma altura, o Senador JACKSON fazia a seguinte declaração: “Amedronta-me muito mais um exército de juízes ... do que uma legião de soldados” (cit. ibidem, 98).

³ Citado ibidem, 139.

mudança constitucional¹. A questão foi marcada por sentimentos contraditórios vividos pelos constituintes revolucionários. Abstractamente, haveria pelo menos três hipóteses a considerar. A primeira seria não se estabelecer nenhum mecanismo de revisão. Logicamente, essa omissão valeria como afirmação da imodificabilidade *jurídica* da constituição. Nesse caso, ela só poderia ser modificada pela intervenção de um poder constituinte puramente político (regresso da nação ao estado de natureza)². A segunda hipótese seria consentir que a constituição fosse alterada pelo procedimento legislativo ordinário. Mas uma tal solução acarretaria graves consequências para a estabilidade política e para os direitos das minorias visto que dificilmente qualquer maioria conjuntural deixaria de se sentir tentada a “aperfeiçoar” a constituição. Por fim, outra hipótese seria estipular-se um procedimento agravado para a alteração da constituição (maiorias qualificadas, convenções periódicas, referendos populares, etc.).

Segundo a teoria que foi criada para legitimar a revolução constitucional, a constituição é sempre, *politicamente*, modificável pela nação: desde que o queira, ela fá-lo-á quando quiser e como quiser. “Um povo tem sempre o direito de mudar a sua constituição. Uma geração não tem o direito de submeter às suas leis as gerações futuras” (Condorcet). Compreensivelmente, os constituintes de 1789, contentes com a sua obra, repensaram a teoria e corrigiram o seu radicalismo. Eles estavam a reformar a estrutura política do país de acordo com os princípios universais da razão e isso significava para eles que a sua constituição era dotada de uma validade intemporal. Mas, para além dessa convicção, avultava a incerteza sobre a irreversibilidade do processo revolucionário. A ameaça de um regresso ao despotismo monárquico não estava definitivamente debelada. Neste contexto, nunca os deputados poderiam dispor-se a banalizar a lei constitucional ao ponto de admitir que ela fosse modificável pelos procedimentos equivalentes aos exigidos para alterar uma lei ordinária. Assim, a tendência mais plausível seria no sentido de se optar pela primeira das hipóteses acima referidas. Só que uma outra ameaça, eventualmente mais forte, se juntava àquela, a

¹ “A Revolução francesa terá oferecido o primeiro grande laboratório de experimentação de uma tal perturbação produzindo, com o rápido e premente suceder-se de constituições arrastadas pelo curso da revolução, toda uma fenomenologia de procedimentos de revisão destinados a deixar traços profundos no constitucionalismo dos séculos seguintes. Não é de espantar que o problema da tutela da constituição venha posto com grande nitidez precisamente quando se consegue fixar a ideia de uma inalienável soberania popular e, com ela relacionada, a de um poder constituinte” (PIER PAOLO PORTINARO, “Il grande legislatore e il custode della costituzione”, loc. cit., 23).

² Também se poderia deduzir o contrário, conforme o faz na Convenção jacobina o deputado GARRANCOULON: “Do silêncio da Constituição, uma Convenção nacional poderá concluir que os seus poderes são ilimitados no seu objecto e ilimitados na sua duração” (citado in PAOLO COLOMBO, *Governo e costituzione*, Giuffrè Editore, 1993, 268).

saber, a anarquia popular. E ambas, em conjunto, aconselhavam os constituintes a abdicar da pretensão revolucionária da imutabilidade constitucional e a assentar, numa alternativa mais moderada, o desiderato da estabilidade num princípio de mudança.

O discurso da estabilidade nutria-se, antes de mais, da ideia do fim da revolução. Agora que os móveis revolucionários tinham sido atingidos (dar “ao homem todos os seus direitos, à nação todos os seus poderes; ao povo toda a sua liberdade”¹), era necessário que tudo regressasse à normalidade do quotidiano, às tarefas pacíficas da vida, e à observância cívica das leis. “Nos dias imediatos ao mês de Julho de 1789, revolução e constituição pareciam coincidir, quanto mais não fosse porque uma e a outra pareciam ter em comum a simultaneidade temporal do seu êxito: ao consumir-se a revolução deveria estar terminada a constituição. Mas quando, algum tempo depois, Boissy d’Anglais precisa melhor o seu próprio pensamento («todas as praças da revolução serão fechadas... apenas a Constituição restará») é dado perceber mais facilmente o desfasamento entre os dois diversos tempos de actuação. E não só: ao variar o significado atribuído à ‘revolução’, esta última torna-se inconciliável com a «constituição». Uma vez instaurada a ordem constitucional, deixa de ser concebível a perpetuação do «estado revolucionário»². A revolução existe onde não há constituição e, simetricamente, a constituição reina onde não há revolução; as duas não podem coexistir: uma é a negação da outra.

É, no entanto, necessário que outros interesses ou aspirações emergentes da história possam chegar à constituição através de “formas puras, calmas e totalmente dissemelhantes das da Revolução”³. Na Assembleia Nacional Constituinte vai, pois, encetar-se um apaixonado debate em busca de uma solução mágica que permita actualizar a constituição sem risco de agitações de rua, conciliando a persistência da ordem constitucional com a introdução das alterações que a experiência histórica, mais cedo ou mais tarde, sempre acabará por recomendar. A questão, na sua essência dilemática, foi claramente exposta por Condorcet: “Como encontrar um meio entre constituições perpétuas, que contêm nelas mesmas o princípio de uma destruição violenta, e uma constituição sempre variável, que expõe sem cessar um povo, fatigado dos seus movimentos, a procurar repouso à custa da liberdade?”⁴ Facilmente os

¹ BOISSY d’ANGLAIS, citado por PAOLO COLOMBO, *Governo e costituzione*, ed. cit., 204.

² PAOLO COLOMBO, *ibidem*, 204.

³ BOISSY d’ANGLAIS, citado por PAOLO COLOMBO, *ibidem*, 204.

⁴ CONDORCET, discurso de 7 de Agosto de 1791 no “Clube de amigos da constituição” (citado por PAOLO COLOMBO, *ibidem*, 218).

constituintes chegaram a acordo quanto à necessidade de regular constitucionalmente os procedimentos a observar nas futuras revisões da constituição: “trata-se de substituir as oscilações do acaso, o arrebatamento das paixões por um movimento sabiamente ponderado que se torna para o corpo político o princípio de uma nova vida”¹. Bem mais difícil foi estabelecerem um consenso sobre aqueles mesmos procedimentos. Para eles, o que, desde cedo, ficou claro é que o processo de revisão teria que ser legitimado por uma competência conferida pela própria constituição a rever. Tratava-se de “constituir” um órgão “constituente” dotado de um poder circunscrito à revisão, o que não poderia fazer-se sem grande desconforto teórico e ideológico por parte dos revolucionários que legitimaram a sua revolução invocando precisamente a liberdade irrestrita do poder constituinte. A natureza híbrida de um tal órgão, ao mesmo tempo *constituído* e *constituente*, será pasto de um longo e frutuoso debate doutrinal ultimamente recrudescido com a problemática das transições constitucionais.

A defesa da estabilidade não cedeu sem luta à argumentação dos defensores da mutabilidade constitucional. Já que a imodificabilidade da constituição é uma causa perdida, deve ao menos alongar-se tanto quanto possível o tempo de acalmia política, e isso é o mesmo que dizer o tempo durante o qual a constituição deverá ver assegurada a sua imunidade. “Parece-me, senhores, que é absolutamente impossível que vós não fixeis uma época antes da qual não se possa rever a Constituição. Se não fixardes essa época, todas as assembleias primárias do reino estarão continuamente em combustão (...) Para que vós possais dar a todos os Franceses (...) a certeza de que durante algum tempo viverão sem receio e sem tumultos é preciso que fixeis uma época”². Nesse mesmo sentido, Isaac R. G. Le Chapelier, “considerando enfim que a fixação desse prazo e a determinação de formas tranquilas para a [manifestação] da vontade nacional devem (...) produzir o feliz efeito de acalmar as agitações da época presente e de induzir insensivelmente os espíritos à procura pacífica do bem público”, propõe que a primeira assembleia de revisão seja convocada no ano de 1800³. Indo mais longe, Jean-

¹ PIERRE VERGNIAUD, citado por PAOLO COLOMBO, *ibidem*, 219. As mesmas preocupações sinalizam a evolução teórica de SIEYÈS, conforme observa OLIVER BEAUD: “Certamente, uma consumada a obra revolucionária, o abade filósofo insiste mais sobre a revisão (evolução pacífica das instituições) do que sobre o poder constituinte. Ele compreendeu o perigo da permanência do poder constituinte, que seria sinónimo de anarquia e factor de instabilidade crónica. O seu programa de reformismo constitucional deixa-se facilmente resumir numa fórmula lapidar: «Mais vale um freio do que uma insurreição permanente»” (*La puissance de l’État*, ed. cit., 317).

² D’ANDRÉ, citado por PAOLO COLOMBO, *ibidem*, 223.

³ Citado por PAOLO COLOMBO, *ibidem*, 254. Assim como os autores de *O Federalista*, também Le CHAPELIER se recusava a admitir a hipótese de convenções periódicas, assembleias eleitas expressamente para o efeito da revisão constitucional: “Em França, onde as mudanças são sempre

Baptiste Salle dilata o prazo para vinte anos, ao passo que Antoine D'André, mais decidido ainda, pretende que a visão da constituição não seja feita antes de passadas três décadas. Importante era diferir a primeira assembleia de revisão até “uma época bastante afastada para que todas as ideias antigas estivessem banidas da superfície da França”¹.

Todavia, mais do que pelo condicionalismo do prazo, os prosélitos da versão original da constituição lograram protegê-la mediante outros subterfúgios que tornaram maior a sua rigidez. De facto, nos termos da redacção que foi dada ao Título VII da Constituição de 1791, para que tivesse lugar uma revisão era necessário que “três legislaturas consecutivas emitissem um voto uniforme para a mudança de qualquer artigo constitucional”. Isso acontecendo, só na quarta legislatura se procedia à discussão e votação dos artigos submetidos a revisão. Para a assembleia de revisão não podiam ser eleitos os deputados que tivessem participado na terceira legislatura. E, para abreviar – porque as cláusulas de óbvia intenção desmobilizadora são muito complexas – acrescenta-se apenas que os deputados estavam sujeitos a um juramento pelo qual contraíam o compromisso de “se limitar a estatuir sobre os objectos que lhes terão sido submetidos pelo voto das três legislaturas precedentes”.

Necessariamente, os deputados de 1789 sentiam o peso da contradição de uma assembleia constituinte, que revolucionariamente se atribuiu a si mesma um poder sem condições, estar a prescrever entraves temporais e processuais para o exercício futuro de um órgão congénere. A Assembleia constituinte legitimara-se precisamente invocando o direito soberano da nação – os deputados em nome dela – de mudar em qualquer altura e por quaisquer formas a sua antiga constituição. É notório e notável o esforço sofisticado feito por Frochot para iludir a má consciência que todos sentiam: “A soberania nacional, diz-se, não pode impor a si mesma nenhuma cadeia, a sua determinação futura não pode ser interpretada ou prevista, nem submetida a formas certas, porque é da sua essência poder o que ela quiser e da maneira como ela quiser. Pois bem, é precisamente por um efeito da sua onipotência que a Nação quer hoje, consagrando o seu direito, prescrever a ela mesma um meio legal e pacífico de exercer tal poder; e, longe de encontrar nesse acto uma alienação da soberania nacional, eu noto aí, pelo contrário, um dos mais belos monumentos da sua força e da sua

desejadas com uma espécie de avidez, onde geralmente as paixões são vivas e os temperamentos petulantes, uma assembleia constituinte periódica seria sempre a época de uma revolução” (cit. por BURDEAU, *Traité de Science Politique*, III, ed. cit., 211).

¹ Citado por PAOLO COLOMBO, *ibidem*, 256.

independência”¹ Esse sentimento não poderia senão aumentar no momento em que era colocada a hipótese de se agravarem as restrições formais com a inclusão também de limites materiais ao acto de revisão. As dúvidas eram muitas: “vós não podeis pensar que a nação francesa em nenhuma época irá refundir por inteiro a vossa Constituição”². Então, uma assembleia que estivesse limitada a proceder tão-somente a uma revisão parcial da constituição não estaria, como foi na altura observado por Barnave, investida do poder constituinte da nação. Se assim for decidido é “porque confiais esse exercício a poderes constituídos e submetidos a regras constitucionais; mas, quanto ao poder constituinte, vós não tendes nenhuns direitos a prescrever a mínima regra sobre a maneira como ele deve ser exercido”³.

Segundo Colombo nos dá conta, objecções deste tipo levaram alguns deputados a aventar a possibilidade de ser institucionalizada a figura de um órgão que fosse titular do poder de reforma parcial da constituição, órgão esse que poderia coincidir com a legislatura ordinária⁴. Seja como for, essa ideia não vingou, sobrepondo-se o medo de deixar o poder constituinte sem voz na ordem constitucional, tendo que se exprimir só por meios revolucionários. Restava aos deputados a esperança de que a bondade da sua constituição – “porque ela está posta sobre as bases da justiça e da moral”⁵ – não suscitasse no futuro legislador constituinte o desejo de uma mudança radical. Assim, declarando admitir que a nação tinha o direito de proceder a uma revisão total, os pais da constituição de 1791 deixaram bem patente na abertura do Título VII que, no íntimo, pensavam e desejavam precisamente o contrário: “A Assembleia nacional constituinte declara que a nação tem o direito imprescritível de *mudar* a sua constituição; no entanto, considerando aquilo que é mais conforme ao interesse nacional, exorta a usar somente o direito de *reformular* os artigos através dos meios previstos na própria constituição”.

¹ Citado por PAUL BASTID, *Sieyès et sa pensée*, ed. cit., 592-3.

² DÉMEUNIER, citado por PAOLO COLOMBO, *ibidem*, 256.

³ Citado por PAOLO COLOMBO, *ibidem*, 285, nota 17. LE CHAPELIER apresenta cinco alternativas: ou se fixa uma data precisa para a convocação de uma Convenção dotada de plenos poderes, ou se opta por Convenções periódicas, ou se pré-estabelecem formas obrigatórias para o exercício da iniciativa sobre a convocação de uma Assembleia constituinte, ou se prevê uma assembleia de revisão encarregada de intervir só sobre os artigos que lhe sejam submetidos ou, enfim, (e esta é a via escolhida pelo Comité de constituição), se estabelece uma data para uma assembleia de revisão concedendo, no entanto, aos poderes constituídos e aos cidadãos a possibilidade de indicar as matérias sobre as quais ela deverá operar (em todas as sugestões se retarda a manifestação do poder constituinte).

⁴ *Ibidem*, 259.

⁵ DÉMAUNIER, citado por PAOLO COLOMBO, *ibidem*, 298.

A revolução francesa foi feita contra a aristocracia em nome do povo. Mas, é sabido, a camada dirigente dos revolucionários pertencia à burguesia e, nessa sua condição de classe, temia o povo. Esse sentimento, como não podia deixar de ser, exacerbou-se com o *Thermidor*. Curiosamente, um dos que, a partir de então, mais manifestaram receio do povo é nada menos do que aquele que tem a paternidade do tremendo conceito de *pouvoir constituant*. A maior parte dos autores que estudam as posições políticas de Sieyès atribuem as flutuações deste à sua arte de sobrevivência. Pelo contrário, Paul Bastid vê na evolução antidemocrática de Sieyès uma consequência lógica da sua tese primitiva segundo a qual o poder constituinte pode – e só pode – funcionar em representação¹. O abade, ao contrário de Rousseau, nunca defendeu a democracia directa. O povo escolhe os seus representantes, mas não delibera, não exerce uma cidadania activa. Em contrapartida, os deputados investidos de poder constituinte só o exercem como delegados do povo e, portanto, estão limitados pelos termos da delegação. Depois do fracasso da experiência constituinte jacobina, era natural que as prevenções contra o poder do povo aumentassem. Contudo, se alguma mudança qualitativa há assinalar no pensamento de Sieyès essa diz respeito à primazia que passou a atribuir à constituição sobre o poder constituinte. “Mas, dir-se-á então: que será feito dos poderes ilimitados? Pois bem, os poderes ilimitados são um monstro em política e um imenso erro por parte do povo francês que não deve voltar a cometer”². Nesta linha, o poder constituinte fica ele próprio submetido à constituição, não tendo outra forma de se manifestar que não seja em estrita conformidade com ela. O que sugere, desde logo, a necessidade de um órgão com função fiscalizadora: “Se desejamos dotar de garantia e resguardar a Constituição mediante um freio saudável que contenha cada acção representativa nos limites da sua procuração especial, devemos estabelecer um *Tribunal Constitucional...*”³. Por conseguinte, “postulo a

¹ “Para dizer a verdade, o germe da teoria final, que se traduz pelo enfraquecimento de um poder constituinte desmembrado e metamorfoseado, existia já no seu sistema de início. Na aparência, sem dúvida, Sieyès tinha dado da força constituinte uma ideia mais indeterminada e mais temível que qualquer outro, já que não tinha cessado de repetir que ela era livre de toda a lei, de toda a condição e de toda a forma, que ela transportava consigo, pelo simples facto da sua existência, a justificação de todas as suas livres iniciativas, isto é, de todas as suas fantasias e de todos os seus caprichos ... Mas não é menos verdade que Sieyès, desde essa época, punha o poder constituinte como os outros em representação, donde devia resultar uma limitação inevitável, porque, pela força das coisas, um poder representativo cessa de ser um poder incondicionado” (PAUL BASTID, *Sieyès et sa pensée*, ed. cit., 588).

² *Escritos y discursos de la revolución*, ed. cit., 258.

³ *Ibidem*, 262, sublinhado no original.

existência de um conservador, um guardião da Constituição através do *Tribunal Constitucional*¹.

Chegados aqui, algumas conclusões devem ser tiradas. E logo a primeira é que as perplexidades e os paradoxos colocados pelo problema da revisão constitucional foram, em tudo, semelhantes nos Estados Unidos da América e na França. Comparando o pensamento constituinte dos revolucionários franceses com a tradição americana, Javier Pérez Royo observa que o modelo teórico é o mesmo, modelo esse que pode ser resumido nos tópicos seguintes: *a)* superioridade do poder constituintes sobre os poderes constituídos; *b)* subordinação incondicional dos poderes constituídos à constituição; *c)* natureza racional e, por isso, perene da obra constituinte *d)* carácter rígido das constituições². Uma segunda conclusão refere-se à contradição entre a necessidade lógica da revolução (continuidade do poder constituinte) e a necessidade psicológica da conservação (continuidade da constituição): a cláusula constitucional da revisão veio apaziguar essa contradição. Porém, não para sempre, como sabemos.

d) Destronação do poder constituinte originário pelo poder de revisão.

Enquanto expressão da soberania do povo, o poder constituinte não era pensável como limitado no seu poder de disposição. Daí que as primeiras constituições,

¹ Ibidem, 267. SIEYÈS preferiu a designação Tribunal Constitucional a jury constitutionnaire (“a fim de afrancesar o termo Jury ...”). Esse Tribunal deveria, pois, ser o conservador da constituição. Só que esta instituição que, desde a Constituição do ano VIII até à Constituição de 1870, se designará Senado Conservador, acabou paradoxalmente, como observa MAURICE HAURIOU, por ser um instrumento mais de mudança do que de conservação da constituição: “Por uma singular ironia das coisas, o *Sénat conservateur* do Consulado, do Primeiro e do Segundo Império, serviu sobretudo para modificar a constituição por senatusconsultos em virtude do raciocínio segundo o qual a autoridade, que tem o poder de conservar, tem pela mesma razão o poder de a modificar” (*Précis de droit constitutionnel*, Librairie du Recueil Sirey, Paris, 1929, 268). Esta prática não sobreviveu ao Império e apenas contribuiu para cimentar uma tradição de hostilidade do pensamento jurídico francês contra a ideia de um *guardião da constituição*.

² Se o modelo é teoricamente o mesmo, pensa PÉREZ ROYO que já do ponto de vista da prática as diferenças são grandes. Enquanto nos Estados Unidos se valoriza positivamente a função da revisão, vendo-se nela uma oportunidade de aperfeiçoamento da constituição através da técnica das emendas, já na Europa a essa mesma função é atribuído um significado negativo, encarando-a como algo que põe em risco a unidade e a filosofia da constituição. É o que não pode deixar de se inferir da leitura do clausulado do título VII. “Mas se, além disso, se recorre aos debates da Constituinte para se obter informação sobre quais eram as ideias dos autores da Constituição neste tema, reforça-se ainda mais o carácter negativo, de desconfiança geral com que eles concebem a instituição da reforma. Desconfiança face ao rei, o que era absolutamente lógico. Mas desconfiança não menor face ao povo, face à nação, a quem se reconhece como princípio o direito a mudar a Constituição e, inclusive, a mudar de Constituição, mas relativamente a quem se faz todo o possível por deixar de fora na altura de organizar a reforma. Nisto, a diferença em relação aos Estados Unidos é patente” (“La reforma de la constitución”, loc. cit. 26).

tanto a americana como a francesa, lhe reconhecessem o direito imprescritível de rever ou mudar a constituição. Mesmo se a revisão é parcial, como é desejo expresso dos constituintes de 1791, pontifica o princípio na altura expresso por Sieyès segundo o qual, não cabendo aos poderes constituídos alterar a lei em função da qual existem e actuam, um órgão que esteja investido do poder de reformar a constituição está, logicamente, investido do poder constituinte. Enquanto simples órgão, ele está sujeito a procedimentos formais, a uma constituição; enquanto órgão constituinte, ele não tem limites jurídicos relativamente ao conteúdo da sua vontade. Poderemos então falar de um poder constituinte *originário* (fundacional ou revolucionário), que esteve na origem das constituições, e um poder constituinte *derivado* (instituído ou de revisão), que actuará nos termos previstos pela constituição, sem que isso implique redução da sua soberania, isto é, da sua capacidade decisória; ele será, usando uma expressão que ganhou prestígio, “a competência das competências”¹.

No entanto, observa-se nas várias vicissitudes dos processos de mudança política ao longo de todo o século XIX uma tendência para dizer um adeus definitivo ao poder constituinte originário. Os governantes, na acepção genérica do termo, que inclui o legislativo, não queriam agir e deliberar sob a coacção permanente de uma força superior e exterior à organização constitucional. Situação exemplar ocorreu no ano de 1842, em França, aquando da discussão da lei sobre a regência, a qual implicava uma alteração à Carta constitucional de 1830, esta omissa quanto à forma da sua revisão². Contra aqueles que advogavam a necessidade de se convocar eleições para uma assembleia especificamente investida do poder constituinte, verberava Guizot: “Se se

¹ “Com efeito, segundo uma definição que é actualmente adoptada por numerosos autores, soberania consiste essencialmente na faculdade (...) de determinar a sua competência exclusivamente em virtude da sua vontade, isto é, de se fixar livremente a si próprio as tarefas que quer realizar. A soberania se reconduz assim para a «competência das competências». Esta ideia foi primeiramente exposta por Hänel, *Studien zum deutschen Staatsrecht*, t. I, p. 149, nos seguintes termos: «Pertence ao direito do Estado regular a sua competência que reside na condição mais elevada da sua existência própria e independente, o ponto essencial da sua soberania». A mesma ideia é aceite por Laband (...) Outros autores propõem uma definição vizinha” (CARRÉ de MALBERG, *Contribution à la théorie générale de l'État*, tomo I, ed. cit., 174).

² A omissão era comum a várias constituições da época (constituições francesas de 1814, 1830, constituição belga de 1831, constituições espanholas de 1837, 1845 e 1876, Estatuto Albertino de 1848, etc.). ALESSANDRO PACE, que defende a natural rigidez das constituições escritas – “as normas que prevêem um especial procedimento para a revisão constitucional não constituem o «fundamento» da rigidez constitucional, mas representam a sua “confirmação” – explica como e por que razão o Estatuto Albertino permitiu duas interpretações: uma, a primeira, segundo a qual o Estatuto não poderia ser objecto de nenhuma revisão constitucional (absoluta imodificabilidade); outra, segundo a qual ele consentiria ser modificado através de procedimento legislativo ordinário. (*La causa della rigidità costituzionale Una rilettura di Bryce, dello Statuto Albertino e di qualche altra costituzione*, CEDAM, Padova, 1995, 9 ss).

pretende que, no seio da sociedade, existem ou devem existir dois poderes, um ordinário, o outro extraordinário, um constitucional, o outro constituinte, está a dizer-se uma coisa insensata, plena de perigos e fatal. O governo constitucional é a soberania social organizada (...) Ficai tranquilos, senhores, nós, os três poderes constitucionais, somos os únicos órgãos legítimos e regulares da soberania nacional. Fora de nós, não há senão usurpação ou revolução”¹. A estas palavras, e com a mesma veemência, acrescentava Thiers: “O poder constituinte existiu em várias épocas da nossa história (...) Agora já não existe”².

Semelhante ponto de vista é expandido por Cavour, em Itália, num artigo publicado em 1848, onde afirma que, “nas monarquias constitucionais, o Parlamento, isto é o Rei e as Câmaras (...) estão plenamente investidos” do poder constituinte³. Igualmente em Espanha a redução do poder constituinte aos poderes constituídos está patente nos textos parlamentares que antecipam a Constituição de 1837: “O poder constituinte não reside senão no poder constituído nem este é, na nossa Espanha, outra coisa que as Cortes com o rei. «Lex fit consensu populi et constitutione regis»: esta máxima dos nossos antepassados, sublime pela sua própria simplicidade, chegou até aos nossos dias vencendo os tempos e as revoluções.... As Cortes com o rei são a fonte de todas as coisas legítimas...”⁴.

No plano da doutrina, o entendimento maximalista do poder de revisão constitucional foi adoptado pela corrente filosófica do positivismo jurídico. Nessa

¹ Citado in CARRÉ de MALBERG, II, ed. cit., 543, nota.

² Ibidem, mesma nota.

³ Citado por ALESSANDRO PACE, *La causa della rigidità costituzionale Una rilettura di Bryce, dello Estatuto Albertino e di qualche altra costituzione*, ed. cit., 46.

⁴ “Dictamen de la Comisión de la Constitución, proponiendo a las Cortes las bases de la reforma que cree debe hacerse en la Constitución de 1812, leído en la sesión del 30 de Noviembre de 1836”, citado por JAVIER PÉREZ ROYO, “La reforma de la constitución”, loc. cit., 33. Investigando as razões da animosidade desta época, o século do Estado liberal de direito, para com o poder constituinte, FIORAVANTI assinala duas razões: uma de ordem cultural e outra de ordem institucional. Sob o ponto de vista da cultura política, aquele autor lembra que o liberalismo europeu se construiu em oposição ao poder constituinte da Revolução, que a memória dos liberais associava ao terror jacobino. Os liberais renegavam sobretudo o princípio jacobino segundo o qual o povo pode a qualquer momento mudar a sua constituição. “Por esta via, vislumbra-se no poder constituinte a matriz do chamado «despotismo democrático» que na mentalidade dos nossos liberais era encarado como o principal inimigo de toda a certeza jurídica, de toda a segurança das posses e dos direitos individuais, como também de toda a estabilidade na configuração dos poderes públicos. Sob este último aspecto, que opõe ao poder constituinte da Revolução uma «constituição» entendida com um estável e equilibrado ordenamento dos poderes públicos, a crítica liberal assume ainda – como acima se dizia – um carácter decisivamente institucional, que se prende com a concreta concepção e organização da forma de Estado e de governo. Deste ponto de vista, o que cai sob os disparos daquela crítica é essencialmente a extraordinária concentração dos poderes cometidos ao legislador que a Revolução tinha reproduzido, nele personificando o representante da vontade geral” (MAURIZIO FIORAVANTI, “Potere costituente e diritto pubblico. Il caso italiano in particolare”, in *Potere costituente e riforme costituzionali*, a cura di Paolo Pombeni, ed. cit., 62).

adopção vai a esconjuração teórica de todo o poder *de facto*, poder autoconstituído fora do direito, baseado pura e simplesmente na força. Sendo o século XIX o século do positivismo jurídico e, como diria Bobbio, reflectindo ele a satisfação perante o *status quo* da política, fatalmente a literatura jurídica da época iria subtrair ao seu campo de investigação um poder que tinha o estigma de andar associado a processos de destruição dos sistemas jurídicos vigentes. Mas, fundamentalmente, os positivistas viam na constitucionalização do poder constituinte de revisão a possibilidade de incluírem no objecto da ciência jurídica o próprio fundamento político da constituição (fundamento de conservação, de mudança ou de substituição). Assim, nenhum domínio da realidade estatal lhe era agora estranho.

Querendo ilustrar esta tradição positivista já no primeiro quartel do século XX, bastaria referir o célebre jurista francês Carré de Malberg. Este autor considera um verdadeiro contra-senso distinguir duas espécies de poder constituinte, o que equivaleria, segundo ele, a dividir a soberania em duas: uma primeira que seria “a soberania dos grandes dias”, anterior e superior a todos os poderes constituídos os quais, precisamente, lhe deviam a existência; uma segunda que seria a soberania de todos os dias, menos solene, derivada e regulada pela precedente. Ora, a soberania é uma só: consiste no poder que a nação tem de impor a sua vontade através de órgãos próprios. Estes exprimem “representativamente” a vontade constituinte da nação. Sendo assim, não é necessário, sempre que se queira rever ou mudar a constituição, convocar para o efeito uma convenção, isto é, uma assembleia excepcionalmente dotada de poder constituinte: “basta recorrer aos órgãos que exprimem habitualmente a vontade soberana da nação”¹.

Naturalmente, desses órgãos, o mais adequado – como, de resto, é reconhecido pelas próprias constituições – é o órgão legislativo. Ao dizê-lo, C. de Malberg não está a pensar na anulação da hierarquia que separa a lei constitucional das leis ordinárias. Sustenta tão-somente que elas pertencem à mesma esfera das funções estatais. “Não há dúvida de que a Constituição se distingue das leis correntes pela sua importância excepcional: ela é a lei fundamental do Estado, a primeira de todas as leis. Mas não é menos verdadeiro que, pelo seu objecto e pelo seu conteúdo, ela é um acto de natureza legislativa. Ela concorre, com efeito, para a criação da ordem jurídica do Estado na medida em que dá a este último a sua organização estatutária”². C. de

¹ *Contribution à la théorie générale de l'État*, tomo II, ed. cit., 539.

² *Ibidem*, II, 539-540.

Malberg vai mais longe, colocando em tese uma interpretação do constitucionalismo francês que inverte a relação de hierarquia entre o povo e a constituição. Segundo essa interpretação, onde quer que o Estado exista, desde que ele se encontra jurídico-politicamente organizado, o povo deixa de ser aí o fundamento originário da soberania: “a soberania não é para o povo e seus membros um direito primitivo anterior às Constituições: ela não lhe pertence juridicamente senão na medida em que lhe tenha sido efectivamente reconhecida pela lei constitucional em vigor”¹.

No contexto da doutrina alemã, Anschütz invocava o artigo 76º da Constituição de Weimar para defender que a lei constitucional e a lei ordinária são ambas obra do mesmo poder. “A constituição não está acima do poder legislativo, mas à disposição deste, desde que ressalvada a norma segundo a qual o poder legislativo é obrigado a observar as formas especiais prescritas para as modificações constitucionais”². Nenhum limite material estava previsto e, por isso, a constituição estava sempre dependente da flutuação das maiorias qualificadas. Essa terá sido a vontade do poder constituinte originário que, segundo afirma R. Thoma, “privilegiou um sistema aberto que pôs à disposição do poder legislativo do Reich o desenvolvimento e a transformação do sistema constitucional quando tal pareça desejável à grande maioria”³.

Assim, seja pelas razões epistemológicas do positivismo jurídico, que nega existência jurídica ao poder constituinte originário (uma realidade transcendente ao seu campo de visão)⁴, seja pelas razões subjectivo-partidárias dos políticos, que receiam a

¹ Ibidem. Denuncia-se o receio de uma assembleia investida excepcionalmente do poder constituinte: “Se, depois destas observações jurídicas, examinarmos o sistema das Constituintes do ponto de vista do seu valor político, constata-se que a convocação desta espécie de assembleias não é isenta de perigos. Uma Constituinte será naturalmente levada a fazer uma ideia exagerada do seu poder. Sendo, de facto e pela própria definição, chamada a fundar todos os poderes, ela poderá muito bem ser tentada a admitir também que ela os possui a todos” (idem, ibidem, 540).

² GERHARDT ANSCHÜTZ, citado por CLAUDE KLEIN, *Théorie et pratique du pouvoir constituant*, ed. cit., 96.

³ Cit. in PÉREZ ROYO, “La reforma de la constitución”, *Revista de Derecho Político*, 22, 1986, 40.

⁴ Já no nosso tempo, observa J. L. REQUEJO PAGÉS que, apesar de tudo, a variante positivista da ciência do Direito só dificilmente consegue libertar-se do mito do poder constituinte na medida em que recorre a ele – como uma espécie de causa não causada – para explicar o Ordenamento positivo sob a forma de um começo absoluto. Assim, em substituição da tradição e da moral, o positivismo jurídico colocou no princípio de toda a normatividade jurídica o *fiat* de uma vontade tão livre e onipotente quanto aquela que se associa ao *Génesis*. REQUEJO PAGÉS, também ele positivista, adverte que, apesar de relegado para outros domínios científicos (desde logo, o da ciência política), “aquele mito não deixa de produzir efeitos perversos para a própria construção positivista” (*Las normas preconstitucionales y el mito del poder constituyente*, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, 1998, 19). Além de se tratar, na opinião do autor, de “um poder desnecessário e, inclusive, perturbador”, (ibidem, 45), a sua ideia constitui um obstáculo à apreensão da continuidade do direito: “O ordenamento, como a energia, nem se cria nem se destrói, só se transforma” (ibidem, 17). Ele impede igualmente de ver a existência de

tentação totalitária desse poder e que, por isso, o querem ver definitivamente morto e enterrado, o acto de revisão da constituição passou ser a única forma válida de manifestação da soberania constituinte. Logicamente, para justificação desse modo exclusivo – formal ou civilizado – de actuação do poder constituinte, era necessário que o agente da revisão constitucional estivesse autorizado a mudar sem restrições a própria constituição que lhe confere a competência. Doutro modo, teria que se admitir a sobrevivência da nefanda criatura que se queria ver morta, mas que apenas ficava adormecida até que uma nova crise política a despertasse para a sua função demolidora. Eis por que razão, nesta ordem de ideias, limites materiais como aquele que foi introduzido na Constituição de 1875 pela lei de revisão de 1884 (alínea 5 do artigo 89º: “a forma republicana do Governo não poder ser objecto de uma revisão”) – curiosamente um limite prescrito por um órgão de revisão contra o estipulado pela vontade constituinte originária¹ – apenas têm estatuto ideológico-político, quer dizer, não representam regras juridicamente vinculativas².

sistemas normativos formados antes e fora da constituição e que a esta cumpre subsumir no mesmo Ordenamento, garantindo a sua aplicabilidade: “A concepção do poder constituinte como um poder normativo absoluto e a definição do seu produto, a Constituição, como uma norma desconhecedora de limites positivos...torna impossível, por exemplo, a necessária articulação entre o sistema normativo derivado daquela e o gerado a partir de normas constitutivas de sistemas que acabam por se integrar com aquela na configuração de um Ordenamento singular” (ibidem, 19). Parece, então, que mais importante do que excluir o poder constituinte da ciência do direito é repudiar o mito da sua transcendência e concebê-lo como uma vontade imanente, condicionada juridicamente, inclusive pela persistência de decisões constituintes anteriores. “Em definitivo, o poder constituinte da Constituição não coincide, senão parcialmente, com o poder constituinte do Ordenamento. Cada nova Constituição encontra-se limitada – para lá da aparente onnipotência que, com o mito do *fiat* constituinte se pretende significar – por decisões precedentes... de outras Constituições, as quais, depois da sua «desaparição», continuam a condicionar, reflexivamente, as decisões do último constituinte no domínio da aplicabilidade e representam, por isso, a expressão formalizada de um poder que também concorre para a constituição do Ordenamento actual” (ibidem, 60).

¹ HAURIU não deixa de assinalar esta contradição. “Pode-se mesmo perguntar se, depois da modificação do artigo 8 da lei constitucional de 25 de Fevereiro de 1875 pela revisão de 14 de Agosto de 1884, uma revisão total seria legalmente possível. O § 3 deste artigo 8, na sua redacção primitiva, era assim concebido: «As deliberações relativas à revisão das leis constitucionais *no todo* ou em parte deverão..., etc.», o que quer dizer que visava revisões totais; mas a lei constitucional de 14 de Agosto de 1884 acrescentou isto: «A forma republicana do governo não pode ser objecto de revisão». Esta segunda disposição está em contradição com a precedente, porque uma revisão da constituição na qual não se pode pôr em discussão a forma do governo não é total” (*Précis de droit constitutionnel*, ed. cit., 335). A contradição, porém, não é apenas lógica. HAURIU questiona-a pelas consequências que ela pode potenciar: “Isto é talvez mau, porque não há saída para uma revisão total senão por vias revolucionárias. Talvez fosse preferível organizar dois processos de revisão, um para a revisão limitada, que seria o processo actual, e outra para a revisão total, que seria o processo da Assembleia constituinte ou Convenção eleita especialmente para isso, só que tal não foi feito” (ibidem, 336).

² Esta é a posição sustentada por JOSEPH BARTHÉLEMY e PAUL DUEZ (*Traité de droit constitutionnel*, Paris, 1933). Conforme lembra OLIVIER BEAUD, estes dois autores, “os mais representativos da opinião dos constitucionalistas positivistas”, verberaram tratar-se de um verdadeiro absurdo jurídico, sem relevância fora do seu contexto de retórica política. “O seu principal argumento é atribuir à limitação material um carácter político e não jurídico. Segundo eles, «é evidente que todas estas disposições não constituem senão simples votos, sem força jurídica obrigatória para os sucessores dos

3.5. A doutrina em torno da questão dos limites do poder de revisão

Muita doutrina se produziu sobre a questão dos limites do poder constituinte originário¹. Não há consensos plenos; há consensos que se formam com base em precompreensões comuns. Para simplificar, poderemos dizer que os campos se dividem entre os que vêem o poder constituinte como *facto* e os que o vêem – ou querem ver – como *direito*. Os primeiros afirmam o carácter ilimitado desse poder, no sentido de que ele não está sujeito a limitações procedentes do direito positivo; os segundos postulam a existência de um direito suprapositivo que lhe define as margens da sua legitimidade. Outro tipo de divergência se observa no que concerne ao poder constituinte derivado, instituído ou, usando a fórmula mais usual, ao poder de revisão. Também aqui a doutrina “está irremediavelmente dividida”² entre, por um lado, os que reconhecem a este último poder – na condição apenas de estar constituído em conformidade com as regras da constituição – uma capacidade deliberativa tão ilimitada quanto a do poder constituinte originário (*competência total*); e, por outro, os que estabelecem uma irreduzível diferença entre os dois poderes, sustentando que o poder de revisão está submetido a limites materiais identificados com a vontade explícita ou implícita do autor da constituição (*competência limitada*).

Fraude à constituição e revolução legal, conceitos nucleares da problemática das transições, remetem inexoravelmente para a própria natureza do poder de revisão (competência, limites, funções); ou, dito de outra maneira, para a relação de identidade ou de subordinação daquele poder relativamente ao poder constituinte originário. Pode o órgão de revisão, dentro do procedimento constitucionalmente previsto, modificar livremente a constituição? E pode rever-se a

constituintes e para as gerações futuras (...) A revisão de 1884 é a declaração de que a França renuncia à monarquia e que a República se instala como regime definitivo do país. Do estrito ponto de vista jurídico, este procedimento é manifestamente despido de valor porque, em resumo, ele consagra a intangibilidade absoluta de uma parte da constituição» (*La puissance de l'État*, ed. cit., 335).

¹ Examinámos essa doutrina em *Os limites do poder constituinte e a legitimidade material da constituição*, Coimbra Editora, Coimbra, 1994.

² VANOSSI, *Teoria constitucional*, I, ed. cit., 124.

revisão: órgão, procedimento, limites temporais e circunstanciais? Podem ultrapassar-se os limites materiais expressos? Há limites textuais implícitos? Há limites transcendentais à própria constituição? Tudo isto também implica perguntar: podem os Tribunais constitucionais controlar a constitucionalidade das leis de revisão?

3.5.1. A teoria dos limites subentendida na ideia de “fraude à constituição”

a) Limites materiais de regime

É fácil perceber que as alternativas pelas quais a doutrina se divide não são inócuas. Biscaretti Di Ruffia afirma que “a questão relativa aos limites, seja implícitos, seja explícitos, postos à revisão da constituição, é muito controversa na doutrina, especialmente em consequência das diferentes concepções de constituição sustentadas pelos diferentes autores”¹. Por seu turno, Olivier Beaud também sustenta que esta é “uma questão chave do direito constitucional, pois que ela implica tomar partido sobre a própria noção de constituição”². E Baldassarre vai mais longe ao dizer que, subjacente a esta problemática, se esconde uma opção sobre o próprio entendimento do conceito de direito³. E poderia acrescentar-se que ela também exprime, em conjunturas concretas, uma opção sobre alternativas políticas. Felizmente, dito com a ironia de Vanossi, trata-se de “um problema que fez derramar mais tinta do que sangue”⁴.

A tese da limitação material do poder de revisão teve a sua expressão mais sistematizada com Carl Schmitt, na *Teoria da Constituição*, que viu a luz do dia em 1928. Com efeito, e como já vimos atrás, foi o conturbado húnus sociopolítico da Constituição de Weimar que fez desabrochar a teoria da não soberania (material) do poder de revisão. Tal teoria veio a contrapor-se à doutrina dominante que, na continuidade da tradição do positivismo jurídico, postulava a modificabilidade total da

¹ BISCARETTI DI RUFFIA, *Diritto Costituzionale*, Casa Editrice Dott. Eugenio Jovene, Nápoles, 1965, 243.

² OLIVIER BEAUD, *La puissance de l'État*, ed. cit., 376.

³ ANTONIO BALDASSARRE, “Il «referendum» costituzionale”, *Quaderni Costituzionali*, Anno XIV, n.º 2, Agosto 1994, 237.

⁴ VANOSSI, *Teoria costituzional*, I, ed. cit., 186.

constituição pelo método da revisão. G. Anschütz, R. Thoma, W. Jellinek, entre outros, são ao tempo, na Alemanha, os juristas mais representativos desta corrente à qual se opunha o autor da *Verfassungslehre*¹. Deve, no entanto, dizer-se que mesmo esses juristas acabaram por se aproximar da posição de Carl Schmitt, compatibilizando o seu positivismo matricial com a conveniência – por “razões políticas mais do que por razões jurídicas”² – de se reconhecerem certos limites materiais ao poder de revisão sediado no Parlamento³.

Carl Schmitt estava seriamente empenhado em antecipar argumentos persuasivos contra a hipótese plausível de se poder passar, através do artigo 76º da constituição de Weimar, que continha as regras da mudança constitucional, para uma república de regime soviético, de resto uma “ameaça” bastante credível no contexto de incerteza política que se vivia na época. O autor (partindo, provavelmente, das ideias de Hauriou sobre acto constituinte e operação de fundação do Estado), faz uma revisitação

¹ O Comentário de ANSCHÜTZ à constituição de Weimar (*A constituição do Reich alemão. Um comentário sobre teoria e prática*, 1933) mereceu a C. SCHMITT as seguintes observações, que também permitem adivinhar a força da nova contracorrente: “Este sagaz comentário do eminente mestre chama, com uma acentuação especial, ‘teoria nova’ e ‘teoria moderna’ à opinião representada hoje por numerosos professores de direito político segundo a qual deveria haver algum limite para a reforma constitucional a que se refere o artigo 76º da Constituição do Reich. Os argumentos e as delimitações destas teorias ‘novas’, que cada vez se vão tornando mais numerosas – H. Triepel, Carl Bilfinger, E. Jacobi, O. Koeullreutter, H. Gerber, O. Bühler, R. Thoma, W. Jellinek, K. Loewenstein e outros – diferem uns dos outros. A primeira e a mais importante diferença poderia consistir em que alguns destes autores reconhecem como sacrossantos os conteúdos substanciais e, em contrapartida, outros, sobretudo R. Thoma e W. Jellinek, só consideram invioláveis certos pressupostos conceptuais internos de necessidade vital para o sistema da legalidade, que no demais é neutral em relação aos valores e porventura só consideram invioláveis um mínimo do conceito de lei em sentido material, a igualdade de *chance*, a liberdade de discussão e o direito de sufrágio” (*Legalidad y legitimidad*, Aguilar, Madrid, 1968, 73-74).

² BENITO ALÁEZ CORRAL, *Los limites materiales a la reforma de la Constitución española de 1978*, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, 2000, 28.

³ Pode dizer-se que juridicamente a revisão total era possível, porém politicamente não era desejável. “Deste modo, para Richard Thoma, embora o legislador de reforma constitucional da República de Weimar pudesse modificar – *rechtliches können* – qualquer preceito da Constituição e, inclusive, suprimi-la, no entanto, não lhe era permitido – *logisches dürfen* – criar normas jurídicas arbitrárias ou injustas – «imperativo do ordenamento jurídico» –, nem em contravenção do Direito Internacional de que o Estado participe – «imperativo do ordenamento jurídico internacional»” (BENITO ALÁEZ CORRAL o. cit., 25-26). Com a mesma preocupação política (“pôr freio à liberdade do poder de reforma”, segundo ALÁEZ CORRAL: *ibidem*, 29), W. JELLINEK invoca limites materiais decorrentes do direito positivo, seja do direito internacional (limites heterónomos), seja do próprio ordenamento constitucional interno (limites autónomos), seja, enfim, da própria essência do direito que se exprime no imperativo da sua vigência (limites absolutos). É claro que a compreensão positivista destes limites não os tornava, como se disse, impeditivos de uma revisão materialmente subversiva da constituição, desde que formalmente correcta. Ora é precisamente contra esta possibilidade deixada em aberto pelo formalismo positivista, que surgiram as teorias materiais da constituição. “Estas, pretendendo reforçar a normatividade da Constituição, intentaram reconduzi-la a determinados conteúdos materiais. A base das novas correntes materiais dentro da Ciência do Direito Público há que buscá-la num novo enfoque metodológico que assenta as suas raízes no conteúdo material do Direito. A Constituição deixa de ser válida por ser a positividade jurídica do poder do Estado e passará a sê-lo em virtude de ser a positividade de determinados princípios valorativos que a ela são inerentes” (BENITO ALÁEZ CORRAL, o. cit., 60-61). Por aqui se vê que a aproximação entre os positivistas e a teoria da constituição de CARL SCHMITT não chega, afinal, a ser muito grande.

à distinção estabelecida por Sieyès entre poder constituinte e poderes constituídos, tendo concluído que o poder de revisão pertence à categoria dos poderes constituídos. Eis aqui a grande viragem: o poder de revisão é reconduzido ao estatuto menor de poder constituído e, nessa condição, fica subordinado ao poder constituinte. Fundamental para uma clarificação dos limites funcionais da competência outorgada ao poder de revisão é, na teoria schmittiana, o *conceito positivo* de constituição formado a partir da distinção entre constituição (as decisões políticas fundamentais sobre a forma de existência política concreta de um povo) e lei constitucional (a normação que leva à prática a vontade constituinte). O poder de revisão apenas pode mudar as leis constitucionais, não já a constituição como totalidade.

Na realidade, Schmitt distingue vários conceitos de constituição (em sentido absoluto, relativo, ideal e positivo); contudo, é, de facto, o conceito positivo, acabado de enunciar, que mais nos interessa porque é o que representa a verdadeira constituição. Schmitt liga este conceito de constituição à emergência do constitucionalismo moderno, em que o povo – ou o monarca – decide de forma consciente sobre as instituições jurídico-políticas que vão enformar a unidade política preexistente. “A Constituição em sentido positivo surge mediante um *acto do poder constituinte*. O acto constituinte não contém como tal umas normações quaisquer, mas antes, por um único momento de decisão, a totalidade da unidade política considerada na sua particular forma de existência. Este acto *constitui* a forma e o modo da unidade política cuja existência é anterior (...) Tal constituição é uma decisão consciente que a unidade política, através do titular do poder constituinte, adopta *por si mesma e dá a si mesma*”¹. Importante para Schmitt é combater a tendência generalizada para se rebaixar a Constituição ao nível de uma lei fundamental. A confusão acarreta consigo a consequência de se estender à constituição as características próprias de uma qualquer lei: a sua presunção de justiça e a sua reformabilidade, ainda que, pelo facto dela não ser uma lei ordinária, a sua reforma pudesse requerer processos mais complicados. A constituição ficaria, desse modo, à mercê de uma lei inferior que pretendesse reformá-la². Seria a sua negação, já que ela não pode dever a sua existência e o seu conteúdo senão à decisão fundacional (pré-constitucional) do poder constituinte.

¹ CARL SCHMITT, *Teoría de la constitución*, ed. cit., 24-25.

² “Se realmente consistisse nisso o definitivo conceito de constituição, a prescrição sobre a reforma constitucional – o artigo 76º, para o caso da Constituição de Weimar – seria a medula essencial e o único conteúdo da constituição. Toda a constituição seria tão-só um dispositivo e, na realidade, apenas uma lei

Já as *leis constitucionais*, essas têm o seu fundamento na constituição e, portanto, pressupõem uma *Constituição*. “Toda a lei, enquanto regulação normativa, e portanto também a lei constitucional, para a sua validade, necessita em última instância de uma *decisão* política prévia (...) Na base de toda a normação reside uma *decisão política do titular do poder constituinte*, isto é, do Povo na Democracia e do Monarca na Monarquia autêntica”¹. O poder constituinte manifesta-se no acto da decisão política fundamental. A formalização positiva dessa decisão pode ser realizada por órgãos especiais, designadamente uma Assembleia constituinte. E, com a liberdade que assiste ao órgão que dá existência formal à constituição, pode esse órgão incluir no texto um dispositivo legal-constitucional que regule posteriores “reformas” ou “revisões” de leis constitucionais (não da constituição). Mas daí não resulta que o autor da decisão constituinte fundamental passará à história logo que haja uma constituição escrita. A decisão política fundada na constituição não pode opor-se ao seu autor, nem destruir a existência política deste. “Ele não é susceptível de trespasse, alienação, absorção ou consumpção. Fica-lhe sempre a possibilidade de continuar existindo e encontra-se ao mesmo tempo por cima de toda a constituição derivada dele e de toda a determinação legal-constitucional válida no quadro desta constituição”².

Sob tais pressupostos, Carl Schmitt diz que a Constituição de Weimar comporta as seguintes decisões fundamentais: democracia, república, estrutura federal, forma parlamentar representativa da legislação e do Governo, Estado burguês de direito (direitos fundamentais e divisão de poderes). Estas determinações não são leis nem tão-pouco leis constitucionais. Não são sequer leis de bases ou leis fundamentais. São *mais* do que tudo isso: são as decisões políticas concretas que assinalam a forma política de ser do povo alemão e são o fundamento de todas as ulteriores normações, inclusive das próprias leis constitucionais. Tudo o que dentro do *Reich* alemão existe de legalidade e normatividade vale somente sobre a base e no âmbito destas decisões que são a substância da constituição. O que faz com que a Constituição de Weimar seja uma Constituição e não uma simples colecção de prescrições particulares, todas elas reformáveis através do artigo 76º, é o facto de ela representar uma decisão existencial totalitária do povo alemão. Quanto às leis constitucionais, a sua singularidade face à

em branco que em cada caso pode preencher-se segundo as prescrições sobre a reforma constitucional” (idem, ibidem, 22).

¹ Idem, ibidem, 25 e 27.

² Idem, ibidem, 106.

legislação ordinária reside exclusivamente no simples facto de que elas só podem ser reformadas ou suprimidas mediante um procedimento agravado.

A consequência prática desta diferenciação semântica entre constituição e lei constitucional é óbvia: por intermédio do artigo 76 podem reformar-se as leis constitucionais, mas não a substância da Constituição, ou seja, as decisões políticas fundamentais que a integram e lhe dão identidade. Daqui resultam os limites da competência para a reforma da Constituição: esta pode ser somente reformada em aspectos que não firam a sua substância, que não ponham em causa a sua continuidade e unidade. O *Reich* alemão não pode ser transformado numa monarquia absoluta ou numa república soviética, mesmo que nisso conviesse uma maioria de dois terços. O “legislador que reforma a Constituição”, conforme o artigo 76º, não é de maneira nenhuma onipotente. “Se uma Constituição prevê possibilidade da sua revisão, tal não quer dizer que ela estabeleça um método legal para suprimir a sua própria legalidade e menos ainda que proporcione um meio legítimo para destruir a sua legitimidade”¹. O acto de dar a constituição é qualitativamente distinto do acto de reformá-la. O primeiro acto resulta de um poder auto-assumido, de uma competência infundada; o segundo de um poder derivado, de uma competência atribuída por uma norma inscrita na constituição.

Reformar leis constitucionais não é uma função superior àquelas que o Estado quotidianamente exerce no âmbito das suas competências normais (dar leis, decidir processos, realizar actos administrativos, etc.). No entanto, sendo uma faculdade decorrente de uma lei constitucional, ela é limitada. No quadro de uma regulação legal-constitucional, toda a competência é limitada. “Nem sequer uma ‘competência de competências’ pode ser algo ilimitado, doutra forma ficaria a expressão desprovida de sentido e o conceito dissolvido. ‘Competência de competências’ é, bem entendido, outra coisa que soberania...”². No que se refere à extensão dessa competência, os limites indicados por C. Schmitt são inequívocos: ela compreende apenas a faculdade de efectuar adições, reformulações e supressões nas leis constitucionais, todavia sem tocar na essência da Constituição; o mesmo é dizer: sem beliscar minimamente que seja a decisão constituinte. E isso também atinge o artigo que confere a competência para reformar a constituição. Já seria inconstitucional a lei que viesse substituir por outro o próprio fundamento da revisão. Por exemplo, “algo assim como reformar o art. 76º da

¹ Idem, *Legalidad y legitimidad*, ed. cit., 92.

² Idem, *Teoría de la constitución*, ed. cit., 119.

Constituição alemã, seguindo o procedimento do próprio art. 76º para que as reformas das leis constitucionais possam ter lugar por acordo de simples maioria do *Reichstag*¹.

Como se acaba de ver, a questão dos limites materiais do poder de revisão está, em Schmitt, ligada ao princípio da conservação do regime, no sentido em que uma constituição é entendida como sendo a constituição de uma revolução, de um regime revolucionariamente instaurado. A ligação que Schmitt faz entre constituição e regime político e, conseqüentemente, entre a decisão constituinte e o poder de determinar esse mesmo regime, separando conceptualmente, de forma nítida, o acto constituinte do acto de revisão, aparece em vários outros autores que, partindo embora de matrizes teóricas diversas, têm subjacente o sentimento comum da necessidade de afirmar a supremacia do poder constituinte relativamente ao poder de revisão. Como alternativa à dicotomia schmittiana, as teses desses autores, de reminiscência lassalliana, põem antes o acento tónico no conceito de constituição material, desta feita em confronto com o de constituição em sentido formal.

Na Itália, o *caput scholae* é, como se sabe, Mortati, que se distingue do seu homólogo alemão porque, enquanto este considera que a decisão constituinte não se apoia em qualquer normatividade, ele, pelo contrário, sustenta que a ordem institucional anterior à constituição é já, em si mesma, jurídica. Reconhecendo explicitamente o mérito de Schmitt (“notável tentativa de representar... o princípio fundamental de organização do Estado”²), considera, no entanto, que o conceito de decisão política fundamental “deixa de todo impreciso quem deva considerar-se autor da decisão fundamental”³. Se, por um lado, é permitido pensar que Schmitt concebe, como é “comum à nova juspublicística alemã”, a comunidade popular como fundamento do Estado, por outro, “parece que esta unidade indiferenciada recebe a sua

¹ Idem, *ibidem*, 120. SCHMITT parece ter mudado o seu pensamento ao aceitar a Lei de 24 de Março de 1933 que confere plenos poderes a HITLER. Escreve ele então: “A lei repousa formalmente no artigo 76º da Constituição do Reich. Segundo a doutrina dominante sobre esta questão do artigo 76º, em particular a de Anschütz, a competência da revisão não conhece absolutamente nenhum limite. Não é, pois, necessário tomar posição aqui sobre os limites do artigo 76º. Até ao presente ninguém avançou com a ideia de um controlo da actividade legi-constitucional. A nova lei é, aliás, a expressão do triunfo da revolução nacional...”. CLAUDE KLEIN, que faz a citação, exprime enfaticamente a sua perplexidade perante o que julga ser um brutal volte-face de CARL SCHMITT: “Parece que estamos a sonhar” (*Théorie et pratique du pouvoir constituant*, ed. cit., 104-105). No entanto, admitindo que há óbvio oportunismo político, não estamos certos de que haja uma real contradição teórica. Com efeito, SCHMITT apenas diz que a alteração do processo da revisão pela revisão do artigo 76º da Constituição é um facto admissível *segundo a doutrina dominante* (e não segundo a sua). Não compete a ele, que nega a legitimidade da revisão do artigo, mas que, por outro lado, nada tem a opor ao novo regime, ter o ónus de provar a inconstitucionalidade da lei de habilitação que deu todos os poderes a HITLER.

² COSTANTINO MORTATI, *La costituzione in senso material*, ed. cit., 55

³ Idem, *ibidem*, 55.

especial forma de existência só por intermédio dos portadores próprios do poder originário que tornam manifesta a decisão”¹. Deste modo, parece que o povo só alcança a sua unidade jurídica a partir da constituição de uma concreta forma de Estado do qual ele, afinal, deveria ser o fundamento. É a decisão de uma subjectividade originária, não normalizável, que cria, de uma só vez, a constituição, não emanando esta de uma ordem social preexistente e já juridicamente estruturada.

Ora, a constituição em sentido formal é, precisamente, a representação jurídica, o mais fiel possível, dessa ordem preexistente, assim como é o instrumento da sua reprodução. Portanto, para que se conheça a essência de uma constituição escrita – e para que sobre ela se possa fazer um juízo de validade – é preciso indagar quais as relações de poder (os factores reais de poder) que lhe estão subjacentes. Mortati corrobora o ponto de vista de Hesse segundo o qual a constituição não pode ser encarada como um “pedaço de papel”, pelo que a ciência do direito constitucional não pode deixar de estudar as condições sociológicas sob as quais a constituição pode ter validade e desenvolver a sua dogmática, o que faz daquela ciência uma ciência da realidade social. Antes da positivação da constituição, a sociedade está já politicamente constituída em função da correlação das forças que nela se confrontam e das hierarquias sociais que daí derivam. “São os grupos, preponderantes em virtude do poder de facto exercido, que procuram na constituição o instrumento idóneo para a tutela dos seus interesses, para a consolidação dos princípios de vida associativa que melhor servem a estabilização e o desenvolvimento ordenado do poder que possuem”².

Os grupos dominantes formam a *classe governante*, aquela que, na sociedade, dispõe dos meios necessários (materiais e espirituais) para impor o seu domínio. Nela pode distinguir-se a *classe dirigente*, que detém realmente o poder, e a *classe política*, que preenche os lugares da governação pública através dos quais se manifesta a vontade do Estado. Mortati valoriza esta distinção porque ela permite compreender o fenómeno da aparente não correspondência entre os fins da primeira e as proclamações políticas da segunda, recheadas de convicções populares e influências doutrinárias. “Fenómeno no qual se revela a exigência de ocultar, sob aparências sugestivas, os reais interesses que alimentam aqueles fins e de oferecer uma justificação

¹ Idem, *ibidem*, 55-56.

² MORTATI, “La costituzione (dottrine generali)”, *Enciclopedia del Diritto*, IX, Milano, 1962, 162. A quem sustente que a constituição na sua formulação jurídica tem em si uma força própria (a “normativa força do normativo”), MORTATI adverte que tal força decorre da sua conformidade aos interesses das forças dominantes, já que ela tem “sempre valor instrumental em relação a estes últimos” (*ibidem*, 167).

do poder possuído de facto, tendo em vista assegurar os mais vastos consensos possíveis”¹. Esta é a constituição real, a constituição em sentido material. Quando os grupos dominantes decidem dar vida a uma constituição, a única intenção que os move é “conferir-lhe a específica função de consolidar, estabilizar e melhor garantir o próprio domínio”².

Dito isto, torna-se evidente que os limites à revisão de uma constituição, assim concebida, não podem reduzir-se a aspectos de natureza procedimental. Além desses, existem também limites materiais. Para os determinar é, então, necessário distinguir no texto da constituição as normas constitucionais que o são em sentido material e aquelas que o são simplesmente em sentido formal. Poderíamos dizer que as primeiras são essenciais (“co-essenciais” à ordem concreta) e as segundas somente funcionais em relação a variações da própria conjuntura histórica da sociedade. Todo o tipo de constituição comporta uma componente estática e outra dinâmica, uma que assegura a continuidade constitucional na sua referência aos interesses dominantes e uma outra que é flexível perante a necessidade de reajustamentos. O poder de revisão tem no conteúdo normativo desta última componente a única reserva de legitimidade para a sua acção reformadora. Ele é um poder constituído que age em representação do constituinte, não para destruir a sua obra, mas antes para lhe aumentar a capacidade de resistir aos efeitos tempo, para lhe aumentar, portanto, a longevidade.

Resulta daqui nítida a diferença específica do papel legiferante dos dois poderes, sendo certo embora que ambos são igualmente fontes de direito constitucional: “enquanto a constituição põe uma ordem total, faz surgir um sistema de valores, enquanto afirma e faz valer uma concepção fundamental de vida associada, dizendo, portanto, respeito à instituição estatal na sua totalidade, a revisão, em invés disso, adapta às novas exigências uma ou outra norma, um ou outro dos singulares institutos, sem alterar as linhas fundamentais do conjunto. Por consequência, enquanto o poder constituinte se exaure no próprio acto da formação da constituição, o de revisão desenvolve-se no tempo, por períodos intermitentes, todas as vezes que se manifesta a necessidade de adaptação”³.

Se os limites formais, para serem apreendidos como prescrições efectivas, precisam de ser textualmente explicitados, já a constituição pode ser muda quanto aos

¹ Idem, *ibidem*, 163.

² Idem, *ibidem*, 167.

³ Idem, “Concetto, limiti, procedimento della revisione costituzionale”, *Studi di diritto costituzionale in memoria di Luigi Rossi*, Milano, 1952, 388.

limites materiais que subentende porquanto estes representam a própria constituição no que ela tem de essencial. Mortati opõe-se à corrente doutrinária que sustenta que, para serem eficazes, os limites materiais devem constar expressamente da constituição e que, sendo aí declarados, eles não são absolutos porque podem ser facilmente contornados através do processo da dupla revisão. O argumento invoca o princípio da *lex posterior* e ainda a vantagem prática de se excluir todo o excesso de rigidez que possa comprometer a adequação da constituição a imprevisíveis exigências da realidade social. Na sua réplica, Mortati recorda que o princípio da *lex posterior* só é aplicável quando a lei que revoga uma anterior emana da mesma fonte. Ora, não é o que acontece quando se trata de substituir uma norma emanada do poder constituinte por outra proveniente do órgão de revisão. Quanto à questão da adaptabilidade da constituição, ela está garantida pela parte da constituição sujeita apenas a limites relativos ou formais.

Assim, explícitos ou simplesmente implícitos, os limites materiais estendem-se à totalidade das disposições que dão continuidade ao regime político. “É nesta perspectiva que se torna manifesta a insustentabilidade de revisões totais...”¹ Podem fazer-se retoques na constituição, adaptá-la às novidades emergentes da evolução, mas “jamais tocar no seu núcleo substancial”. O contrário seria confundir, por um lado, o elemento formal com o elemento material da constituição e, por outro, o poder de revisão com o poder constituinte. “Aquilo que, de resto, resulta comprovado com uma recente experiência oferecida pelas radicais mudanças de regime verificadas nalguns países sob a forma legal (...) Trata-se do fenómeno que a doutrina alemã designou com o nome de *Verfassungsbeseitigung* (cfr. Schmitt, *Verfassungslehre* ...) e a francesa como *fraude à la constitution*, (cfr. Liet-Veaux, *La fraude à la constitution* ...)”².

Na doutrina francófona é obrigatório destacar o nome de Georges Burdeau. Neste autor não encontramos uma divisão conceptual do signo *constituição*. A sua preferência vai para a necessidade de dissociar claramente o poder revisão do poder constituinte. Só este é o criador absoluto e, como tal, só ele tem o poder de decidir sobre a vida ou morte da constituição. Embora Olivier Beaud considere – e lamente – que “a quase totalidade da doutrina francesa” perfilha a confusão positivista entre os dois poderes, não atinando com a existência de limites materiais ao acto de revisão, a

¹ Idem, “La costituzione (dottrine generali)”, loc. cit., 209.

² Ibidem 209 e nota 195.

verdade é que facilmente encontraria uma plêiade de compatriotas seus que, como ele próprio, criticam veementemente aquela confusão. No que a Burdeau diz respeito, este argumenta com o paradoxo já assinalado por Duguit: um órgão que deve a sua existência à constituição não pode actuar como se fosse o autor dela. Juridicamente está no mesmo plano que qualquer outro órgão do Estado: é um órgão constituído. Só politicamente é superior já que todos os demais têm o seu estatuto suspenso de uma revisão constitucional. Afora isso, é tão dependente da constituição como os outros. Seria realizar um acto de usurpação aproveitar o momento constitucional da revisão para, tomando as vestes do soberano constituinte, ab-rogar a constituição em vigor e impor uma nova. “Qualificado para servir uma ideia de direito, ele cometeria um verdadeiro desvio de poder tornando-se instrumento de uma ideia diferente”¹.

Por aqui se infere, uma vez mais, que a constituição não carece de explicitar os limites materiais da sua revisão, ainda que, em muitos casos, o poder constituinte tenha concluído por essa necessidade. Quando se trata de reafirmar a ideia de direito subentendida na constituição, poderá admitir-se que ao poder de revisão seja lícito tomar essa iniciativa, fixando ele próprio limites materiais que o poder constituinte, no seu acto criador, não deixara explícitos. Tal terá sucedido em França, na revisão da Constituição de 1875, feita em 1884, e pela qual, mediante um aditamento ao § 3 do artigo 8º, a Assembleia Nacional tornou explícito o princípio, supostamente latente, da imodificabilidade da forma republicana do regime. O que, seguramente, o órgão de revisão não pode é mudar os alicerces ideológico-políticos do regime estabelecido pela constituição. “Nós empenhámo-nos em mostrar que uma constituição não era somente uma descrição dos mecanismos governamentais, mas que uma ideia de direito estava incorporada no seu texto a título de escala dos valores filosóficos e sociais que ela propõe como princípio da actividade colectiva. Alterar esta ideia ou substituí-la por outra não é uma função estatal (...) Ela não pode pertencer senão à força inicial que está acima do Estado...: o soberano”².

Burdeau considera feliz a expressão usada por Liet-Veaux para qualificar a subversão da constituição pelo poder constituinte instituído. O “núcleo substancial” da

¹ GEORGES BURDEAU, *Traité de Science Politique*, III, ed. cit., 249-250. Face ao argumento de MALBERG segundo o qual, como vimos, a distinção entre o poder constituinte e o poder de revisão significa decompor a soberania em duas, sendo uma superior à outra, BURDEAU contra-argumenta dizendo que “o que está em causa não é um desdobramento do poder no Estado, mas sim a separação, ao mesmo tempo muito natural e perfeitamente jurídica, entre a vontade do soberano, exterior a toda a organização estatal ..., e a competência de um órgão encarregado, no interior da organização estatal, de exercer o poder do Estado” (ibidem, 248).

² Idem, ibidem, 256.

constituição é, na teoria de Burdeau, a ideia de direito com a qual o poder constituinte fundou o regime político. Nas três revoluções já atrás referidas (as *revoluções comunitárias*), as autoridades emergentes serviram-se dos processos legais da revisão para mudar os respectivos regimes sem que, em nenhum dos eventos, fosse visível a descontinuidade constitucional. “Uma ideia de direito nova e um Poder político novo lograram introduzir-se no Estado através do jogo de uma revisão implícita ou expressa da constituição e graças a um desprezo evidente pelo espírito segundo o qual ela tinha previsto a sua modificação”¹. Foi fraude à constituição e traição ao poder constituinte. As vantagens do estratagema são muitas, mas vão todas para os protagonistas da transgressão. Desde logo, a fraude encobre o acto de usurpação do poder, iludindo a questão da legitimidade com a legalidade; por outro lado, torna a transição discreta, precavendo o envolvimento das massas populares e a reacção da opinião pública. Porém, ao contrário de Liet-Veaux, Burdeau considera que esse é um preço demasiado elevado. “Certamente, evita-se a agitação revolucionária temida por Esmein, mas poderá dizer-se que há proveito para a ciência jurídica absolver semelhante hipocrisia? Nós pensamos que não e é por isso que condenamos a teoria da independência e da liberdade total do poder de revisão que conduz a torná-la possível”².

É nesta linha de pensamento, aqui esboçada com um traço que vai de Schmitt a Burdeau, que Georges Kaminis constrói a precompreensão com que analisa as transições constitucionais para a democracia, designadamente a grega e a espanhola. O governo de Caramanlis prestou juramento de obediência à Constituição da ditadura e acabou por destruí-la a coberto de procedimentos legalmente aceitáveis. Em Espanha, uma reforma política levada a cabo pelo método da dupla revisão, irrepreensível do ponto de vista formal, transgrediu descaradamente os limites materiais fixados pelos Princípios do Movimento Nacional, que vigoravam como constituição. Houve fraude à constituição, *fraus legis*, porque houve encobrimento do propósito de destruir a constituição mediante processos nela previstos para lhe dar continuidade. Podendo, nos casos da transição para a democracia, o fim parecer legítimo, a absolvição do meio, vindo legitimar *a posteriori* as revoluções comunitárias, também justificaria por antecipação outros processos de regressão a formas de governo totalitárias. É nesta perspectiva que Kaminis se envolve na denúncia da fraude: é que, “precisamente no contexto de um regime democrático, a autonomia total do órgão de revisão constitui

¹ Idem, *ibidem*, 264.

² Idem, *ibidem*, 267.

uma ameaça permanente para a soberania popular que pode ver-se achincalhada «legalmente»¹.

Continuando a explorar o filão dos limites postos à revisibilidade de normas nas quais se julga assentar a singularidade de uma constituição, Franco Modugno destaca o que ele considera serem *limites de regime*: um conjunto de princípios e valores de tal modo estruturantes do ordenamento que, se algum desses princípios e valores fosse mudado, já o ordenamento deixaria de ser o mesmo para se transformar num outro totalmente diferente². Estamos, pois, perante o núcleo duro da identidade constitucional do regime, aquilo que, no plano ideológico, lhe define a *essência política* e, no plano da organização, lhe prescreve as *estruturas fundamentais* correspondentes. Tal núcleo de princípios e valores representa, dito em termos schmittianos, a “decisão total e unitária sobre a espécie e forma de governo do Estado”, ou, evocando Mortati, “o fim político fundamental” sustentado e actuado pelas forças sociais dominantes. Seja como for, trata-se do fundamento legitimador da constituição, uma “entidade pré-jurídica, subjacente à constituição positiva, ou seja, às leis constitucionais, e, como tal, absolutamente imodificável com instrumentos jurídicos e legais”³.

A imunidade daquilo a que Liet-Veaux chamava o “espírito” da constituição tem por razão de ser a superioridade do poder constituinte sobre todos os órgãos de origem constitucional, incluindo, portanto, o próprio poder de revisão. E, assim, por mais permissiva que possa ser a cláusula da revisão, sempre existirá – assevera Modugno – um “resíduo” de imodificabilidade na constituição, que representa a parte não delegável do poder constituinte, ou seja, aquilo que este *não pode* (limites lógicos) ou entendeu não transferir (limites positivos, limites expressos) para o poder (*constituído*) de revisão. Por conseguinte, no quadro da legalidade constitucional, uma constituição pode ser modificada, mas nunca totalmente substituída: “o poder de revisão – enquanto poder constituído – não pode pôr-se em contradição com aquela parte da constituição que o autoriza (...) sem perder o fundamento da sua própria legitimação”⁴.

¹ GEORGES KAMINIS, *La transition constitutionnelle en Grèce et en Espagne*, ed. cit., 266.

² FRANCO MODUGNO, “Il problema dei limiti alla revisione costituzionale”, *Giurisprudenza Costituzionale*, Anno XXXVII, 1992, Marzo-Aprile, 1659.

³ FRANCO MODUGNO, *ibidem*, 1659.

⁴ *Idem*, *ibidem*, 1660.

Finalmente, ainda no mesmo quadro de referências, Olivier Beaud impugna o “raciocínio juridicamente pernicioso”¹ que conduz a classificar de *revolução legal* uma mudança de constituição que, sendo consumada através dos recursos formais da revisão, é, na realidade, um acto constituinte e, pela lógica das coisas, um acto necessariamente ilegal². Nem o artifício da dupla revisão (suprimir, na primeira, a cláusula irreformável e, na segunda, acrescentar a cláusula dantes proibida) torna mais velada a ilegalidade revolucionária. Em todos os casos, afirma, por seu turno, Pedro de Vega, os limites materiais à reforma de uma constituição são juridicamente incontornáveis. “O seu destino é o do próprio ordenamento concebido como totalidade e, por consequência, a sua única eliminação possível só pode vir determinada pela acção revolucionária ínsita na actuação do poder constituinte e não pelo funcionamento normal do poder de revisão”³. Olivier Beaud chega a sugerir que o reconhecimento da existência de limites materiais não carece sequer de argumentos técnicos porque é simplesmente uma questão de bom senso: como acreditar que o poder constituinte tenha não só admitido como ainda fornecido os meios legais para a destruição da sua própria obra? “Como se pode, pois, imaginar que os autores de uma constituição, que representa para eles a melhor forma de governo, tenham querido prever a sua desaparecimento de maneira legal?”⁴ A hipótese de uma mudança constitucional da constituição “é um *non sense*”⁵.

¹ *La puissance de l'État*, ed. cit., 372.

² A contradição lógica é também salientada por MURSWIEK: “A constituição é que funda a unidade da ordem jurídico-estatal concreta e (...), por consequência, a legalidade não é possível senão sobre o fundamento da constituição e em ligação subordinada com ela; a «ordem legal» é designada como ordem jurídica conforme à constituição, tirando a sua legalidade da constituição. A destruição da constituição é sempre, por conseguinte, a destruição da legalidade existente, e, portanto, a ab-rogação da constituição é uma contradição em si. O que se designa tradicionalmente por «revolução legal» não pode ser, com fundamento nesta pressuposição, senão ou aparentemente legal ou o contrário de uma revolução (...) A revolução é sempre um derrube da constituição que a constituição não permite. Ela é ilegal mesmo se ela se serve das formas do sistema legal. E inversamente, o que uma constituição permite, o que é legal no exacto sentido do termo, não pode ser ao mesmo tempo revolucionário” (citado por OLIVIER BEAUD, *La puissance de l'État*, ed. cit., 373).

³ *La reforma constitucional y la problemática del poder constituyente*, Tecnos, Madrid, 1988, 267. Noutro passo, escreve PEDRO de VEGA que “o que em nenhum caso resulta possível é legalizar a revolução. Os intentos de legalização da revolução ... traduzem-se sempre, do ponto de vista jurídico, no que a doutrina francesa chama operações de fraude à constituição e, do ponto de vista político, em puras usurpações ao povo do seu poder soberano” (ibidem, 239).

⁴ OLIVIER BEAUD, *La Puissance de l'État*, ed. cit., 341.

⁵ Idem, ibidem, 342.

d) Limites materiais supraconstitucionais

Até agora foi citada apenas a doutrina que sustenta a existência de limites materiais de revisão baseados no princípio da continuidade do regime político. No entanto, uma outra ordem de limitações tem igualmente sido ponto de discórdia entre constitucionalistas. A consolidação e universalização do Estado constitucional, por um lado, e as rearrumações políticas supranacionais, por outro, retiraram centralidade à questão dos limites por referência às intenções ou fins políticos do “grupo constituinte”. O que ultimamente tem ganho o centro dos debates é a hipótese de limites materiais transcendentais à historicidade do fenómeno político e aos quais o poder constituinte (eventualmente, mesmo nas suas aparições originárias) estaria vinculado. Salta, assim, para o terreno das confrontações doutrinárias a teoria da supraconstitucionalidade. Nela vai afirmada a existência de princípios e regras de “valor supraconstitucional” que, sendo reguladores da própria liberdade decisória do poder constituinte originário, não podem, logicamente, deixar de ser respeitados pelo órgão investido do poder de revisão¹. Desde logo, é incontornável a referência aos direitos humanos constitucionalmente positivados como direitos fundamentais. Estes direitos “deveriam ser logicamente colocados acima da Constituição, distinguindo-se dos outros pela sua «natureza intrínseca» porque são «vividos» pelo homem como sendo os «direitos dos direitos», escreve Serge Arné². Interiorizados pela constituição na forma de princípios e regras, os direitos fundamentais representam um “núcleo ineliminável” do paradigma do Estado constitucional de direito³.

¹ SERGE ARNÉ observa que a dimensão internacional de certas normas (sobre direitos fundamentais) garantidas pelo compromisso de países que as subscreveram, neutraliza o velho debate doutrinário entre o jusnaturalismo e o positivismo: é possível reconhecer-se a existência de normas supraconstitucionais sem ter que recorrer ao argumentário jusnaturalista (“Existe-t-il des normes supra-constitutionnelles? Contribution à l'étude des droits fondamentaux et de la constitutionnalité”, *Revue de droit public et de la science politique en France et à l'étranger*, 2, 1993, 462).

² “Existe-t-il des normes supra-constitutionnelles?...”, loc. cit., 469.

³ Os direitos fundamentais do homem, na sua múltipla expressão, constam obrigatoriamente de todas as constituições democráticas. Na constituição revolucionária portuguesa, pode ler-se logo no preâmbulo, que “A Assembleia Constituinte afirma a decisão do povo português ... de garantir os direitos fundamentais dos cidadãos”; e no artigo 2º: “A República Portuguesa é um Estado de direito democrático, baseado na soberania popular ... e na garantia de efectivação dos direitos e liberdades fundamentais ...”. O mesmo, logicamente, se verifica nas constituições emergentes das chamadas transições constitucionais. Assim, por exemplo, no artigo 1º, alínea 1, da Constituição espanhola de 1978, vem estipulado o seguinte: “Os direitos fundamentais da pessoa são invioláveis e impõem-se a todos os órgãos do Estado”. Pode pensar-se que o poder constituinte, ao obrigar os órgãos constituídos a respeitar os direitos fundamentais, se sentia ele próprio vinculado. Seja como for, estamos manifestamente no domínio das cláusulas de intangibilidade ou cláusulas pétreas, quer dizer, indisponíveis para qualquer acto de revisão. OLIVER BEAUD vê também aqui uma reafirmação da distinção entre poder constituinte e poderes públicos constituídos, incluindo nesta última categoria o próprio órgão de revisão. “Visto que são incapazes de se

Deve, no entanto, ser lembrado que a teoria da supraconstitucionalidade tem antecedentes doutrinários que remontam a Duguit e a Hauriou. O primeiro destes autores, opondo-se ao positivismo estrito de Esmein, segundo o qual as declarações dos direitos eram enunciados teóricos feitos sem valor legislativo positivo, sustenta que, longe de serem meras declarações de princípios atribuíveis a um legislador filósofo, são antes “verdadeiras leis positivas que obrigam não somente o legislador ordinário, mas mesmo o legislador constituinte”¹. E isso é assim ainda que a constituição não o diga expressamente, como acontece com a Constituição de 1875 a qual, ao contrário das anteriores, não faz nenhuma menção aos direitos inscritos na Declaração de 1789. Eles existem aí implicitamente e coagem absolutamente: são *limites implícitos absolutos*. Assim, se acaso uma assembleia nacional, formada nas condições do artigo 8º, aprovasse uma lei de revisão danosa dos direitos do homem e do cidadão, estaria a efectuar um acto juridicamente nulo. É que tais direitos e, portanto, o texto que os enuncia – a Declaração de 1789 – são o fundamento último de todo o direito positivo, incluindo o constitucional. Observa Duguit que, no sistema jurídico que procede da revolução de 1789, existem três categorias de leis que se discriminam hierarquicamente: as Declarações dos direitos, as leis constitucionais e as leis ordinárias. “O legislador constituinte está sujeito às Declarações e o legislador ordinário ao legislador constituinte”².

Também Hauriou vê nas Declarações a expressão de uma consciência histórica de direitos cuja enunciação no acto fundador do Estado moderno esgota praticamente o papel do poder constituinte, fornecendo um referente de valor jurídico e um princípio de continuidade política. Minimizando as inquietações de Renan segundo o qual a continuidade do Estado estaria dependente de um incerto “plebiscito quotidiano”, sempre sujeito a um violento *não*, Hauriou mostra-se convencido de que o instinto de conservação das sociedades fará do direito, incluindo o constitucional, um meio cada vez mais eficaz ao serviço da estabilidade. “Todos os países estão orientados para o sistema das revisões limitadas... com vista a afastar o perigo das novidades... Em suma, por meios processuais, a nocividade do poder constituinte tem sido reduzida ao *minimum*, podendo quase dizer-se que uma revisão da constituição não é hoje senão um

transformarem em poder constituinte, os poderes públicos não podem abolir ou ab-rogar a existência dos direitos do homem que, nos regimes modernos, formam (...) um dos núcleos da constituição. Estes direitos constituem uma proibição dirigida a todos os poderes públicos no sentido de porem em causa a sua existência” (*La Puissance de l'État*, ed. cit., 368).

¹ DUGUIT, *Traité du Droit Constitutionnel*, T. II, Librairie Fontemoing & C^a Éditeurs, Paris, 1923, 13.

² Idem, *ibidem*, 13-14.

meio de evitar uma revolução...”¹. Por outro lado, o direito, reconhecendo que a continuidade das instituições da vida privada é mais importante que a das formas políticas, “edifica por cima da própria constituição e do poder constituinte a legitimidade dos grandes princípios individualistas de ordem e justiça que têm feito a civilização”². No fundo, também, Hauriou distingue duas constituições, uma superior à outra, a primeira fundamento de legitimidade da segunda, e por isso imune às operações da revisão constitucional. Encontramos, assim, neste autor, uma *constituição social* concernente às liberdades individuais e democráticas que foram tendo expressão nas sucessivas Declarações de Direitos (“A declaração dos direitos é o texto constitucional da constituição social”³); e uma *constituição política* que é o estatuto jurídico do Estado e que é instrumental em relação àquela. Hauriou preconizava para França o controlo jurisdicional da constitucionalidade das leis, à semelhança do que sucedia nos Estados Unidos da América onde os juízes iam buscar “uma espécie de legitimidade supraconstitucional” aos direitos da sociedade privada. “Não haverá nenhuma segurança para a nossa constituição social enquanto não tivermos conquistado essa garantia”⁴.

A conquista acabou por ocorrer pela força das circunstâncias. Finda a Segunda Grande Guerra, o controlo da constitucionalidade (agora na versão austríaca) atravessou com sucesso o Atlântico, “como se os Americanos tivessem conseguido persuadir o mundo ocidental de que não era de modo nenhum possível proteger a democracia sem que um tal controlo fosse efectivamente instaurado (...) Mas, mais ainda, no caso da República Federal Alemã, este sistema foi acompanhado do estabelecimento de uma verdadeira limitação material do poder de revisão (através do célebre artigo 79, alínea 3), autêntico núcleo duro de uma supraconstitucionalidade finalmente «positivada»”⁵. No seguimento disso, o Tribunal Constitucional Federal

¹ MAURICE HAURIOU, *Précis de droit constitutionnel*, ed. cit., 254-255.

² Idem, *ibidem*, 255 (sublinhado por HAURIOU).

³ *Ibidem*, 625.

⁴ *Ibidem*, 611 e 612.

⁵ CLAUDE KLEIN não deixa de se interrogar sobre a (pelo menos aparente) contradição que consiste em considerar supraconstitucionais normas postas na constituição: “Pode falar-se ainda de supraconstitucionalidade quando os princípios aos quais se faz referência estão directamente incluídos na Constituição? De facto, os autores que tratam destas questões são levados a distinguir entre os diferentes tipos de «limitações materiais» ao poder de revisão. Assim, Marie-François Rigaux [na esteira W. JELLINEK] distingue entre os limites materiais inscritos na constituição e os que seriam deduzidos de uma interpretação doutrinária. A estes limites qualificados de «autónomos» opõem-se os qualificados de «heterónomos», i.e., os que resultam de uma ordem normativa diferente da do Estado (por exemplo, o direito internacional). Parece, pois, que a supraconstitucionalidade visa duas noções bem diferentes: uma que, de facto, está dentro da própria constituição, a segunda que lhe é completamente exterior. Pode-se

considerou mesmo que tinha competência para controlar a constitucionalidade das leis constitucionais, o que fez criar, na doutrina, a logicamente chocante expressão de *normas constitucionais inconstitucionais*¹. A justiça constitucional começou a expandir-se gradualmente por toda a Europa, passando o trabalho dos juristas, em muitos casos, a deslocar-se para a glosa dos acórdãos dos tribunais constitucionais, ao ponto mesmo de se cair naquilo a que Gomes Canotilho chamou *positivismo jurisprudencial*².

Em França, como se sabe, a tradição da onnipotência do poder constituinte, extensiva ao poder de revisão pela identidade deste com aquele, não era consentânea com o controlo da constitucionalidade por um outro órgão que, necessariamente, estaria subordinado à constituição. Assim, a questão da vinculação do poder constituinte, durante muito tempo, foi de natureza meramente especulativa. Por um lado, a hipótese de uma fonte supraconstitucional de legitimação era fundamentalmente de matriz jusnaturalista; por outro, prevaleciam os pressupostos ideológicos que informaram a revolução francesa, designadamente, o princípio da separação de poderes com supremacia do legislativo e subestimação do judicial, a ideia da bondade ingénita da lei baseada no princípio da maioria (expressão da vontade geral), o que a tornava

perguntar se não é preferível renunciar completamente ao vocábulo – pelo menos no que concerne à primeira acepção – para nos limitarmos ao problema da limitação ao exercício do poder de revisão. Pode-se então falar de supraconstitucionalidade unicamente a propósito dos princípios exteriores à constituição” (*Théorie et pratique du pouvoir constituant*, edi. cit, 162-163).

¹ Cf. OTTO BACHOF, *Normas constitucionais inconstitucionais*, Atlântida Editora, Coimbra, 1977. A inconstitucionalidade das normas constitucionais supõe a existência de um direito supralegal como critério superior de validade de todo o direito positivo, incluindo o constitucional. Para BACHOF, a constituição é mais do que a constituição escrita. Esta é apenas a constituição em sentido formal; para além dela existe ainda a constituição em sentido material, concebida no pólo oposto ao conceito sociológico de MORTATI, ou seja, não como expressão de forças políticas, mas como expressão de uma ordem objectiva de valores. “A distinção entre Constituição em sentido formal e em sentido material conduz a que igualmente se distinga entre a inconstitucionalidade de normas jurídicas resultante da infracção da Constituição escrita (formal) e a resultante da infracção do direito constitucional material não escrito” (ibidem, 48). Uma vez admitida a pré e suprapositividade de valores fundamentais, o Tribunal Constitucional considera-se competente para o controlo da constitucionalidade de todo o direito positivo, sem excluir o constitucional. Neste quadro, declara BACHOF que não teria “nenhuma dúvida em considerar todo o direito alemão, inclusive as normas constitucionais formais, como susceptível de controlo sob o ponto de vista da sua compatibilidade com a «Constituição» no mais amplo sentido, incluindo mesmo o direito supralegal não escrito («não positivado»), direito supralegal, porque indivisível, *nessa medida também* pressuposto” (ibidem, 73, sublinhado por ele).

² “O controlo da constitucionalidade representou a alavanca de Arquimedes para transformar o direito constitucional num sistema de *normas perfeitas* dotadas de coactividade e de sanção. Teve o mérito de assegurar força normativa à constituição. Não se evitou um encapuçado neopositivismo: o *positivismo jurisprudencial*. A constituição é o que os juízes dizem a partir da interpretação das normas” (J. J. GOMES CANOTILHO, *Direito Constitucional e teoria da constituição*, 5ª edição, Almedina, Coimbra, 2002, 1328. Cf. Também *Entrevista* al professor JOSÉ JOAQUIM GOMES CANOTILHO por ELOY GARCÍA, *Anuario de Derecho Constitucional y Parlamentario*, Universidad de Múrcia, 1998, nº 10, 43-44).

impassível de avaliação por outro órgão que não o próprio legislador, e, por fim, a constituição concebida como mero instrumento de organização e racionalização dos poderes e não como uma fonte de direito propriamente dita. Por tudo isso, a França não criou um guardião da constituição¹.

A esta persistência da ideologia revolucionária, acresce o preconceito contra o carácter “puramente político” do Conselho Constitucional criado pela Constituição da V República. Segundo as palavras de Luchaire, um dos autores do projecto constitucional, “o objectivo dos constituintes de 1958 não era, de modo nenhum, estabelecer um controlo geral da constitucionalidade dos actos dos poderes públicos; nem era garantir os direitos e liberdades dos cidadãos: a criação do Conselho Constitucional explica-se pelo espírito geral da Constituição de 1958; esta propunha-se reforçar o Executivo em detrimento do Parlamento...; era necessário portanto instituir um mecanismo particularmente eficaz para obrigar o Parlamento a permanecer no quadro das suas atribuições”². Nestas condições, a fiscalização da constitucionalidade das leis só poderia agradar aos prosélitos do gaullismo. No que concerne à doutrina, era natural que, como observa Pierre Bon, grande parte dos autores sentisse que era inútil ler e comentar decisões do Conselho Constitucional, já que, emanando elas de um órgão politicamente *engagé*, não mereciam ser objecto de exegese jurídica³.

Entretanto, *os tempos mudaram*⁴. A mudança decisiva, ou, como é dito por alguns, a “revolução” (Werner chama-lhe “golpe de Estado”⁵) verificou-se com a decisão tomada pelo Conselho Constitucional em 16 de Julho de 1971. A partir dela, o Preâmbulo da Constituição de 1958, com a sua expressa referência aos direitos

¹ “O controlo da constitucionalidade das leis é, sabe-se, ausente na tradição. Pode mesmo dizer-se que, pelo menos à partida, há uma franca hostilidade a respeito da técnica” (PIERRE BON, “La légitimité du Conseil Constitutionnel Français”, *Legitimidade e legitimação da justiça constitucional*, Coimbra Editora, Coimbra, 1995, 140). Nem a simples discussão era pacífica: “O que é correntemente debatido na Alemanha, Áustria, Espanha ou Portugal é um assunto tabu em França” (L. FAVOREU e LOÏC PHILIP, citados C. KLEIN, *Théorie et pratique du pouvoir constituant*, ed. cit, 164).

² LUCHAIRE, *Le Conseil Constitutionnel*, Economica, 1980, p. 19, citado por PIERRE BON, loc. cit., 143.

³ P. BON, *ibidem*, 146.

⁴ FAVOREU assinala que os tempos mudaram, querendo com isso dizer que os problemas práticos da actualidade já não se compadecem com o carácter abstracto das especulações. “Quando Duguit ou Hauriou afirmavam a supraconstitucionalidade da Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão – comportando-se, aliás, muito mais como jusnaturalistas do que como juspositivistas – não existia justiça constitucional, as revisões constitucionais eram extremamente raras (nomeadamente em França) e as normas supranacionais de tipo comunitário, não tinham ainda sido inventadas (...) Só muito dificilmente, pois, eles poderiam imaginar ou prefigurar a problemática da supraconstitucionalidade tal como ela hoje se tem desenvolvido no quadro do direito constitucional comparado europeu” (LOUIS FAVOREU, “Souveraineté et supraconstitucionalité”, *Pouvoirs*, 67, ed. cit., 72).

⁵ ALAIN WERNER, “Le Conseil constitutionnel et l’appropriation du pouvoir constituant”, *Pouvoirs*, ed. cit., 121.

fundamentais e aos princípios da soberania nacional, passou a integrar o bloco da constitucionalidade e a ser critério de validade das leis¹. Até aí, e à semelhança do que acontecia com o Comité Constitucional da IV República, o preâmbulo estava sonegado à competência do Conselho Constitucional que se limitava a garantir que as deliberações do órgão legislativo não contradiziam nenhum dos artigos da constituição. Alargando-se o âmbito da constitucionalidade sob protecção jurisdicional (observa Rivero que a constituição, por efeito de uma única decisão, “dobrou de volume”²), aumentou com isso também, necessariamente, a intervenção fiscalizadora dos conselheiros. Por outro lado, e em virtude de irem crescendo as exigências de rigor técnico, o Conselho Constitucional passou a ter uma composição mais judicial e menos política, o que veio dar maior credibilidade à sua obra jurisprudencial.

Esta “revolução” francesa veio ao encontro de uma tendência emergente do pós-guerra para reconverter o Estado de direito legalista do século XIX em Estado de direito constitucional³ (Serge Arné diz que melhor seria falar em Estado supraconstitucional, porque o constituinte, qualquer que ele seja, mesmo o originário, não está ao abrigo de restrições postas a montante da constituição⁴). E veio dar razão à

¹ Eis o preâmbulo da Constituição de 1958: “O povo francês proclama solenemente a sua vinculação aos Direitos do Homem e aos princípios da soberania nacional tal como foram definidos pela Declaração de 1789, confirmada e completada pelo preâmbulo da Constituição de 1946”.

² Citado por ALAIN WERNER, *ibidem*, 121.

³ A defesa do Estado constitucional contra o Estado de direito baseado no positivismo é o denominador comum dos autores que convergem para a corrente neoconstitucionalista. “Ainda que...o termo «neoconstitucionalismo» não possua um significado unívoco e dele possam fazer-se diversas leituras, com tal termo quero indicar a perspectiva jusfilosófica no âmbito da qual podem estar compreendidas as obras de Ronald Dworkin, de Carlos S. Nino, de Gustavo Zagrebelsky e de Robert Alexy (para citar casos muito conhecidos e paradigmáticos). Assim identificado, o neoconstitucionalismo parece-me que se presta sobretudo a uma leitura estritamente anti-juspositivista (ou jusnaturalista)” (SUSANNA POZOLO, “Un constitucionalismo ambíguo”, in MIGUEL CARBONELL (ed.), *Neoconstitucionalismo(s)*, Editorial Trotta, Madrid, 2003, 189).

⁴ SERGE ARNÉ, “Existe-t-il des normes supra-constitutionnelles? Contribution à l'étude des droits fondamentaux et de la constitutionnalité”, *Revue de droit public et de la science politique en France et à l'étranger*, 2, 1993, 462. Esta fonte de vinculação do poder constituinte não remete necessariamente para uma concepção jusnaturalista de um direito suprapositivo. Os neoconstitucionalistas, autores que, contra o positivismo, se recusam a dissociar o direito da moral, colocam-se numa posição intermédia entre o positivismo e o jusnaturalismo. ALEXY, por exemplo, designa os autores que, como ele, defendem a *tese da vinculação* simplesmente como *não positivistas*: “Todas as teorias positivistas sustentam a *tese da separação*. Segundo esta, o conceito de direito deve ser definido de forma tal que não inclua nenhum elemento moral (...). Em contrapartida, todas as teorias não positivistas sustentam a *tese da vinculação*. Segundo esta, o conceito de direito deve ser definido de maneira tal que contenha elementos morais” (ROBERT ALEXY, *El concepto y la validez del derecho*, Gedisa Editorial, Barcelona, 1997, 13-14). Deve, no entanto, dizer-se que as posições não são necessariamente irreduzíveis: “Inclusive juspositivistas como Hart acabaram por aceitar ao menos parte das críticas de Dworkin, aderindo ao que agora se conhece correntemente como juspositivismo débil ou inclusivo (*soft* ou *inclusive positivism*), posição que encontrou um êxito incomparavelmente superior à posição contrária, o *hard* ou *exclusive positivism* defendido por Joseph Raz (...): a moral, apesar de ser diferente ou distinguível face ao Direito positivo poderia ser contingentemente incluída; o Direito positivo poderia remeter para valores morais, como

doutrina de Duguit e Hauriou, ferindo – *a posteriori* – de inconstitucionalidade os processos de revisão que transformaram democracias em regimes totalitários porque, em todos esses casos, o legislador constituinte infringiu normas supraconstitucionais implícitas na respectiva constituição.

Segundo Louis Favoreu, o controlo da constitucionalidade das leis de revisão foi-se tornando premente em consequência de novas práticas do direito público que, entretanto, se banalizaram. Em primeiro lugar, banalizou-se a revisão constitucional. A tradição francesa, ao contrário do verificado noutros países da Europa, não se inclinava muito para esta instituição (“de que se falava sempre, mas da qual não se servia nunca”). Talvez por ser este um assunto que relevava mais da teoria do que prática, não se distinguia o poder de revisão do poder constituinte, pelo que também ele era concebido como detentor de uma soberania sem limites. “As coisas vão, certamente, mudar a partir do momento em que a revisão constitucional perde o seu carácter algo mítico para entrar num universo muito mais concreto, que é o do processo de voto das leis constitucionais, do seu conteúdo e do seu eventual controlo”¹. Isso vai a par da instituição do juiz constitucional que, em muitos países, para além da prática já banal do controlo da constitucionalidade das leis ordinárias, estende esse seu papel de guardião da constituição às próprias leis constitucionais. “E isto decorre da ideia cada vez mais admitida, e também ela banalizada, de uma hierarquia entre as normas constitucionais, algumas dentre elas constituindo um núcleo intangível que não pode ser atacado mesmo por leis votadas na forma constitucional”².

Há também que assinalar os limites supraconstitucionais que decorrem de uma ordem normativa exterior ao Estado, como é o caso do direito internacional. M. F. Rigaux qualifica-os de “heterónomos” por oposição aos que radicam na constituição ou que dela são deduzidos pelo exercício exegético da doutrina e da jurisprudência. Quer dizer que não podem ser criadas ou modificadas normas constitucionais em contradição com obrigações procedentes de convenções ou tratados internacionais (por exemplo, a Convenção Europeia dos Direitos do Homem ou o Tratado da União Europeia)³. Em

mostra de forma paradigmática a Constituição dos Estados Unidos” (MAURO BARBERIS, “Neoconstitucionalismo, democracia e imperialismo de la moral”, *Neoconstitucionalismo(s)*, ed. cit., 263).

¹ “Souveraineté et supraconstitucionalité”, loc. cit., 73.

² Idem, ibidem, 73.

³ O controlo da constitucionalidade de normas constitucionais com base em normas supranacionais não é, como lembra LOUIS FAVOREU uma mera hipótese académica. “Com efeito, recentemente [1992], o Tribunal dos direitos do homem pôs indirectamente, mas firmemente, em causa as disposições da

todos os compromissos daí resultantes é aplicável a regra universal que é costume exprimir por meio da fórmula latina *pacta sunt servanda*: “Uma hipotética norma constitucional que dissesse que o Estado em causa não está em absoluto vinculado pelos tratados internacionais seria, sem dúvida, contrária ao direito internacional geral. E o mesmo ocorreria com uma hipotética norma constitucional que declarasse desvinculado o Estado do próprio direito internacional em geral ou de algumas das suas normas”¹.

Sob um ângulo diverso, dir-se-á que disposições procedentes de uma ordem normativa exterior que entrem em colisão com certo tipo de regras ou princípios da constituição (“cláusulas de intangibilidade”) não podem vir a fazer parte dela em resultado de uma revisão constitucional. E assim se enuncia outro limite material ao poder de revisão, desta vez um limite supraconstitucional “autónomo”.

Ora, foi precisamente a possibilidade de uma tal colisão que esteve no centro do debate que estalou em França a propósito do Tratado da União Europeia, subscrito por doze países no ano de 1992, em Maastricht. O Conselho Constitucional emitiu uma decisão segundo a qual os compromissos assumidos naquele Tratado não só colidiam com alguns artigos da constituição como, além disso, punham até em causa a soberania nacional. A solução encontrada para superar esta dificuldade foi expedita: bastava que o órgão de revisão decidisse incluir as disposições feridas de inconstitucionalidade na própria constituição², o que foi feito pela lei constitucional de revisão de 25 de Junho de 1992. Logo de seguida, o Conselho Constitucional foi convocado por um grupo de parlamentares a pronunciar-se sobre a legitimidade da

Constituição irlandesa relativas à proibição do aborto, apoiando-se na Convenção europeia dos direitos do homem” (“Souveraineté et supraconstitutionalité”, loc. cit., 77).

¹ LUÍS MARIA DIÉZ-PICAZO “Limites internacionales al poder constituyente”, *Revista Española de Derecho Constitucional*, 76, Año 26, Enero/Abril, 2006, 15. Este autor não deixa de colocar a questão da eficácia dos limites internacionais ao poder constituinte. “Tudo dependerá das sanções previstas para o incumprimento. No âmbito regional europeu, de facto, o nível de efectividade é razoavelmente alto. O art. 8 do Estatuto do Conselho da Europa prevê a suspensão e, sendo o caso, a expulsão do Estado que infrinja gravemente os princípios do império do direito e do respeito pelos direitos humanos inspiradores da organização” (ibidem, 26). A inconstitucionalidade de normas produzidas em conflito com o direito internacional pode ser declarada no âmbito do controlo interno. “A declaração de inconstitucionalidade de normas constitucionais... não é uma impossibilidade lógica” (ibidem, 27).

² O Conselho Constitucional teria a função de agulheiro. Se a lei está em conflito com a constituição, ele indica a via a seguir: a revisão da constituição. Ou seja, a constituição passa a submeter-se à vontade política do legislador. “A hipocrisia jurídica fundamental parece-nos tão patente como a célebre homenagem do vício à virtude.... A superioridade constitucional é doravante marcada com o selo da intimidação feita à autoridade encarregada da revisão que terá de proceder a esta de modo a conservar intacta a ficção daquela superioridade” (CLAUDE KLEIN, *Théorie et pratique du pouvoir constituant*, edi. cit, 171).

revisão¹. Da resposta consta o passo seguinte: “Considerando que, sob reserva, por um lado, das limitações (...) que resultam dos artigos 7, 16 e 89 do texto constitucional e, por outro, do respeito pelas prescrições da quinta alínea do artigo 89 em virtude das quais ‘a forma republicana do governo não pode ser objecto de revisão’, o poder constituinte é soberano; que lhe é permitido ab-rogar, modificar ou completar disposições de valor constitucional na forma que ele julgue apropriada; que assim nada se opõe a que ele introduza no texto da Constituição disposições novas...”².

Os constitucionalistas mais relutantes em admitir a tradicional atribuição de poder constituinte ao órgão de revisão, imediatamente salientaram a flagrante contradição existente entre o qualificativo de soberano e a interdição de mudar a forma republicana do governo, o que faz desta disposição uma norma supraconstitucional³. E, nesta lógica, já o órgão de revisão não é soberano. “O facto de impor limites materiais ao poder de revisão é uma negação da soberania que o juiz quererá reconhecer-lhe, pois sabe-se que uma soberania limitada (ou não absoluta) ou heterolimitada não é uma soberania, mas uma pseudo-soberania. O vocabulário utilizado pelo juiz é enganador: a lei constitucional de revisão não exprime nem um «poder constituinte» nem um poder «soberano», mas antes um poder constituído, o poder de revisão que é um poder não soberano”⁴. E não o sendo, não pode autorizar a ratificação de um tratado internacional que manifestamente colide com o princípio da soberania constituinte do povo. Se o poder de revisão, ultrapassando a sua condição de poder constituído, autoriza a ratificação de um Tratado pelo qual competências conaturais à soberania do Estado irão ser transferidas para uma organização supranacional, ele está, nessa circunstância, a deliberar na condição disfarçada de poder constituinte. O resultado é que a constituição se transforma noutra: um Estado-nação, inteiramente soberano, cede lugar a um outro

¹ “Pela primeira vez, e quase involuntariamente, o Conselho constitucional teve, pois, que verificar a constitucionalidade de uma lei constitucional” (OLIVIER BEAUD, *La puissance de l'État*, ed. cit., 472).

² Transcrito por C. KLEIN, *Théorie et pratique du pouvoir constituant*, ed. cit., 164.

³ O. BEAUD considera que existe uma hierarquia material entre as disposições da constituição. Desde logo, há umas que são reformáveis e outras que o não são, porque são reserva do poder constituinte. Recusa-se, no entanto, a admitir o conceito de supraconstitucionalidade pela conotação jusnaturalista que lhe anda associada. Para ele tudo o que releva da constituição é histórico e, portanto, modificável. Só que a modificabilidade dos princípios essenciais depende da vontade do poder constituinte: “nem a teoria das limitações materiais da constituição, nem a teoria da soberania têm nada de comum com uma concepção jusnaturalista do direito e da constituição. A soberania da nação e menos ainda a soberania do Estado não são princípios de direito natural. São produtos da história e da vontade humana e, enquanto tais, são contingentes... Por conseguinte, a soberania (na sua expressão constituinte que implica a limitação material da revisão constitucional) não é de modo nenhum um princípio transcendente e eterno como o poderia ser a ideia de justiça aos olhos de uma teoria jusnaturalista antiga. Ela é o fruto de uma decisão histórica determinada e de uma vontade que se perpetuou no decurso do tempo” (*La puissance de l'État*, ed. cit., 491).

⁴ Idem, *ibidem*, 474.

que aceita partilhar uma porção da sua soberania com mais Estados no seio da União Europeia. Novamente é caso para se falar de “fraude à constituição”.

É, pois, para contrariar o vício antidemocrático contido nesta falácia que se impõe uma discriminação inequívoca entre poder de revisão e poder constituinte, entre poderes constituídos e poder soberano. Na opinião de Pedro de Vega, deve reconhecer-se tal necessidade como um imperativo da própria lógica do Estado constitucional democrático¹. O objectivo é evitar confusões que permitam que o poder constituinte e soberano seja exercido, não pelo povo directamente, mas por órgãos constituídos para o representar dentro dos precisos limites da representação. É nesse sentido que Olivier Beaud questiona a competência do órgão que, por lei de revisão, abriu caminho para a cedência da soberania. “Se o Tratado de Maastricht vale materialmente como uma mudança de constituição, e não como uma simples modificação (revisão) da constituição, então apenas um acto do poder constituinte, e não um acto do poder de revisão, pode autorizar a sua ratificação”².

Rousseau também sentenciara a inalienabilidade da soberania. Olivier Beaud reconhece, contudo, que é preciso ceder à experiência da história e aceitar como válido um conceito evolutivo da soberania nacional. Quer dizer que ela não deve ser considerada um dogma intocável que se tornasse impeditivo da constituição da União Europeia. O que se deseja é evitar que as grandes decisões com efeitos redutores sobre a autonomia dos Estados nacionais possam ser tomadas com dispensa da participação directa e consciente do único titular da soberania. É por isso que, contra uma mudança *clandestina* de constituição, feita a pretexto da legitimidade constituinte do poder de revisão, Olivier Beaud sustenta “a necessidade de uma mudança *solene* de constituição, votada pelo povo na sua actividade constituinte de Soberano”³. Isso significa que, devendo o Tratado de Maastricht ser objecto de ratificação referendária (como, de facto, aconteceu – em França e noutros países europeus), é preciso que o acto seja assumido formalmente como referendo constituinte. Pois que o Soberano não é outro senão o povo, só por ele, em pessoa, pode o tratado ser legitimamente ratificado. “A sua

¹ Cf. *La reforma constitucional y la problemática del poder constituyente*, ed. cit., 221. Segundo este autor, essa lógica é muito simples: o ponto de partida é o princípio apodíctico da soberania popular; o povo é simultaneamente titular da soberania e do poder constituinte; aprovada a constituição pelo povo, todos os poderes do Estado passam a ser constituídos, ao passo que o poder constituinte desaparece para que a constituição se torne o centro de referência fundamental do sistema político; a constituição substitui o poder constituinte que se mantém em estado de letargia e silencioso e isto quer dizer que se estabelece uma autêntica soberania da Lei e do Direito (cf. *ibidem*, 222).

²² OLIVIER BEAUD, *La puissance de l'État*, ed. cit., 479-480.

³ *Ibidem*, 485.

ratificação deve tomar, em democracia, a forma de um referendo constituinte”¹. Enfim, o poder constituinte não se confunde com o poder de revisão nem pode por este ser representado senão para actos formal e materialmente definidos pela constituição em vigor.

3.5.2. Ausência de limites materiais suposta na teoria da “revolução legal”

a) Rejeição de limites materiais de regime

À teoria da “fraude à constituição” contrapõe-se a da “revolução legal”, também dita “revolução pelo e no direito”, ou seja, a teoria segundo a qual é possível mudar de uma constituição para outra – facto que define o fenómeno revolucionário – através de procedimentos de revisão regulados pela constituição ainda em vigor – facto que confere legalidade à revolução. Refira-se, a título de exemplo, que já Saint-Girons concebia a mudança constitucional efectuada pelo órgão de revisão como uma “revolução soberana em actividade legal”, legalidade (e legitimidade) que decorria do pressuposto de que aquele órgão “é onipotente”². Mas o argumento mais poderoso desta última teoria está, sem dúvida, na experiência bem sucedida de revoluções constitucionais que dispensaram a convocação do poder constituinte originário. No entanto, alguns autores, postulando o triunfo da democracia liberal-constitucional como chegada ao fim da história, onde deixa de haver lugar para conflitos de regime, consideram que as transições constitucionais legais configuram mais uma *evolução* do que uma *revolução*. E, exactamente por isso, repudiam como anacrónica e constitucionalmente bloqueadora a pretensão da existência na constituição de normas e princípios irreformáveis, pretensão essa que traz consigo o corolário da necessidade de estender às próprias leis de revisão o controlo jurisdicional da constitucionalidade.

Recordando o que atrás ficou dito, a posição doutrinária que atribui ao órgão de revisão o estatuto de poder constituído vê esse órgão sujeito a limites de uma dupla natureza: político-constitucionais (normas de regime) e filosófico-constitucionais

¹ Ibidem, 483.

² Citado por O. BEAUD, *La puissance de l'État*, ed. cit., 319-320.

(normas supraconstitucionais). Contra uns e outros, erguem-se várias objecções. Em relação à primeira ordem de limites, começaremos por referir o que pode ser designado por argumento da supremacia dos vivos sobre os mortos, com direitos de autor repartidos, como sabemos, por Jefferson, Condorcet e Paine. O argumento pode ser enunciado com as perguntas que Luis Prieto Sanchís¹ formula: com que legitimidade as gerações passadas podem impor às futuras as suas decisões? Que justificação há para que os obreiros de uma constituição feita há vinte ou duzentos anos limitem ou condicionem a liberdade de decisão dos constituintes do nosso tempo? Não significa isso a dar preferência ao mundo dos mortos sobre o mundo dos vivos?

Este argumento, com que a democracia procura defender-se da ditadura intergeracional, pode ainda desenvolver-se com outra versão. O poder constituinte, que é o povo, subsiste através das gerações que se vão sucedendo. As gerações vão mudando, mas o poder constituinte permanece sempre o mesmo. Poderíamos aqui aplicar a distinção que François Ost entre *povo actual* e *povo perpétuo*, o primeiro movendo-se na temporalidade empírica e o segundo na “temporalidade transcendente”². Gauchet, para quem Ost remete, fala em *povo jurídico*, ou seja, aquele que “perdura idêntico a si mesmo através da sucessão das gerações”³. Mas ambos os autores usam a dicotomia, não para reforçar a legitimidade da mudança (que, contudo, não recusam), mas antes para sublinhar a existência de algo que deve ser preservado: a “alma do regime”.

Aqui usa-se a imagem com sentido oposto. O que se pretende dizer é que o poder constituinte actual representa, no seu tempo, o poder constituinte perpétuo. Mas este torna-se sempre actual em cada nova geração. Por isso, quando, numa certa época, ele prescreve limites à mudança dos conteúdos de uma constituição, o que faz é prescrever limites a si mesmo. Obriga-se perante si mesmo a manter no futuro a mesma opinião. Mas já Hobbes o dissera: “aquele que não está obrigado senão em relação a si mesmo, na verdade, não está obrigado”⁴. É célebre a cena homérica de Ulisses acorrentado para resistir ao encantamento das sereias. J. Elster usou-a para ilustrar a situação de um poder constituinte vinculado a decisões tomadas no passado⁵. A

¹ LUIS PRIETO SANCHÍS, *Justicia constitucional y derechos fundamentales*, Editorial Trotta, Madrid, 2003, 140.

² FRANÇOIS OST, *O tempo do direito*, Instituto Piaget, Lisboa, 2001, 263-264.

³ MARCEL GAUCHET, *La Révolution des pouvoirs*, Gallimard, Paris, 1995, 45.

⁴ *Leviathan*, ed. cit., 283.

⁵ Atraído por esta leitura metafórica que ELSTER faz de *Ulisses e as sereias*, ELOY GARCÍA considera que o episódio homérico “bem poderia servir para compreender as amarras a que tem estado submetido o

analogia é interessante, mas ignora uma diferença fundamental: Ulisses pediu que outros o amarrassem ao mastro do navio de forma a ficar fisicamente impossibilitado de ceder ao seu desejo. Sozinho, ele não poderia desprender-se. O poder constituinte, pelo contrário, amarra-se a si mesmo com proibições que não o impedem de se libertar logo que as circunstâncias o façam mudar de opinião. O que vale por dizer que nenhuma cláusula constitucional é eficaz quando tem por destinatário o próprio poder constituinte. Prevalece o princípio de Rousseau segundo o qual “não existe no Estado nenhuma lei fundamental que não possa ser revogada, nem mesmo o pacto social”¹.

De resto, o próprio Jon Elster mudou de opinião, deixando de encarar as constituições como mecanismos de autovinculação do poder constituinte. “Influiu muito em mim o comentário crítico a *Ulyses and the Sirens* feito pelo meu amigo e mentor, o historiador norueguês Jens Arup Seip: «Em política, nunca tratamos de nos atar a nós mesmos, mas somente aos outros»”². No plano individual, Ulisses pode desejar que o impeçam de se render ao canto das sereias, de agir sob a ilusão de uma falsa liberdade, mas a receita não é aplicável ao poder constituinte. São os poderes constituídos quem fica atado pela constituição. “Usualmente, as constituições concebem-se de modo a que seja *difícil* modificar as suas disposições – em comparação com a legislação ordinária – mas não impossível. Ainda que algumas constituições contenham disposições imunes à emenda, nem sequer estas atam em sentido estrito, posto que sempre fica a possibilidade de uma acção extraconstitucional”³.

Podemos considerar a viragem de Elster como símbolo da cada vez mais forte tendência da doutrina constitucional para *desatar* o poder de revisão das amarras

constitucionalismo democrático europeu dos últimos cinquenta anos: solidamente atado à proa de certos dogmas – primazia da liberdade dos modernos sobre a liberdade dos antigos, representação através dos partidos, recondução a termos jurídicos dos problemas e litígios políticos – para não prestar ouvidos a uns cantos de sereia que o teriam levado para os recifes em que encalharam aquelas nações que depois da derrota militar do fascismo quedaram do outro lado do muro de Berlim, do lado do estalinismo. Por isso, salvando as contadas ocasiões em que uma crise particular atribuível a razões de índole específica, sacudiu algum dos países europeus – caso da França em 1958, ou mais recentemente a Bélgica –, a história do constitucionalismo democrático do velho continente tem sido uma história de continuidade no político, isto é, no substancial, e de mudança no jurídico, isto é, nas formas constitucionais. Por outras palavras: a mudança constitucional tem estado mais dirigida a resolver problemas de estrita técnica jurídica do que a afrontar novos desafios políticos ou ideológicos. E no último meio século de vida europeia a reforma constitucional definiu-se mais como tarefa do poder de revisão na sua condição de poder constituído do que função de um autêntico poder constituinte pletórico e repleto de vitalidade” (*El Estado constitucional ante su ‘momento maquiavélico’*, Cuadernos Civitas, Madrid, 2000, 61-62, nota 36).

¹ *Du contrat social*, III, XVIII.

² JON ELSTER, *Ulises desatado. Estudios sobre racionalidad, precompromiso y restricciones*, Gedisa Editorial, Barcelona, 2002, 11.

³ *Ibidem*, 117 (sublinhado por ele).

deixadas na constituição pelo poder constituinte originário. Se, como diz Claude Klein, a velha ideologia de Condorcet chegou a cair no esquecimento “como uma grande ‘vencida’ da história das ideias constitucionais e políticas”, o facto é que tudo parece indicar que, ao mesmo tempo que se foram consolidando as democracias pluralistas foi-se igualmente acentuando a ideia de que o poder de revisão é o sucedâneo jurídico do poder constituinte, considerando-se que este, na sua expressão estritamente política – não constitucional – está, ou tende a estar, historicamente “exaurido” (Dogliani). As transições democráticas do fim do século parecem ser a confirmação empírica de tal ideia. E se é verdade que, como diz Klein, sem dúvida a pensar em Walter Benjamin, são sempre os vencedores que fazem a história, então é de crer que, doravante, outra irá ser a história no que concerne à *teoria e prática do poder constituinte*.

Nesta ordem de ideias, introduzimos aqui, a partir de Vanossi, um novo argumento contra a imagem de um poder de revisão acorrentado e que é o da ineficácia ou inutilidade das cláusulas pétreas. Do ponto de vista deste autor, tais cláusulas, sejam elas implícitas – aduzidas do “espírito” da constituição – ou venham expressas no próprio texto, sempre serão inconsequentes: “a sua virtualidade jurídica reduz-se a zero”¹ logo que surja uma contradição insanável entre o que outrora foi decidido como prescrição irrevogável e a vontade actual do poder constituinte. Com efeito, a história constitucional mostra à saciedade que nunca a rigidez material da constituição impediu a violação ou a derrogação das normas proibitivas, ou ainda, quando as soluções moderadas se tornavam impossíveis, a substituição revolucionária de toda a constituição. Se o regime não assimila a mudança, então muda-se o próprio regime. Aqui colhe a chamada de atenção para o contra-senso que consiste em deixar caminho livre para o regresso do temível poder constituinte originário, o único a quem, afinal, se reconhece legitimidade para ajustar a constituição à realidade. De resto, é recorrente a advertência sobre o efeito contraproducente dos raciocínios empenhados na vinculação da reforma constitucional ao ideário do regime fixado pela constituição. Ela aparece, por exemplo, nas palavras seguintes de Carl Friedrich: “Qualquer que seja o valor último destas teorias e disposições, o caso é que com elas há mais probabilidade de que se originem revoluções violentas, já que limitam as oportunidades de que as mudanças ‘revolucionárias’ se produzam de um modo gradual”².

¹ VANOSSI, *Teoría constitucional*, I, ed. cit., 191.

² CARL J. FRIEDRICH, *Gobierno constitucional y democracia*, II, ed. cit., 296.

Também Grassò sublinha o carácter incongruente e absurdo das tentativas feitas para justificar a presumida existência de limites tácitos absolutos à reforma constitucional com a alegação de que o poder constituinte não se extingue com a organização estatal, subsistindo fora dela como poder inalienável e não constituído. É óbvio que nessas tentativas o que se exprime é o compromisso com o *establishment*. Defende-se que as mudanças mais significativas da constituição só podem ser efectuadas pelo poder constituinte fundador, mas isso precisamente para que o não sejam. “Uma tal metamorfose funcional da própria noção de poder constituinte, de causa de inovação radical a instrumento da conservação mais rígida, corresponde à evolução dialéctica dos movimentos revolucionários que, depois do sucesso, aspiram a tornar intangível o regime por eles imposto pela força”¹. A contradição é, para Grassò, demasiado evidente: não permitindo que as necessárias actualizações da ordem política se façam pelos meios legais da reforma constitucional, os defensores da constituição estão a expô-la aos ataques letais de forças subversivas que actuam, porque não têm alternativa, à revelia e contra a legalidade vigente. E isso significa que continua por resolver o problema da absorção da desordem revolucionária pela ordem normativa e institucional, deixando-se, pelo contrário, aberto o caminho inverso, ou seja, a dissolução da ordem jurídica pela anarquia que reina em todas as revoluções. “A incongruência apontada basta, portanto, para fazer ver como a teoria do poder constituinte originário é incapaz de oferecer resposta adequada a uma questão basilar do direito constitucional”².

Exactamente, para evitar que o processo político tenha que se colocar fora do direito é que é suposta a possibilidade de emendas constitucionais; não apenas para dar continuidade à mesma constituição, se for caso disso, mas para, de forma legal e se tal for desejável, a transformar noutra³. Desta forma, observa Carl Friedrich, o poder

¹ PIETRO GIUSEPPE GRASSÒ, “Potere costituente”, loc. cit., 661-662.

² Idem, *ibidem*, 662.

³ Nesse sentido há quem sublinhe que a constitucionalização do povo soberano (ou poder constituinte) é a própria condição (ou efeito) do Estado constitucional. “Trata-se, pois, de uma normatização da soberania, o que não é uma contradição porque não se trata – com a sua juridificação – de limitá-la, mas de garanti-la. É através da Constituição que se garante, mediante o Direito, o facto da soberania. E esta supõe exclusivamente uma limitação procedimental, o estabelecimento de certas regras sobre a formação da vontade soberana, mas não sobre o conteúdo dessa vontade, porque o soberano constitucionalizado tem a faculdade de mudar, radicalmente, em qualquer momento, não já a Constituição, mas de *Constituição*” (cf. CARLO DE CABO MARTÍN, *La Reforma constitucional en la perspectiva de las fuentes del derecho*, Editorial Trotta, Madrid, 2002, 34-35, que remete para M. ARAGÓN, *Constitución y democracia*, Tecnos, Madrid, 1989).

constituinte actuará “dentro das quatro esquinas da constituição”¹. É nesse sentido que, na opinião de Vanossi, se justifica que a própria constituição preveja a sua reforma *total*. “A negação da possibilidade de uma ‘reforma total’ da constituição por vias que ela mesma assinale é uma postura ideológica que os seus defensores transportam para o terreno jurídico com alguma variedade de argumentos que vão desde a suposta existência de conteúdos pétreos ou imutáveis até à igualmente suposta contradição lógica que implicaria a aceitação de modificar o próprio mecanismo de reforma (Ross)”². Só que isso equivale a empurrar o poder constituinte para fora da ordem constitucional, impondo-lhe o recurso à violência revolucionária como a única forma que teria de fazer vingar a sua vontade entretanto mudada. O que, à inutilidade das cláusulas de intangibilidade, faria acrescer o perigo de rupturas que destronam por completo a lei.

Também a favor da reformabilidade parcial ou total da constituição, é alegável o efeito do tempo, sem dúvida um dos argumentos mais convincentes. Não há nada que o tempo não torne obsoleto ou não extinga. E se a constituição deve estar de acordo com a realidade, uma vez que esta permanentemente muda, então também ela deve sofrer contínuas alterações³. Nesse sentido, Karl Loewenstein estende à constituição o princípio do devir da dialéctica de Heraclito, asseverando que também ela, como os seres vivos, está sujeita a uma transformação permanente: “Cada constituição integra, por assim dizer, tão-só o *status quo* existente no momento do seu nascimento e não pode prever o futuro; no melhor dos casos, quando esteja inteligentemente redigida, pode intentar ter em conta, desde o princípio, necessidades futuras por meio de regras dissuasórias e válvulas cuidadosamente colocadas, ainda que uma formulação demasiado elástica corre o risco de prejudicar a segurança jurídica... As constituições são organismos vivos, sempre em movimento como a própria vida e

¹ CARL J. FRIEDRICH, *Gobierno constitucional y democracia*, I, ed. cit., 281.

² VANOSSO, *Teoría constitucional*, I, ed. cit., 200.

³ J. J. GONZALEZ ENCINAR, em recensão crítica ao livro de PEDRO DE VEGA (*La reforma constitucional y la problemática del poder constituyente*), observa: “Entre os iluminados deste país abunda a opinião de que, tendo estado na origem do nosso texto constitucional um custoso fruto do consenso entre forças políticas com ideologias e interesses contrapostos, o mero facto de se aludir à sua reforma é uma prova da ignorância daquele difícil equilíbrio, ou uma prova de irresponsabilidade política, ou uma manobra dos inimigos da constituição” (“La constitución y su reforma”, *Revista Española de Derecho Constitucional*, Año 6, 17, 1986, 345). Reiterando uma afirmação de HELLER, ENCINAR escreve: “A constituição é uma forma aberta através da qual passa a vida, mas a vida não passa sem deixar o seu rastro na constituição”. E prossegue: “Quando na realidade sociopolítica normada por aquela se produzem transformações de uma certa intensidade, se a Constituição não muda na sua letra (reforma), muda no seu sentido (interpretação e aplicação) e se não muda nem na sua letra nem no seu sentido, muda na sua força normativa” (*La reforma constitucional y la problemática del poder constituyente*, ed. cit., 346).

estão submetidas à dinâmica da realidade que jamais pode ser captada através de fórmulas fixas. Uma constituição não é nunca idêntica a si mesma e está constantemente submetida ao *panta rhei* heraclítico de todo o vivente”¹.

Na perspectiva de Loewenstein, a constituição, no quadro de uma sociedade democrática e pluralista, é sempre produto do compromisso a que tenham chegado as forças sociais que, organizadas em partidos políticos, participaram no acto da criação constitucional. Ela exprime uma situação de equilíbrio que, necessariamente, se vai alterando no decurso não linear do processo político. Há, portanto, uma tensão permanente entre a *constituição real* e a *constituição legal*, entre a *facticidade* e a *normatividade*. Para que o desfasamento entre ambas não venha a atingir um ponto de ruptura, é necessário que a *constitutio scripta* faça uma conveniente adaptação às circunstâncias mutáveis da vida política, o que pode ser feito mediante dois mecanismos diferentes: a *reforma* e a *mutação constitucional*. A distinção foi estabelecida pela primeira vez por Paul Laband, em 1895, mas foi G. Jellinek quem deu ao assunto um tratamento mais sistemático precisamente na obra que, no ano de 1906, publicou com aqueles dois conceitos a servirem de título: *Verfassungsänderung und Verfassungswandlung*. A mutação constitucional é um mecanismo com muitos recursos para fazer frente ao movimento da esfera política e reaproximar o pólo normativo do empírico sem ser preciso modificar o texto da constituição². O mais comum de todos esses recursos consiste em conferir, mediante a interpretação, um sentido novo às normas constitucionais que mais depressa desgastam a sua força normativa no confronto com as mutações efectivas da realidade política.

Este é o ponto de vista defendido, entre outros, por Valerio Onida que contesta a teoria geneticamente italiana da *constituição material* pelo facto de tender a identificar o sistema constitucional com o regime estabelecido na base de um instável equilíbrio de forças dos partidos dominantes. Essa identificação debilita a legitimidade da constituição e transforma qualquer reavaliação das forças políticas numa crise constitucional³. Nestas condições, nenhuma alternativa à direcção política do Estado é concebida sem uma alteração profunda das normas constitucionais, o que obriga a cair na instrumentalização da reforma para fins partidários e na exacerbação da luta política. “Em vez de uma fisiológica alternativa, teríamos periódicas e traumáticas mudanças de

¹ *Teoría de la constitución*, ed. cit., 164.

² G. JELLINEK, *Reforma y mutación de la constitución*, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1991.

³ VALERIO ONIDA, “Editoriale”, *Quaderni Costituzionali*, Anno XIV, 3, Dicembre, 1994, 347 e ss.

regime”¹. Por outro lado, ainda no *humus* teórico da constituição material, os limites postos à reforma pelo princípio da rigidez constitucional só podem ser entendidos como meios de resistência do poder instalado, o que os torna alvo preferencial dos ataques da oposição. Perspectiva contrária será aquela que reconhece à constituição a sua *elasticidade*, assentando nesse atributo a possibilidade de subsumir nela outras alternativas políticas, outras experiências fundadas numa diferente interpretação e aplicação dos mesmos princípios. Só assim a constituição não terá que ser abandonada como um “vestido velho” logo que a realidade política tome outra configuração. “Em definitivo, à ideia da constituição como ‘regime’ (unívoco, rígido, auto-reprodutor, modificável só com uma revolução ou com um golpe) vai contraposta a ideia – bastante mais coerente com as premissas e os postulados do constitucionalismo democrático – da Constituição como ‘quadro’: por si idóneo para ser diversamente desenvolvido e preenchido e, conseqüentemente, para receber as instâncias de mudança e de alternativa, mas também para conter os desenvolvimentos entre os diques de princípios não disponíveis à vontade política do momento, ainda que prevalecente ou majoritária²”.

Porém, o recurso à interpretação como via para a mutação constitucional só funciona dentro de certos parâmetros de admissibilidade. É que, conforme observa Gomes Canotilho, “uma coisa é admitirem-se alterações no âmbito ou esfera da norma que ainda podem considerar-se susceptíveis de serem abrangidas pelo programa normativo (*Normprogramm*), e outra coisa é legitimarem-se alterações constitucionais que se traduzem na existência de uma *realidade constitucional inconstitucional*, ou seja, alterações manifestamente inoportáveis pelo programa da norma constitucional”³. Quando não é possível reforçar a capacidade funcional das normas sem trair os princípios fundamentais da constituição, deve então proceder-se a uma reforma literal dos preceitos em causa.

Em resumo, a mobilidade da vida pode não ter expressão directa no texto da constituição, isto é, pode não dar azo a uma reforma; terá, nesse caso, de se reflectir no seu espírito, no novo sentido que a interpretação e a aplicação passam a dar ao seu conteúdo. Porém, se não muda a letra nem o espírito, então a constituição deixa de produzir identidade, dissolvendo-se o *sentimento constitucional* que lhe dava eficácia.

¹ Idem, *ibidem*, 350.

² Idem, *ibidem*, 351.

³ J. J. GOMES CANOTILHO, *Direito Constitucional e teoria da constituição*, ed. cit., 1213.

Em tal hipótese, o que se anuncia é a sua mudança *forçada*, provavelmente violenta, em todo o caso ilegal. Por isso J. J. González Encinar considera que a possibilidade da reforma é, em potência, a defesa da constituição, ao passo que o medo dela representa um risco para a força normativa das normas constitucionais. Como a actualização da constituição é um imperativo permanente e irrecusável, iludir tal necessidade para afastar a hipótese da reforma equivale a trazer para o direito constitucional a tática da avestruz¹. Trata-se de não querer ver a inexorabilidade do devir da história e o anacronismo a que ele condena as circunstâncias conjunturais que, em cada caso, configuram o contexto de crise em que toda e qualquer constituição é gerada. Daí que, Carlo de Cabo Martín postule a necessidade de uma Reforma “depurativa” das Constituições quando o tempo constitucional tiver recuperado a sua normalidade histórica. “E deve-se ter em conta – acrescenta o mesmo autor – que esta ‘necessidade’ pode ser sentida não só a respeito da conteúdo da Constituições, mas do próprio procedimento da Reforma, obviamente também ele submetido à servidão do tempo que pode tornar obsoleto ou inadequado um procedimento previsto em função de circunstâncias que mudam ou se compreendem de outra maneira que no ‘tempo constituinte’ ...”².

b) Objecções ao “slogan” da supraconstitucionalidade.

Até aqui temos exposto argumentos contra limites materiais à função da revisão postos no plano positivo, a saber, limites textualmente expressos e limites implícitos, decorrendo estes últimos da própria lógica do sistema de normas constitucionais em que se sustenta positivamente o regime político. Resta agora reunir argumentos contra limites materiais que reclamam reconhecimento qualquer que seja o regime político em causa, contanto que nele haja a pretensão de legitimidade constitucional. Fica, portanto, para trás o tipo de limitação ao poder de revisão particularizado por Schmitt na sua *Teoria da constituição*. O que aí se defendia era, como sabemos, a intocabilidade das decisões fundamentais que dão existência a uma ordem constitucional concreta. Cada constituição, nessa *episteme*, teria a sua reserva

¹ J. J. GONZÁLEZ ENCINAR, “La constitución y su reforma”, loc. cit., 346.

² CARLO DE CABO MARTÍN, *La Reforma constitucional en la perspectiva de las fuentes del derecho*, ed. cit., 23.

própria de valores e princípios invioláveis e intransferíveis. Mudando de direcção, encontramos outros fundamentos, desta vez transversais a todas as constituições (democráticas), também invocados para limitar *ratione materiae* a liberdade de decisão do poder de revisão. Tais fundamentos reúnem-se sob “o nome, ou melhor, o slogan da supraconstitucionalidade”¹. Trata-se de um outro campo doutrinário que desafia os defensores da adaptabilidade sem restrições da constituição à evolução da realidade no duplo plano nacional e internacional.

Um argumento óbvio contra a aceitação de disposições superiores à constituição e, nesse estatuto, limitadoras da revisão constitucional, é o da impossibilidade de se evitar o subjectivismo das interpretações. A propósito disso, Jean-François Aubert faz referência a “regras misteriosas” que só seriam acessíveis mediante uma “hermenêutica divinatória”, inteiramente estranha à ciência do direito². E, no mesmo sentido, Vedel acrescenta que, para postular tal espécie de regras, seria preciso acreditar que, por cima da constituição e da jurisprudência constitucional, “paira uma misteriosa «supraconstitucionalidade» que arrebatada do direito natural a sua cómoda plasticidade e do direito positivo o seu poder de constrangimento”³. Noutra ocasião ainda, o mesmo publicista escreve que “os princípios supraconstitucionais são simplesmente as opiniões às quais aquele que fala não entende renunciar por preço algum”⁴. De resto, até um preceito tão pouco jusnaturalista como é a proibição da revisão da forma republicana do governo (art. 89, al. 5, da Constituição francesa de 1875) está sujeita a cair na incerteza das diferenças opinativas. É o que Michel Troper faz ver quando observa que “a expressão ‘forma republicana’... pode significar seja um regime sem monarquia hereditária, seja uma república indivisível, laica, democrática, social, etc.”⁵. É tudo uma questão de interpretação e esta é função da subjectividade do intérprete.

O que é insustentável para quem se situa deste lado do debate doutrinário é que a presunção da existência de normas supraconstitucionais tenha por efeito colocar o detentor do poder judicial acima do órgão juridicamente investido do poder

¹ OLIVIER BEAUD, *La puissance de l'État*, ed. cit., 348.

² Cit. por O. BEAUD., *ibidem*, 345.

³ GEORGES VEDEL, Schengen et Maastricht”, *Revue française de Droit Administratif*, 8 (2), Mars-Avril, 1992, 179. VEDEL é um jurista que se distingue neste combate – contra a *sacralização* da constituição – por somar a *pertinência* da argumentação à *pertinácia* com que reitera o mesmo ponto de vista desde que publicou o seu *Manuel élémentaire de droit constitutionnel*, em 1949.

⁴ Intervenção acolhida em *Colloque sur l'Europe*, citado por O. BEAUD, *La puissance de l'État*, ed. cit., 348.

⁵ Citado por CLAUDE KLEIN, *Théorie et pratique du pouvoir constituant*, ed. cit., 165.

constituente. “Neste caso – pergunta Vedel – não seria mais simples dizer que o juiz recebe o poder constituinte?”¹. A questão é semelhante à formulada por Hobbes: quem goze da prerrogativa de decidir sobre as boas e as más leis, esse será o verdadeiro soberano dentro do Estado. No contexto teórico dentro do qual Hobbes pensava, o legislador ordinário confundia-se com o constituinte: todas as leis dimanavam directamente da vontade do soberano. Por isso elas eram absolutamente válidas, pelo que não estavam sujeitas a juízos de validade por parte dos súbditos ou de qualquer outro órgão do Estado: a validade advinha-lhes unicamente da sua positividade.

Na tradição posterior das constituições escritas, o legislador constituinte e ordinário separam-se (no mínimo, conceptualmente²). A partir de então, o soberano deixa a sua vontade expressa nas normas da constituição às quais o legislador ordinário deve subordinar a sua produção legislativa. É nesse sentido, e somente nesse sentido, que as leis podem ser declaradas boas ou más, quer dizer, em conformidade ou não com a constituição. Numa autocompreensão positivista do direito, só as normas legais contam. E a fonte originária de todo o direito positivo é o legislador constituinte. Aos tribunais e, em última instância, ao Tribunal constitucional, compete fazer a verificação da validade constitucional das leis procedentes do órgão legislativo. O trabalho consiste em confrontar dois textos de direito positivo, tomando o constitucional como critério de validade do outro. Destas premissas facilmente se conclui que as normas constitucionais – e o mesmo se dirá, obviamente, da autoridade constituinte – não podem ser postas em causa por nenhuma autoridade constituída, designadamente o juiz constitucional. O conceito de normas jurídicas supraconstitucionais é logicamente indefensável. Se o juiz, porém, insistir em invocá-las para recusar eficácia a uma disposição constitucional, deverá então “explicar de que nebulosa recebeu ele a revelação das Tábuas da Lei”³.

A invocação de uma *legitimidade supraconstitucional* pretende reduzir a liberdade de decisão do poder constituinte originário. Contra a liberdade do poder de revisão é mais recorrente o argumento de que existe, nas normas constitucionais, uma hierarquia que se traduziria na rigidez de umas e na flexibilidade de outras. Vedel desconstrói esse argumento com uma interrogação irónica: “Parodiando a famosa *boutade* segundo a qual ‘todos os homens são iguais, mas alguns são mais iguais que

¹ “Souveraineté et supraconstitutionnalité”, *Pouvoirs*, ed. cit., 87.

² Já em SIEYÈS, como vimos, a função legislativa e a constituinte não se confundiam, mesmo se fossem exercidas pelo mesmo órgão.

³ GEORGES VEDEL, “Souveraineté et supraconstitutionnalité”, *Pouvoirs*, ed. cit., 80.

outros', não se poderia dizer que 'todas as regras escritas na constituição são constitucionais, mas algumas são-no mais que outras'?"¹. Sabemos que o argumento da rigidez material foi utilizado para prevenir mudanças de regime por meio da revisão constitucional. As normas que exprimem a decisão política fundamental do poder constituinte originário, essas estariam indisponíveis para o poder de revisão, considerado um poder constituído. Nessa perspectiva, elas produziriam o mesmo efeito que as normas supraconstitucionais.

Tendo sido ultrapassado o contexto histórico que justificaria o medo de um assalto à fórmula democrática da constituição nos países da Europa ocidental, a defesa da existência de limites materiais ao exercício da revisão constitucional nutre-se agora do medo de uma outra ameaça: o assalto à soberania nacional pelo movimento da integração europeia. Da soberania nacional pode dizer-se que é um princípio constitucional transcendental na medida em que, sem ele, não há constituição e, por conseguinte, não há Estado. Mas encará-lo como um princípio inalterável, como um dogma intocável, seria condenar o respectivo país a prescindir das previsíveis vantagens da sua inclusão na União Europeia. Ora, sendo sabido que esta União assenta na agregação de fracções de soberania cedidas pelos Estados-membros, é então necessário que se flexibilize o conceito de soberania nacional de modo a que ele possa ser despojado de alguns dos seus atributos sem que se destrua nisso a sua essência, ou seja, a identidade e a independência de uma nação politicamente constituída. De resto, a própria transcendentalidade do princípio só o é no plano lógico, porque, conforme O. Beaud observa, os Estados constituem-se na história e, como produtos históricos que são, assim como nascem, assim estão sujeitos a morrer. "A soberania do povo francês, inglês, alemão, etc., ou, melhor ainda, o Estado como forma de unidade política, podem desaparecer completamente do horizonte político e jurídico"². Nesta ordem de ideias, bem se pode dizer que a soberania nacional, no âmbito interno da constituição, não goza de nenhum privilégio especial. Está tão exposta a alterações ou derrogações como qualquer outra das regras ou princípios constitucionais.

E se assim é, nem mesmo ela está fora do alcance do poder de revisão. E isso porque, para a doutrina positivista, este poder não é de natureza inferior àquele que criou a constituição. "Ele não é derivado senão sob o aspecto orgânico e formal; ele é equivalente ao poder constituinte originário do ponto de vista material, quer dizer, no

¹ Ibidem, 83.

² OLIVIER BEAUD, *La puissance de l'État*, ed. cit., 491.

que concerne ao conteúdo da revisão”¹. Por aqui se vê a usurpação de poder, mais concretamente, a usurpação da soberania que ocorre quando um tribunal constitucional invoca normas da constituição para invalidar uma lei de revisão. Ainda que o texto original da constituição declare irreformável uma das suas cláusulas, isso só prevalece enquanto a declaração não for anulada por um acto de revisão do poder constituinte, já que este, como se sabe, não pode obrigar-se a si mesmo. “Em virtude da sua soberania, a todo o momento ele pode mudar a norma que o proíbe de mudar”².

Em último recurso, a tese da incondicionalidade do poder de revisão encontra o seu argumento mais decisivo na própria ordem irrefutável dos factos. As “revoluções comunitárias” – revoluções “legais” – foram realizadas por *revisão da revisão*, assentando, portanto, a sua legitimidade na legalidade constitucional. E o mesmo aconteceu, mais tarde, nos processos políticos a que Kaminis deu o nome de “transições constitucionais”. É incontestável que as práticas com êxito têm supremacia sobre as teorias. Esta é uma verdade a que próprio Alf Ross teve de se render. Colocando-se no terreno da lógica formal, ele tinha assinalado o paradoxo que consistia em mudar a norma da revisão da constituição com fundamento nessa mesma norma. Um poder de revisão é constituído por uma norma de competência; esta norma é superior a qualquer outra que venha a ser produzida pela autoridade que ela própria constituiu. Uma norma inferior não pode alterar ou anular uma norma superior. Assim, a norma constitucional de revisão, uma vez que não deriva de nenhuma outra (é auto-referencial), não poderia ser ela própria objecto de revisão. O que vale por dizer que todas as mudanças políticas agilizadas por recurso à reforma das normas reguladoras da revisão constitucional, sendo inválidas logicamente, igualmente o seriam no plano jurídico.

Ross, contudo, acaba por reconhecer que a validade do direito repousa sobre um fundamento mais poderoso que a lógica e esse é justamente “o facto sociopsicológico de que a comunidade aceita agora (...) uma nova norma fundamental como base da sua ordem jurídica”³. Para efeitos práticos, não importa saber se o poder de revisão pode modificar uma norma teoricamente imodificável da constituição, como é o caso da norma que regula o procedimento da revisão: basta que o faça, pura e simplesmente. O primado da validade sobre a facticidade estaria, segundo Ross,

¹ GEORGES VEDEL, “Souveraineté et supraconstitutionalité”, loc. cit., 90.

² Idem, *ibidem*, 90.

³ Citado por CLAUDE KLEIN, *Théorie et pratique du pouvoir constituant*, edi. cit., 130.

garantido pela preexistência de uma norma hipotética que prescrevesse a obrigação de reconhecer a nova autoridade – o novo poder constituinte de revisão – que a reforma da constituição viesse a estabelecer¹. “Isto permite-nos exprimir sem absurdidades lógicas e sem contradições as ideias que, de facto, determinam a conduta do povo”².

Seja como for, o facto é que, no tempo mais recente da história constitucional, assistimos a múltiplos processos de mudança de regime através do poder de revisão, processos pacíficos pelos quais se torna visível uma nova forma de actuação do poder constituinte. E até os críticos da validade jurídica do recurso ao método da revisão para produzir novas constituições acabam por reconhecer a bondade política do expediente. É, de facto, difícil resistir à argumentação dos que vêm na maleabilidade constitucional e, conseqüentemente, na liberdade deliberativa do poder de revisão o meio de evitar as mudanças violentas associadas a um poder constituinte completamente desvinculado da constituição posta em causa. De resto, a passagem sem convulsões socialmente graves de regimes ditatoriais para regimes democráticos é um acontecimento que nenhum democrata deixa de exaltar, ainda que tenha de pactuar com algumas (profundas) irregularidades processuais. É com esse sentimento que Carlos S. Nino secunda Neil MacCormick sustentando, com fundamento na experiência espanhola, que “uma ordem democrática é tanto mais segura quanto mais a Constituição que a estabelece evoluiu a partir de elementos da ordem anterior, por muito defeituosos que eles sejam do ponto de vista da ortodoxia democrática”³.

3.6. Projecção das transições constitucionais na teoria e na prática do poder constituinte

As transições constitucionais (a criação de novas constituições utilizando as normas da mudança previstas na constituição em vigor) e o estigma de fraude que lhes foi lançado por alguma doutrina, obrigou-nos a revisitar a “velha” problemática do poder de revisão. Chegados aqui, parece-nos que é tempo de pararmos para reflectir sobre o seu significado. Assim, feito este deambular histórico pelos diversos modos de

¹ Referindo-se à constituição dinamarquesa, ROSS formula a norma fundamental da seguinte maneira: “vós deveis obediência à autoridade instituída pelo artigo 88 até que esta autoridade designe ela mesma um sucessor; de seguida, vós deveis obediência a esta autoridade até que ela designe um sucessor e assim sucessivamente, até ao infinito” (citado *ibidem*)

² *Ibidem*, 131.

³ “La constitución como convención”, *Revista del Centro de Estudios Constitucionales*, 6, Mayo-Agosto, 1990, 190.

actividade constituinte, procuramos agora saber se a teoria do poder constituinte, na sua formulação inicial, foi apenas beliscada pelos fenómenos transicionais ou se o seu impacto é mais profundo e demolidor.

Da investigação que fizemos sobre os processos constituintes que mais fugiram à ortodoxia revolucionária, concluímos que se vem assistindo, desde já há muito tempo, paulatina mas insidiosamente – “de forma algo oculta ou solapada” – a uma “profunda transformação operada na própria *natureza jurídica* das mudanças constitucionais”¹. Ou seja, produzem-se mudanças institucionais profundas economizando a clássica revolução, isto é, vai-se esbatendo a tradicional ligação fisiológica do poder constituinte com a revolução no sentido material do termo (*o povo em armas*). Por outras palavras, os *momentos constitucionais*, utilizando a terminologia de Ackerman², já não requerem a emergência do “terrível” poder constituinte que tudo arrasa primeiro para depois reconstruir a partir do nada jurídico. Quer isto dizer que se detecta um *movimento* no sentido da racionalização progressiva do acto de editar constituições. Racionalização esta que comporta uma *desdramatização* da problemática do poder constituinte *lato sensu*.

Na realidade, longe vão os tempos em que era pensável a existência de uma assembleia constituinte soberana, a qual, porque expressão imediata do poder constituinte do povo, seria dotada da *plena potestas*, exercendo deste modo o que, *in illo tempore*, Mounier classificava de ditadura suprema. Progressivamente, as assembleias constituintes foram partilhando os poderes que, no conceito latino, lhe seriam inerentes, incluindo o de deliberar com inteira liberdade processual e material sobre a constituição, tendência que foi dando origem a vários modelos de mudança constitucional. Tal tendência revela-se de forma evidente na proliferação de decisões pré-constituintes ou “constituições provisórias” as quais, de uma forma cada vez mais ousada e imaginativa, descentram o poder soberano e distribuem por várias instâncias as correspondentes funções constituinte, legislativa e de gestão provisória do Estado. Neste quadro, vimos nomeadamente o envolvimento directo do povo através de consultas a montante ou a jusante da redacção das constituições; assembleias constituintes bicamerais que, finalizada a constituição, continuam a laborar com o simples estatuto de órgão legislativo; decisões constituintes pactuadas no contexto de

¹ A. J. PORRAS NADALES, “Derecho constitucional y evolucionismo jurídico”, *Revista de Estudios Políticos* (Nueva Época), 87, Enero-Marzo, 1995, 107.

² BRUCE ACKERMAN, *La política del diálogo liberal*, ed. cit., 150.

mesas redondas, formalizadas por assembleias com poder de revisão (países de Leste). O exemplo mais exuberante de uma constituição provisória, não só pela sua articulação num complexo e extenso texto, mas também pela sua atípica longevidade (cinco anos de vigência) foi-nos dado, como oportunamente referimos, pela África do Sul, a saber, a constituição provisória de 1994, resultado de um pacto solene negociado entre o governo constitucionalmente legítimo e actores não eleitos (partidos) em representação de grupos de interesses divergentes. Esse pacto teria de ser respeitado pela assembleia constituinte a eleger, não podendo a nova constituição ser votada sem prévia certificação por parte do Tribunal Constitucional da sua concordância com os princípios constitucionais pactuados.

A racionalização/desdramatização das transições constitucionais não se confina à passagem de regimes autoritários para regimes democráticos. Na verdade, o fenómeno é mais abrangente. Com efeito, se naquele processo já não se invoca o poder constituinte originário, também as transformações constitucionais que se operam dentro dos próprios regimes democráticos se vêm processando sem o recurso a este poder. A este propósito, Claude Klein observa que “nas sociedades democráticas o recurso àquilo a que outrora se chamava poder originário são raras, mesmo raríssimas...”¹. Por seu turno, Porrás Nadales dá-nos conta da mesma realidade, interpretando as alterações constitucionais no horizonte teórico do *evolucionismo jurídico* como resultado da imperiosa adaptação do ordenamento constitucional às constantes mudanças do ambiente social². Enfim, por vários factores, desde a consolidação dos valores universais até à queda dos regimes de Leste e subsequente ausência de um modelo alternativo, as mudanças constitucionais ou, doutra forma dito, o natural desenvolvimento constitucional opera-se hoje, nas democracias ocidentais, sem a tradicional “presença de factores extra-constitucionais ou pré-constitucionais (a sociedade, o povo soberano, o poder constituinte)”, sem que ocorra “um verdadeiro «desbordamento» dos quadros processuais previstos na ordem constituída”³.

Na França, tal fenómeno foi mesmo objecto de um estudo monográfico na revista *Pouvoirs*, n.º 99, “La nouvelle V République”. O título não deixa de ser

¹ *Théorie et pratique du pouvoir constituant*, edi. cit, 116.

² Em contraste com uma perspectiva mais conservadora do estatuto constitucional, incapaz de o libertar da sua rigidez para se adaptar às novas exigências do ambiente social, “o evolucionismo jurídico desenvolveu com maior precisão alguns elementos metodológicos especialmente adequados para um estudo consistente dos processos de mudança histórico-jurídica dentro do ambiente social em permanente estado de inovação característico das modernas sociedades complexas” (ANTONIO J. PORRAS NADALES, “Derecho constitucional y evolucionismo jurídico”, loc. cit., 110).

³ *Idem*, *ibidem*, 107-108.

sugestivo pelo que antecipa de modificações importantes na arquitectura constitucional desenhada por De Gaulle. Chega-se mesmo a falar de uma VI República¹, uma vez que a amplitude da mudança do ordenamento constitucional acabou por provocar “uma transformação profunda do seu próprio ser, da sua própria identidade...”². Tal mudança, que atinge quer a forma de governo quer a forma de Estado, foi-se processando através de revisões ou de mutações constitucionais.

Passando muito brevemente por algumas das mais pregnantes modificações na forma de governo operadas através da revisão constitucional, começamos por destacar, ainda dentro do gaullismo, a revisão de 1962 que determinou a eleição directa do Chefe do Estado, libertando esse órgão da dependência dos notáveis dos partidos. Essa alteração no estatuto do Presidente representou inquestionavelmente a confirmação constitucional das tendências presidencialistas do General de Gaulle. Mas já as revisões seguintes foram no sentido de favorecer “o que se poderia chamar com Lucien Jaume uma «legitimidade jurisdicional»”³. Nesse sentido, a revisão de 1974 conferiu legitimidade processual activa a sessenta deputados ou senadores para requererem ao Conselho Constitucional, antes da promulgação de uma lei, a apreciação da sua constitucionalidade. “Esta reforma marca a emergência da justiça constitucional em França, isto é, o fim da concepção anterior do Conselho como protector do poder executivo contra o legislativo. E, correlativamente, o nascimento de um contrapoder capaz de se opor às decisões do eixo maioritário (governo + maioria parlamentar)”⁴. Na mesma senda segue a revisão de 27 de Julho de 1993 que procede à criação simultânea do Tribunal de Justiça da República (competente para julgar penalmente os membros do governo por actos cometidos no exercício das suas funções) e do Conselho Superior da Magistratura. Esta propensão para tornar, conforme observa Dominique Rousseau, a constituição “cada vez mais jurisprudencial”⁵ manifesta-se ainda mais com a reforma das imunidades parlamentares pela lei constitucional de 4 de Agosto de 1995, que teve

¹ OLIVIER BEAUD, “Les mutations de la V. République ou comment se modifie une Constitution écrite”, *Pouvoirs*, n.º 99, 2001, 20. OLIVIER BEAUD, distanciando-se das diferentes interpretações em presença (reformismo ou revisionismo constitucional), afirma peremptoriamente: “...esta V República efectivamente mudou” (ibidem, 20; sublinhado por ele).

² STÉPHANE PIERRÉ-CAPS, “Les révisions de la Constitution de la Cinquième republique: temps, conflits et stratégies”, *Revue du droit public et de la science politique en France et à l'étranger*, n.º 2-1998, 411.

³ OLIVIER BEAUD, “Les mutations de la V. République ou comment se modifie une Constitution écrite”, loc. cit., 24.

⁴ Idem, ibidem, 24.

⁵ DOMINIQUE ROUSSEAU, “Une résurrection: la notion de Constitution”, *Revue de droit public et de la science politique en France et à l'étranger*, 106, 1990, 5.

em vista reduzir a inviolabilidade parlamentar em nome do princípio da igualdade. “Estas revisões estão, no seu conjunto, nos antípodas da Constituição gaulista”¹.

Também na forma de Estado se produziram modificações profundas através da revisão constitucional. No que se refere aos domínios ultramarinos, a Lei constitucional de 4 de Junho de 1960, modificando os artigos 85º e 86º da Constituição, substituiu o conceito de União Francesa pelo de Comunidade dentro da qual poderiam manter-se os Estados Africanos após a sua independência. Dado que o desiderato da Comunidade dos povos francófonos nunca foi concretizado, por nova revisão realizada em 4 de Agosto de 1995, a referência a tal comunidade foi subtraída da Constituição. Mais relevante, contudo, foi a alteração constitucional produzida no quadro da construção da União Europeia. “Com efeito, se existe um acontecimento maior da realidade política destes quinze últimos anos... é certamente o facto europeu, isto é, a progressiva construção de um espaço de tipo federal que levou à sobreposição ou, pelo menos, a uma imbricação das ordens jurídicas nacionais e europeias”². Também neste caso a constituição escrita foi alterada significativamente, como oportunamente assinalámos, por meio da lei constitucional de revisão de 25 de Junho 1992 que permitiu a ratificação do Tratado de Maastricht.

Outra forma de adaptação da constituição à evolução no terreno da competição política consistiu no recurso às mutações constitucionais. Fê-lo o General de Gaulle mediante práticas que, paulatinamente, foram modificando o regime constitucional. Desde logo, conseguiu fazer passar uma interpretação da instituição presidencial (a sua própria) diferente daquela que resultava do pacto de regime subjacente ao texto constitucional de 1958. Concretamente, transpôs para a República o princípio monárquico do poder unipessoal (*monarquia republicana*): “Na minha opinião, é necessário que o Estado tenha uma cabeça, isto é, um chefe no qual a nação possa ver, por cima das flutuações, o homem que se encarregue do essencial e seja o garante os seus destinos. É necessário também que o executivo, destinado a não servir outros interesses senão os da comunidade, não proceda do parlamento que concentra as delegações dos interesses particulares”³. Sentindo-se (monarquicamente) acima das lutas partidárias (é proverbial a sua aversão ao sistema de partidos), impôs o seu

¹ OLIVIER BEAUD, “Les mutations de la V. République ou comment se modifie une Constitution écrite”, loc. cit., 25.

² Idem, ibidem, 26.

³ GENERAL DE GAULLE, *Mémoires de guerre*, T. 3, Paris, 1959, 236, citado por LUCIEN JAUME, “Il potere costituente in Francia dal 1789 a De Gaulle”, in *Potere costituente e riforme costituzionali*, (a cura di PAOLO POMBENI), ed. cit., 47.

autoconceito segundo o qual somente ele encarnava a nação. Deste modo, o executivo que, através do primeiro-ministro, respondia perante o parlamento, passou a ser *responsável perante o povo* na pessoa do Presidente da República.

Se quisermos outro exemplo de mutação constitucional no processo político francês, ele pode ser dado pela auto-reconversão do Conselho Constitucional que, indo além da intenção do legislador constituinte, passou a exercer o controlo da constitucionalidade das leis, já não para garantir a inviolabilidade do princípio da separação dos poderes, mas para proteger os direitos e liberdades dos cidadãos com base nos textos referidos no preâmbulo da constituição de 1958¹. O ponto de viragem ocorreu com a decisão de 16 de Julho de 1971 que declarou inconstitucional uma lei que levantava restrições à liberdade de associação. A partir daí as competências atribuídas ao Conselho constitucional pela constituição mudaram de sentido e de alcance sem que tivesse havido necessidade de mudar o texto da lei constitucional.

A situação na Itália é bastante mais complexa. Desde o início da década de noventa que a Itália vive um original processo de transição política o que, como escreve Andoni Pérez Ayala, faz com que este país se tenha “convertido num autêntico laboratório político no qual se estão ensaiando fórmulas institucionais, inéditas...”². A lenta agonia que corrói o ordenamento constitucional italiano tem provocado um profuso e aceso debate materializado numa copiosa produção juspublicística de reavaliação do poder constituinte num contexto de crise da constituição³.

Perante os problemas que, desde meados dos anos oitenta, minavam o velho sistema partidário italiano – clientelismo, corrupção, crime –, situação que se exacerbou com os efeitos que a queda do muro de Berlim provocou no partido comunista italiano⁴,

¹ Ver supra o contexto desta evolução.

² ANDONI PÉREZ AYALA, “Transición política y reformas institucionales en Itália”, *Revista de Estudios Políticos*, 95, 1997, p. 217

³ Vejam-se alguns títulos ilustrativos da literatura transicional italiana: GIULIANO AMATO, “Un governo nella transizione. La mia esperienza di presidente del consiglio”, *Quaderni Costituzionali*, Anno XIV, n.º 3, Dicembre 1994; SILVANO LABRIOLA, “«Ritorno alla costituzione» o mutamenti taciti? Il caso del potere presidenziale di nomina dei ministri”, *Quaderni costituzionali*, n.º 1, 1994; F. PIZZETTI, “Sistema dei partiti e sistemi elettorali nella «lunga transizione», *Studi parlamentari e di politica costituzionale*, 1995; BARBERA, Transizione alla democrazia maggioritaria, *Quaderni Costituzionali*, 1994; idem, “La forma de governo in transizione”, *Quaderni Costituzionali*, 1995; G L CONTI, “Referendum, Corte costituzionale e forme de governo in transizione”, *Giurisprudenza costituzionale*, 1997; F. TERESI, *La strategia delle riforme. La tormentata revisione della Costituzione repubblicana. Materiali di studio*, Torino, 1998.

⁴ Como observa MASSIMO LUCIANI o efeito corrosivo da queda dos regimes de Leste não atingiu apenas a identidade do partido comunista: “demolida ou ofuscada esta última, também aquelas que se alimentavam da radical oposição ideológica ao comunismo ficaram foram postas em risco, doravante debilitadas pelo desaparecimento do «inimigo»” (“Il referendum impossibile”, *Quaderni Costituzionali*, Anno XI, 3, 1991, 520).

principal partido da oposição, gera-se na sociedade civil e círculos políticos um amplo consenso social e político sobre a necessidade de efectuar reformas institucionais e políticas de tal magnitude que o desfecho acabaria por se traduzir na queda do sistema político vigente e na emergência de uma segunda República. Todos concordam acerca da necessidade de uma mudança profunda no sistema institucional: parlamento, senado, presidência da República, governo, organização territorial. Não há, contudo, concordância nem quanto ao conteúdo dessas reformas (desenho institucional) nem quanto à forma de as realizar. Daqui o carácter agónico desta transição política.

Na sua longa mensagem do dia 26 de Junho de 1991, o Presidente Cossiga fez o diagnóstico de uma “democracia bloqueada” e apelou às Câmaras para que assumissem seriamente o dever de afrontar a grave situação do País com uma decidida reforma do sistema político-institucional. Foram sugeridas três alternativas, todas elas em conformidade com os procedimentos previstos na constituição de 1948 (“O artigo 138º da constituição representa a única via a seguir para reformar a nossa carta fundamental. Isto mesmo na hipótese de que o alcance das reformas a introduzir induza a considerar necessária uma verdadeira e autêntica fase constituinte”¹): a) o recurso ao poder de revisão exercido em conformidade com o artigo 138º; b) a auto-atribuição do poder constituinte por parte das Câmaras em funções ou das que a seguir viessem a ser eleitas; c) a eleição de uma assembleia constituinte dotada de verdadeiros poderes constituintes para serem, contudo, exercidos no quadro da constituição em vigor. O aspecto mais saliente e polémico da mensagem do Presidente Cossiga residia na proposta de atribuir carácter obrigatório ao instituto do referendo que o artigo 138º apresentava como facultativo, proposta essa que, implicando a modificação do próprio processo de revisão, se inscrevia numa estratégia de poder que passava pela reafirmação do princípio soberania popular e pela neutralização da *partidocracia* através da democracia directa².

Seja como for, a referida mensagem não teve consequências para além do ruidoso debate constitucionalístico e politológico. O próprio Presidente acabou por se demitir em 28 de Abril de 1992 sem ver concretizados os seus objectivos. Quanto às mudanças de uma transição unanimemente desejada, essas foram despoletadas por meios inesperados. Com efeito, a transição política começa a fazer-se através de um

¹ *Messaggio alle Camere del Presidente della Repubblica*, Atti Parlamentari, Camera dei Deputati, Doc. 1, 11, 1991, 36.

² Não há dúvida de que COSSIGA tinha em mente o modelo gaullista ao procurar encontrar uma solução para o bloqueio partidário na participação directa do soberano popular.

instrumento previsto na Constituição e pensado pelos pais constituintes, não para mudar as instituições políticas (instrumento de reforma do sistema político), mas para conceder ao eleitorado a possibilidade de rejeitar as leis do Parlamento com as quais estivesse em desacordo. Estamos a pensar no referendo abrogativo (artigo 75º), o qual, depois de uma longa hibernação (carência de regulamentação durante trinta anos), revelou, como sublinha Fusaro, potencialidades absolutamente insuspeitadas no que concerne à transformação do sistema político¹. Este autor considera que, fazendo uso deste instituto, a Itália iniciou uma verdadeira “revolução constitucional”. O início desta “revolução” tem, segundo Barbera, uma data precisa: 9 de Junho de 1991², data em que os eleitores foram chamados a pronunciar-se sobre a preferência única no processo eleitoral. Não é, certamente, por acaso que o Presidente Cossiga, poucos dias depois, alega o elevado grau de participação no referendo para justificar o seu empenho em assentar a reforma das instituições na intervenção directa do *vero sovrano reale*: “A recente prova referendária demonstrou um largo interesse dos cidadãos na expressão imediata e real da própria vontade, sem a intermediação de grupos e partidos, às vezes percebidas como reais *fontes heterogéneas* das próprias escolhas e como factores de manipulação das próprias opções”³.

A verdade é que, constantemente frustrada a formação dos consensos necessários para a renovação do pacto constitucional, as mudanças do sistema político acabaram por encontrar um ponto de arranque eficaz nas reformas do sistema eleitoral. Através do instituto disponibilizado pelo artigo 75º, que tem como característica distintiva o poder ser autonomamente activado pelo eleitorado (500.000 eleitores), os cidadãos italianos começaram por ab-rogar as disposições relativas às preferências plurais previstas na lei para a eleição da Câmara dos deputados e foram progressivamente ab-rogando as disposições eleitorais consagradas do sistema proporcional, nos municípios, regiões, Senado, Câmara dos deputados. As Câmaras, impulsionadas pelos promotores do movimento referendário (1991, 1993), foram

¹ Cf. AUGUSTO BARBERA, “Dentro la «Rivoluzione costituzionale», in CARLOS FUSARO, *La rivoluzione costituzionale, alle origini del regime post-partitocratico*, Rubbetino Editore, 1993, 16.

² AUGUSTO BARBERA, *ibidem*, 15. No mesmo sentido, escreve ANDONI PÉREZ AYALA: “Há que recordar que é em Junho de 1991, quando teve lugar um referendo pelo qual se introduziam umas leves reformas no sistema eleitoral então vigente..., que se assinala a abertura de um processo de reformas institucionais cuja dinâmica conduzirá a mudanças que vão afectar o sistema político no seu conjunto” (“Transición política y reformas institucionales en Itália”, *loc. cit.*, 178). Daí surgirá “um novo modelo político que..., ainda antes de ter nascido, já é conhecido comumente sob a denominação de II República” (*idem, ibidem*)

³ *Messaggio alle Camere del Presidente della Repubblica*, *loc. cit.*, 18.

naturalmente produzindo legislação eleitoral de carácter predominantemente maioritário em prejuízo da representação proporcional¹.

A consequência traduziu-se numa completa desestruturação do sistema partidário que, durante cinco décadas, foi hegemónico pelo partido da democracia cristã (no governo por associação com o partido socialista) e o partido comunista (na oposição). “Com efeito, o fenómeno *transversal* que surge no calor do movimento referendário vai alterar por completo a dinâmica partidocrática que monopolizava até então toda a vida política italiana, dando lugar a novos agrupamentos *transversais* (segundo o léxico italiano) nos quais se vão produzir convergências à margem dos partidos, e ao mesmo tempo divergências no seio destes, que conformarão um novo cenário político, com novos actores e novos papéis a interpretar, enquadrados no marco da transição política”². Emerge, então, o fenómeno *liguista*, agrupando-se (e desagregando-se em termos partidários) as forças políticas em dois pólos, o Pólo da Liberdade e o Pólo Progressista (*bipolarismo multipartidista*). Ficou, assim, destruída a velha constituição material, sem que, contudo, daí surgisse um caminho mais aplainado para a passagem à segunda República³.

Analisando o elenco das leis constitucionais que foram sendo emanadas desde que foi iniciado o processo da transição política, assistimos à recorrente tentativa de mudar a parte orgânica da constituição. Como não se conseguem as maiorias para utilizar a via constitucional para a reforma da constituição, tem-se procurado alterar o procedimento de revisão. A lei constitucional de 6 de Agosto de 1993, n. 1 (*Funções da Comissão parlamentar para as reformas institucionais e disciplina do procedimento de*

¹ “A utilização do referendo ab-rogativo como instrumento de mudança política começa a dar-se a partir de 1991; além disso, pode afirmar-se que é o *referendum* do dia 9 de Junho de 1991 que assinala a abertura formal do processo de transição. Inicialmente tinha-se proposto a celebração de três referendos, dois deles sobre a modificação do sistema eleitoral no Senado e nos municípios respectivamente, com vista a introduzir o sistema maioritário já que se considerava que o sistema proporcional vigente, ao reproduzir repetidamente um sistema de partidos caracterizado pela mais completa imobilidade, era uma das principais causas do bloqueio político e institucional italiano. O terceiro *referendum* referia-se à abolição das preferências múltiplas na eleição dos deputados e a sua substituição pela *preferência única*, por se entender que as preferências múltiplas, com as quais em princípio se pretendia ampliar a liberdade de eleição do eleitor, se tinha convertido, de facto, num mecanismo que favorecia o clientelismo e, incluso, as manobras das organizações criminais” (ANDONI PÉREZ AYALA, “Transición política y reformas institucionales en Itália”, loc. cit., 196).

² Idem, *ibidem*, 197.

³ FULCO LANCHESTER, referindo-se a esta “estratégia da inovação [do ordenamento constitucional] a partir de baixo através do referendo”, sublinha a importância da modificação das normas eleitorais pois que, estando estas profundamente imbricadas “com os sujeitos que estão na própria base do ordenamento”, estão, por consequência, “em conexão com a forma de Estado”, assumindo a “natureza de «normas de regime»” (“L’Innovazione istituzionale difficile: il dibattito sulla rappresentanza politica agli inizi della XI legislatura”, *Rivista trimestrale di diritto pubblico*, anno XLII, 1992, 943-994).

revisão constitucional) e a lei constitucional de 24 de Janeiro de 1997, n. 1 (*Instituição de uma Comissão parlamentar para as reformas constitucionais*) fracassaram nesse objectivo. Quer numa quer noutra dessas leis derroga-se o procedimento de revisão possibilitando-se a revisão da parte orgânica da Constituição sem a exigência da maioria de 2/3, bastando a maioria absoluta, mas exigindo-se a submissão do projecto a ratificação popular. Começa, de facto, a fazer vencimento a tendência para aligeirar o processo de revisão prescrito pelo artigo 138º, compensando esse expediente com a obrigação de sujeitar a referendo popular as reformas votadas no Parlamento¹.

Depois das reformas eleitorais, que geraram um verdadeiro terramoto no sistema de partidos, foi-se avançando para uma estrutura de Estado federal mediante a lei constitucional de 18 de Outubro de 2001, n. 3, que confere maior autonomia às regiões e clarifica as competências que são comuns e as que são específicas de cada uma das esferas da administração. No entanto, quanto às reformas estruturais da parte II da Constituição, não se consegue estabelecer um consenso fundamental. No ano de 2006, um projecto de reforma constitucional da autoria do governo de Silvio Berlusconi foi submetido à consulta popular nos dias 25 e 26 de Junho, então já sob o governo de Romano Prodi. A reforma proposta pelo Executivo, e que tinha obtido a aprovação do Parlamento, alterava substancialmente a parte segunda da Constituição, tocando em todos os órgãos do poder. Tratava-se, seguramente, de uma verdadeira revolução dentro da constituição italiana de 1946. No entanto, a reforma foi rejeitada pelo veredicto popular. “Os italianos fizeram um bom julgamento sobre uma lei que nós tínhamos denunciado como sendo perigosa para a estabilidade das instituições republicanas”, afirmou na altura Romano Prodi aos órgãos de comunicação social. Enfim, concluindo este breve relance sobre a transição política da Itália, podemos dizer que continuam actuais as palavras escritas por Cesareo R. Aguilera de Prat em 1995: “A I República

¹ A ideia do recurso à derrogação de normas constitucionais mediante um procedimento de revisão *extra ordinem* tem, efectivamente, bastantes cultores. CLAUDIO DE FIORES, em registo crítico, reúne os argumentos que usualmente abonam esta saída para a crise constitucional: “1) Derrogando o artigo 138º é possível dar vida a uma nova constituição; 2) O procedimento da revisão constitucional é complexo e exagerado. A isso vai substancialmente imputado o bloqueio das reformas; 3) O artigo 138º não está em condições de garantir um incisivo e articulado processo de reformas constitucionais, tendo ficado ligado pelos constituintes somente a eventuais reformas de pormenor; 4) É necessário superar o artigo 138º para restituir «força à conexão entre cidadãos e instituições», pois que só garantindo nesta fase um mais amplo envolvimento do povo é possível «restituir vigor e credibilidade ao Parlamento e evitar assim a sua marginalização ou o seu enfraquecimento; 5) O artigo 138º viola em substância o princípio da soberania popular, pois que tende a relegar os cidadãos para uma posição subalterna relativamente ao sistema dos partidos” (“La Commissione Bicamerale per le Riforme Istituzionali e l’art. 138 Cost. I paradossi di una Riforma”, *Giurisprudenza costituzionale*, Anno XXXVIII, 1993, 1547-1548).

morreu, mas a II ainda não nasceu, já que o processo de transição está a resultar lento e complexo, expressão de uma situação política muito fluida e pouco previsível”¹.

Mas o que nos interessa salientar com os exemplos mais recentes de França e Itália, a que fizemos alusão, é que, num horizonte de consolidada normatividade democrático-constitucional, onde por definição estão garantidas as liberdades pessoais, cívicas e políticas, o evolucionismo jurídico das constituições, com a correspondente participação democrática do povo soberano, pode e deve tornar-se o método natural e irreversível da emancipação social.

¹ “Ambigüedades de la transición italiana”, *Revista de Estudios Políticos* (Nueva Época), 89, Julio-Septiembre, 1995, 114. Dois anos mais tarde, RESCIGNO corroborava na mesma ideia: “A Constituição de 1948 está morta, estão a construir uma outra constituição...” (“Revisione della costituzione o nuova costituzione?” *Diritto Pubblico*, 1997, 616).

3.7. E agora, poder constituinte, *Quo vadis?*

Ao movimento real da história (prática) que se revela através dos processos constituintes, vai a teoria da constituição respondendo com actualizações do seu equipamento conceptual. Mais ou menos pacífica entre os académicos é a ideia de que para o sócio da história vão sendo arrumadas as características do poder constituinte mais ligadas à construção teológica que as circunstâncias do seu aparecimento exigiram: a emergência do nada jurídico, laborando num vazio institucional, ou seja, utilizando a síntese de Burdeau, a sua definição como um poder “inicial, autónomo e onnipotente”. O esforço de autores com perspectivas diferentes dirige-se no sentido da apreensão da vertente jurídica desse poder, afugentando definitivamente a imagem schmittiana de um poder extraconstitucional, desorganizado, desafiando constantemente a constituição formal e a estabilidade e segurança que esta proporciona.

E nessa linha de investigação, depois de se ter procurado validar juridicamente o poder constituinte através de propostas doutrinárias como as de *instituição*, de *constituição material* ou de *ideia de direito*, a literatura constitucional, reflectindo as experiências mais recentes das transformações constitucionais, procurou captar a juridicidade daquele mesmo poder através da legalidade dos processos de elaboração das constituições. Neste contexto, o fenómeno das transições constitucionais foi, sem dúvida, o momento da grande viragem, um marco decisivo no *tempo metamórfico do direito* (F. Ost). “É bastante evidente que uma tal noção [a de transição constitucional] satisfaz, intelectualmente, o espírito do jurista, prenhe de racionalismo. De qualquer modo, ela é o «elo que faltava» no ordenamento jurídico, o meio que permite «juridicizar» as rupturas do direito ao seu mais alto nível...”¹.

Como observa Baldassarre, a época dos grandes conflitos ideológicos e políticos, a época de Schmitt e de Weimar, ficou apagada com os desastres da segunda guerra mundial e com a exigência daí decorrente de um mundo pacificado, estruturando a sua evolução política na base de um confronto civilizado de ideias e na prática recorrente de compromissos negociados. “Numa época em que o conflito ideológico foi progressivamente cedendo o passo à relativização da escolha de valores, mesmo a passagem de um regime a outro foi sendo vista como uma possível evolução pacífica e

¹ WILLY ZIMMER, *La reunification allemande, contribution a la theorie du pouvoir constituant*, ed. cit., 168.

«legal», mais do que uma ruptura «revolucionária»: uma evolução governada pelas mesmas regras que presidem aos processos pluralistas de decisão e ao democrático desenvolvimento do «Estado constitucional» (Häberle)¹.

É claro que a relativização dos valores constitui um elemento indiscutivelmente essencial da democracia pluralista. Mas também é verdade que lhe é inerente o risco de um relativismo inibidor da interferência dos valores da ética social no momento de serem tomadas ou implementadas as decisões políticas. É possível que a experiência das transições constitucionais e do processo de formação da União Europeia tenha aberto um novo ciclo de constitucionalismo caracterizado, conforme assinala Louis Favoreu, pela banalização da revisão constitucional. E é ainda possível – e previsível – que essa banalização acabe por condenar à morte o poder constituinte (ou, ao menos, a torná-lo tão frágil e anónimo que já nenhuma força política sinta a necessidade de o invocar ou respeitar). Confirmado tal vaticínio, desaparecerá a referência fundacional do constitucionalismo que impunha a vinculação do Estado à regra do bem comum, deslocando-se a legitimidade para os critérios da neutralidade e da eficácia. Neste sentido, as transições constitucionais parecem ter aberto caminho à desideologização do processo político, uma vez que, precisamente, elas reportam o seu êxito ao pragmatismo político dos negociadores. O que, em consequência, ficará sem sustentabilidade é, como a seguir veremos, a hipótese de uma ideia de direito traduzida num projecto unificador e mobilizador de uma mesma comunidade de destino. A sociedade transformar-se-á numa pluralidade de actores centrados em projectos diversificados e mesmo antagónicos. E o direito dificilmente resistirá à lógica dos interesses, passando a comportar-se como simples técnica de adequação jurídica às exigentes solicitações de uma economia totalmente auto-isentada de responsabilidades sociais. Consumar-se-á, nesse caso, uma verdadeira inversão copernicana na posição do direito constitucional face à sociedade: em vez de ser proactivo na conformação normativa do desenvolvimento social, enquanto manifestação de uma vontade constituinte soberana, passará a ser reactivo, limitando-se “a formular as respostas que interessam”² aos fins normativamente redutores de grupos corporativamente

¹ ANTONIO BALDASSARRE, “Il «referendum» costituzionale”, *Quaderni Costituzionali*, Anno XIV, n.º 2, Agosto 1994, 243-244. Precisamente no mesmo sentido, escreve WILLY ZIMMER: “À medida que o constitucionalismo e os seus valores se instalam ao longo do tempo, o carácter eminentemente revolucionário do momento constituinte esbate-se em proveito de um carácter técnico de criação de normas de hierarquia particular mas finalmente ordinário quanto à sua lógica de norma” (in “La Loi du 3 Juin 1958: contribution à l’étude des actes pré-constituants”, *Revue du Droit Public*, 2, 1995, 411).

² A expressão é de ZAGREBELSKY. Faremos a sua contextualização mais à frente.

organizados¹. Poderá, então, reservar-se ainda um lugar na história (honorífico que seja) para aquele a quem todos reconhecem dever a democracia e a liberdade? *Quo vadis*, poder constituinte?

¹ “Nestas circunstâncias, alteradas, como consequência da mundialização, as estruturas e contornos do Estado, e eliminados os pressupostos vertebradores da sociedade civil sobre os quais se montou o conceito burguês de Constituição normativa (...), nada tem de particular que se produza uma viragem copernicana na história do constitucionalismo em virtude da qual a Constituição deixa de ser a norma legitimada nos valores que conformam a sua própria realidade social e política para passar a converter-se num instrumento legitimador de um mundo confuso, desordenado e caótico” (PEDRO DE VEGA GARCÍA, “Mundialización y Derecho constitucional”, loc. cit., 34).

4. A crise da modernidade e a morte anunciada do sujeito constituinte

A produção das constituições esteve, desde os primórdios do constitucionalismo moderno, sempre associada a processos políticos de ruptura. A memória fresca desses processos bloqueia a ideia de uma constituição separada do poder que a põs em vigor, seja ele a nação ou as forças sociais dominantes. Uma vontade, livre e racional, portadora de um projecto hipoteticamente adequado ao interesse de toda a comunidade, foi até há poucas décadas atrás o pressuposto causal da origem e continuidade de um ordenamento constitucional. Entretanto, uma mutação epistemológica foi ocorrendo, nomeadamente a partir da experiência das transições constitucionais e das mudanças culturais inerentes a uma dinâmica social mais acelerada. A consolidação da democracia na forma do Estado constitucional não deixou nenhuma realidade política fora da constituição. Consequentemente, tem-se assistido ultimamente à formação de um certo consenso doutrinário sobre a actual inutilidade – e mesmo perigosidade – da ideia de poder constituinte, afirmando-se a independência da constituição que terá deixado de subsistir por referência à vontade de um poder particular. Se é de todo insustentável, nos dias de hoje, a ficção de uma soberania nacional homogénea, também a perspectiva sociológica das forças dominantes, conquanto realista para um certo contexto histórico, terá igualmente perdido o seu valor descritivo face às tendências actuais das sociedades mais modernas¹. O que caracteriza tais sociedades é a complexidade do seu pluralismo interno, a sua pulverização em

¹ “Em síntese, sob o argumento da crise da Modernidade, os estrategas da pós-modernidade afirmam a absoluta perda de vigência daqueles ideários que mobilizaram os homens e mulheres das nossas sociedades, e que se estruturavam à volta de conceitos-chave como, por exemplo, *verdade, liberdade, igualdade, justiça e racionalidade*. Na actualidade podemos comprovar como se estendem socialmente aquelas mensagens que pretendem centrar a identidade do indivíduo em grupos pequenos e próximos, em consensos em extremo locais e conjunturais, que emergem e desaparecem sob a cobertura de um relativismo ético em ascensão. A perspectiva pós-moderna combate essencialmente qualquer critério de universalidade, porque considera que dele se derivam inerentemente a coerção e a disciplina geral dos indivíduos” (XAVIER GODÀS, *Postmodernismo: La imagen radical de la desactivación política*, El Roure Editorial, Barcelona, 1998, 85).

grupos sociais de tal modo diferenciados em função de interesses, ideologias e projectos próprios que nenhum esforço de aproximação estratégica seria suficiente para dar fundamento à ideia de uma nova constituição material. A constituição deixou de ser refém de qualquer poder constituinte. Vale a pena dizê-lo com palavras de Zagrebelsky: “As sociedades pluralistas actuais, isto é, as sociedades caracterizadas pela presença de uma variedade de grupos sociais portadores de interesses, ideologias e projectos diferenciados, mas em nenhum caso suficientemente fortes para se colocarem como exclusivos ou dominantes..., assinalam à constituição a tarefa de realizar as condições de possibilidade da vida em comum, não a tarefa de realizar directamente um projecto determinado de vida em comum. Da constituição como plataforma de partida, que representa a garantia de legitimidade para cada uma das partes da sociedade, pode iniciar a competição para imprimir concretamente ao Estado uma direcção de um sentido ou de um outro, no âmbito das possibilidades oferecidas pelo compromisso constitucional. Esta é a condição das constituições democráticas no tempo do pluralismo. Nesta condição, há quem defenda ser possível substituir, na função ordenante, a soberania do Estado... pela soberania da Constituição”¹. Em tal contexto (inquestionavelmente circunscrito à região das democracias avançadas), poderá dizer-se que o poder constituinte continua a ser ainda hoje um sujeito com vida, uma ideia com sentido?

4.1. O poder constituinte no pluralismo do modelo de Estado constitucional.

A persistência contemporânea do poder constituinte, embora juridicamente transfigurado, é, apesar de tudo, sustentada por Häberle. Com efeito, de acordo com o seu ponto de vista, nem a organização plural da sociedade nem a vigência constitucional dos direitos humanos erradicam o poder constituinte da realidade política actual; apenas lhe impõem uma identidade mais adequada ao tempo. Segundo este autor, a análise comparada dos textos constitucionais e a observação de sucessivas experiências constituintes permitem afirmar que, no modelo “Estado constitucional”, o poder

¹ GUSTAVO ZAGREBELSKY, *Il diritto mite*, Einaudi, Torino, 1992, 9. Sobre o “escandaloso trânsito da *ideologia do constitucionalismo* para a *ideologia da constituição*”, ver PEDRO DE VEGA, “Mundialización y derecho constitucional: la crisis del principio democrático en el constitucionalismo actual”, loc. cit., 31 e ss..

constituente do povo já não se apresenta como um poder “selvagem”, “originário”, surgido explosivamente do zero. O seu modo de actuação passou a estar *normalizado, normativizado e constitucionalizado*. No fundo, trata-se de dizer que o poder constituinte já não é concebível fora de certos parâmetros normativos que indelevelmente se foram inscrevendo na cultura dos povos com tradição constitucional-democrática.

Häberle transporta para a sua doutrina da constituição, por ele entendida como “ciência jurídica dos textos e da cultura”, o modelo da evolução dos níveis normativos enunciado por Habermas. Nessa base, procurou descobrir no exame comparativo dos textos de diferentes e sucessivas constituições nacionais uma tendência evolutiva que permitisse “resolver o problema do poder constituinte do povo de uma maneira mais próxima da realidade do que seria possível com qualquer ideologia”¹. E, de facto, assim como logrou detectar na mudança dos textos e práticas constitucionais a configuração latente de um modelo de *Estado Constitucional*, que seria a referência teleológica de todas as constituições concretas da história, assim também aí descobriu traços evolutivos que permitem antecipar o perfil do poder constituinte do *fim da história*. Com efeito, ele escreve: “Por mais que as diferenças de país para país sejam ainda notáveis, de acordo com as respectivas histórias constitucionais nacionais, desenvolveu-se até hoje um aglomerado de «doutrinas» e práticas sobre o poder constituinte que, não obstante a persistência de «variantes», deixa vislumbrar a existência de um modelo fundamental que deve ser elaborado principalmente a partir dos textos constitucionais que mudam na história e que são diversos de nação para nação em função do respectivo nível cultural”².

Há, pois, correspondência entre o modelo de *Estado constitucional* e o modelo de *poder constituinte*, captados ambos por abstracção teórica a partir dos textos jurídicos e dos contextos culturais (“A constituição ... não é só um texto jurídico, mas também um contexto cultural”³). Uma vez elaborados e interiorizados esses modelos, será possível, por simples evolução interna, mediante revisões parciais ou totais ou ainda por continuadas interpretações e reinterpretações das regras e princípios constitucionais, fazer aproximar as constituições vigentes da *constituição ideal*: “é,

¹ PETER HÄBERLE, “Potere costituente (teoria generale)”, *Enciclopedia Giuridica*, IX, 2001, 1.1.3.

² *Ibidem*, 1.1.1.

³ PETER HÄBERLE, *Libertad, igualdad, fraternidad. 1789 como historia, actualidad y futuro del Estado constitucional*, Mínima Trotta, Madrid, 1998, 46.

portanto, admissível a existência de uma única fase constituinte evolutiva, e isso porque a doutrina da constituição, operando de maneira científico-cultural, preparou conteúdos e processos ainda externos aos textos positivos que tornam possível um caminho para uma nova concreta *constituição exemplar*”¹.

O primeiro aspecto da tendência evolutiva que Häberle viu confirmada refere-se à própria concepção de povo que é titular da soberania nas constituições que configuram o Estado Constitucional de matriz ocidental. Aqui pode dizer-se que o olhar hermenêutico do jurista coincidiu com o olhar sociológico de R. Dahl no reconhecimento do mesmo objecto². Ao longo do tempo, o povo foi perdendo a imagem de unidade que havia sido criada pelas teorias do pacto social e que se reflectiu depois na ideologia revolucionária do *pouvoir constituant*. Do que dão conta os textos constitucionais mais recentes é da existência de sociedades pluralistas nas quais o povo aparece redistribuído por uma diversidade indefinida de grupos sociais, constituídos em torno de interesses e objectivos específicos e na base dos quais cada um alicerça a sua respectiva identidade.

Segundo Häberle, a natureza multiforme desta realidade tem-se manifestado na heterogeneidade do sujeito que intervém como protagonista no processo constituinte: “no contemporâneo pluralismo actuam em tal veste partidos, associações, igrejas, personalidades singulares (como N. Mandela na África do Sul), a ciência, as forças militares (em Espanha e Portugal dos anos 70, na Turquia dos anos 80; sobre o papel das forças militares, cfr. o preâmbulo da constituição portuguesa e o preâmbulo da constituição turca de 1982)”³. Nenhuma individualidade, nenhum grupo particular, nenhuma força política pode reivindicar para si o estatuto de titular exclusivo do poder constituinte. Pelo contrário, podem todos, com igual legitimidade, concorrer para a expressão final desse poder, pondo em competição os respectivos pontos de vista⁴. A constituição será sempre um resultado consensualizado dos múltiplos interesses que se fazem ouvir na sociedade civil. “No Estado constitucional existe uma multiplicidade de «factores» ou de «membros» pluralísticos que laboram para o consenso fundamental

¹ Idem, “Potere costituente (teoria generale)”, loc. cit., 1.1.3.

² Deixaremos para mais tarde a abordagem à teoria da democracia sustentada por este autor.

³ PETER HÄBERLE, “Potere costituente (teoria generale)”, loc. cit., 1.1.2.

⁴ Assim, por exemplo, no processo constituinte português, que vai do derrube da ditadura à aprovação da Constituição da República Portuguesa em 2 de Abril de 1976, terá sido tão legítimo o envolvimento dos partidos políticos como o do Movimento das Forças Armadas; e, pela mesma razão, será indiscutível a validade do pacto MFA-Partidos que regulou o processo constituinte e condicionou fortemente o conteúdo da constituição de 1976.

sobre o qual se «funda» a constituição”¹. É nesta lógica que, segundo Häberle, ganha sentido o renascimento do conceito de *pacto constitucional* (ou de *constituição pactuada*), já que tal conceito, pressupondo o *pluralismo dos constituintes*, ilustra com mais realismo as contradições e compromissos da fase constituinte do que a ideia schmittiana de uma vontade homogênea e ilimitada que a si mesma dá uma constituição.

Uma vez reconhecida a “grandeza pluralística” do povo, considera Häberle que “não é necessário cancelar ou subtrair dos textos constitucionais e da teoria o conceito de constituinte ou de poder constituinte como competência do povo”². O que é preciso, segundo ele, é prevenir os procedimentos da sua manifestação segundo o modelo do Estado Constitucional. E o que este modelo postula é a existência de normas constitucionais positivas que permitam e regulem a revisão total da constituição. Häberle estabelece, ele também, a separação dicotômica entre poder de revisão e poder constituinte. Na sua perspectiva, uma revisão parcial da constituição não exige a intervenção directa do titular do poder constituinte: só nos casos de revisão total o soberano deverá ser convocado a pronunciar-se. Mas o importante, sustenta ele, é que ambas as modalidades estejam expressamente previstas na constituição, e eventualmente arrumadas sob o mesmo título, como acontece na constituição suíça.

Posto isto, pode surgir a dúvida quanto a saber se, a partir do nível textual caracterizado pela procedimentalização do poder constituinte, a questão da reforma total da constituição alguma vez se colocará. Aparentemente, e pressupondo, como Häberle deixa entender na sua referência a Habermas, o carácter irreversível e sequencial dos níveis textuais, a partir de certo grau de consolidação do Estado constitucional não haveria mais ensejo senão para revisões parciais. O simples poder de revisão bastaria então para modificar positivamente uma “boa constituição”. O poder constituinte do povo, embora de existência assinalada nos textos constitucionais, seria evocado apenas como velha personagem de cenas irrepetíveis da história.

Na realidade, Häberle, não pensa assim. Em primeiro lugar, a reforma total da constituição, acto da competência exclusiva do poder constituinte, é uma eventualidade que o Estado constitucional mantém sempre em aberto (“possivelmente, com um processo em três fases: iniciativa mediante o povo, votação no parlamento e

¹ PETER HÄBERLE, “Potere costituente (teoria generale)”, loc. cit., 1.1.3.

² Idem, ibidem, 1.2. d).

aprovação final por parte do povo; o povo deve ter a última palavra pelo menos sob a forma de eleições ou através de um *referendum*¹). O que é culturalmente irreversível são os pressupostos fundacionais do Estado constitucional, a saber, a dignidade humana, como sua *premissa antropológico-cultural*, da qual derivam todos os direitos fundamentais, e a democracia, alicerçada na separação dos poderes, como sua *consequência organizativa*. Tais pressupostos são *cláusulas de eternidade* (ou *cláusulas de identidade*²) do Estado constitucional, intocáveis mesmo para o próprio poder constituinte³. Eles são ainda uma referência permanente para a determinação substancial e processual do *bem comum* nas circunstâncias variáveis da sociedade aberta. Dentro destes parâmetros, nada obstará a que, por exemplo, um regime monárquico se transmute num republicano mediante a reforma total da constituição em vigor ou que um Estado nacional mude de constituição para integrar uma federação de Estados, como é o caso da União Europeia onde a soberania federal passa a sobrepor-se às soberanias nacionais⁴.

Mas, numa interpretação mais extensiva, podemos deduzir que, segundo Häberle, o poder constituinte do povo não é uma realidade tornada presente apenas nos contextos formais da revisão total. É-o também, para além desses, nos contextos não formais do mundo da vida. Desde logo, ele afirma que a constituição existe porque o povo a criou, mas também porque a *vive* no seu quotidiano. E isso significa não só que o poder constituinte é contemporâneo dos poderes constituídos, mas ainda que o seu titular continua a exercê-lo numa contínua recriação do direito constitucional. Este direito não se oferece como um conjunto de normas acabadas, de sentido inequívoco,

¹ Idem, *ibidem*, 1.2.c).

² Cf. *Potere costituente*, 3.3: *Os limites da revisão constitucional: as cláusulas de eternidade como garantia da identidade do Estado constitucional*. Aí se lê que “o emprego de cláusulas, escritas ou não escritas, de eternidade constitui um exame e um *hic Rhodus hic salta* da doutrina da constituição... No âmbito desta impostação, evidencia-se uma vizinhança específica das *cláusulas de identidade* escritas ou não escritas àquilo que está contido nos preâmbulos. Esses tratam, como uma espécie de ‘constituição na constituição’, os princípios fundamentais substanciais de uma constituição concreta do Estado constitucional”.

³ “A dignidade humana e os direitos do homem, a democracia e a separação dos poderes, são requisitos «ideais» (que frequentemente constam já dos preâmbulos), cuja não observância implica deixar de se poder falar em «Estado constitucional»” (*ibidem*, 20). É uma versão mais actualizada e desenvolvida do artigo 16 da Declaração dos *Direitos do Homem e do Cidadão* onde se afirmava que “Qualquer sociedade onde não esteja assegurada a garantia dos direitos nem estabelecida a separação dos poderes não tem Constituição”. Na história do constitucionalismo de cada nação, aparecem outros princípios que se inscrevem na constituição como pretensas cláusulas de eternidade e que, na realidade, não passam de manifestações de um voluntarismo ideológico de conjuntura política. Esses, com o decorrer do tempo (no paradigma do *Estado constitucional*), perdem eficácia normativa.

⁴ Neste sentido, OLIVIER BEAUD considera, como atrás vimos, que o referendo ao Tratado de Maastricht foi uma manifestação do poder constituinte do povo.

antes é permeável a mutações semânticas decorrentes de uma prática pública de exegese que confere à sociedade aberta o estatuto político de “sociedade constituinte”¹. Na expressão anglo-saxónica de que Häberle se serve, toda a constituição, desde que democrática, deve ser considerada uma *Constitutional law in public action*². É por esse motivo que Häberle introduz o tema da *sociedade aberta dos intérpretes da constituição* no seu estudo sobre o poder constituinte, ao mesmo tempo que concebe o paradigma do Estado constitucional como uma *sociedade aberta de intérpretes e criadores da constituição*. Explicaremos melhor este tema quando adiante tratarmos da doutrina da constituição como processo. Agora interessa-nos mais colocar a tónica na tese de Häberle segundo a qual a interpretação da constituição, no simples viver quotidiano das pessoas comuns, funciona como processo constituinte. De facto, ele escreve na monografia que dedicou ao “Estado Constitucional” que este pode irromper e evolucionar na história: “como ‘emanação’ única de uma constituição (como em 1787 nos Estados Unidos ou em 1789 na França); como ‘revisão total’ de constituições existentes (como desde os anos 60 até hoje em muitos cantões suíços); como ‘revisão parcial’ (como em 44 casos na *Grundgesetz* ...), *mas ainda nas formas mais ‘subtis’ da interpretação constitucional criadora da constituição vivente, até na audácia das opiniões dissidentes...*”³.

Mas, se o paradigma dos níveis textuais sugere um exercício permanente do poder constituinte do povo, como modo de realização da democracia na praxis quotidiana, o facto é que o mesmo paradigma, segundo Häberle, repudia a concepção unitária do povo que as teorias pré-revolucionárias do pacto social tomaram como axioma. Na sociedade aberta e constituinte dos intérpretes da constituição, o povo está socialmente fragmentado, manifestando-se como grandeza pluralística na divergência

¹ É oportuno lembrar que a teoria de um poder constituinte informal em permanente renovação do sentido das normas é sustentada já por BURDEAU, conforme se vê por estas suas palavras: “Se o poder constituinte é uma potência que faz ou transforma as constituições, impõe-se admitir que a sua acção não está limitada às modalidades juridicamente organizadas do seu exercício. A bem dizer, ele não cessa nunca de agir... Há um exercício quotidiano do poder constituinte que, não sendo registado pelos mecanismos constitucionais, nem pelos sistemas sismógrafos das revoluções, não é por isso menos real. Em particular nos regimes democráticos de estilo clássico em que os cidadãos dispõem de um largo acesso aos instrumentos de difusão do pensamento, há uma acção constituinte permanente da opinião... Mais do que sobre a elegância e a lógica dos textos, a solidez de um regime político apoia-se sobre o plebiscito quotidiano pelo qual a opinião torna viva a constituição, isto é, aplicável em tal das suas disposições, desusada ou inoportuna noutras” (GEORGES BURDEAU, *Traité de Science Politique*, III, ed. cit., 244).

² PETER HÄBERLE, *Pluralismo y constitución. Estudios de teoría constitucional de la sociedad abierta*, Tecnos, Madrid, 2002, 89.

³ PETER HÄBERLE, “Stato costituzionale”, *Enciclopedia Giuridica*, 16, 2000, V, 1.2.1 (sublinhado por nós).

dos partidos políticos, das correntes de opinião, dos grupos de interesses ou pura e simplesmente nos actos comuns da vida constitucional mediante os quais os cidadãos individualmente vão realizando os seus direitos fundamentais. “Esta reconstrução não é uma ‘deposição’ do povo soberano, ainda que o seja do ponto de vista da concepção rousseauiana da soberania popular na qual o povo é entendido como ser absoluto a par de Deus”¹.

A soberania do povo emergiu historicamente por oposição à do monarca e revestiu-se de características absolutistas semelhantes. O Estado constitucional iniciou, assim, a sua carreira legitimando-se com o dogma da tradição de Rousseau segundo o qual “todo o poder do Estado deriva do povo”. Progressivamente, porém, os textos constitucionais e a ciência do direito constitucional foram introduzindo correcções que enfraqueceram aquele dogma (“nem todo o poder do Estado provém do povo”)² ao mesmo tempo que fizeram sobressair a dignidade humana como valor vinculativo e fundamento superior e anterior de legitimidade política (“a tutela da dignidade do homem... funciona como princípio jurídico fundamental que precede o «Estado» e o «povo»”)³. Esta evolução foi, naturalmente, determinada pela experiência histórica da precariedade dos direitos fundamentais nos regimes políticos onde vigorou ou tem vigorado um entendimento absolutista da soberania do povo. Daí a tendência actual, assinalada por Häberle, para se abandonar o significado etimológico da palavra democracia, passando-se a defini-la como poder ou soberania (constituente) dos cidadãos: “À democracia dos cidadãos pertence a ideia de que a democracia dos direitos fundamentais não se baseia na mera substituição do monarca pelo povo como soberano... A liberdade dos direitos fundamentais (pluralismo), e já não o povo, torna-se o ponto de referência da constituição democrática. Esta *capitis diminutio* do pensamento cripto-monárquico do conceito de povo age no sentido da afirmação da liberdade do cidadão e do pluralismo”⁴. O fundamento último de validade da constituição passa,

¹ PETER HÄBERLE, “Potere costituente (teoria generale)”, loc. cit., 4.3.4. Observação crítica semelhante fora já feita por A. SAINT GIRONS a propósito da célebre máxima de ROUSSEAU segundo a qual *o povo é sempre senhor de mudar as suas leis, mesmo as melhores, porque, se lhe agrada fazer mal a si próprio, quem é que tem o direito de o impedir disso?*. Observa SAINT GIRONS: “Eis o triste e perigoso sofisma que resulta da confusão entre soberania e governo” (*Manuel de Droit Constitutionnel*, L. Larose et Forcel, Paris, 1885, 23). Na opinião deste eminente constitucionalista do século XIX, o povo é governante, mas não soberano: “No interior do país, a soberania nacional é o direito de ser bem governado, uma garantia eterna contra os reis déspotas, as assembleias onnipotentes, os poderes malfeitores” (ibidem, 23).

² Ibidem, 7.2.1.

³ Ibidem, 7.2.2.

⁴ Ibidem, 11.2.

assim, do domínio sociológico e político, onde reinava *legibus solutus* o poder constituinte, para o domínio de uma axiologia radicada na história da cultura. O cimento que garante a coesão social já não é, pois, o poder constituinte, agora sem unidade nem rumo, mas os valores e direitos que dão consistência identitária às constituições dos Estados democráticos.

4.2. O poder constituinte como conceito cancelado ou exaurido

Na inexistência de um sujeito capaz de se impor como titular credível da soberania, a constituição passa a valer por si mesma: nos Estados pluralistas, o que vigora é uma “constituição sem soberano”¹. Dir-se-á por outras palavras que a vigência da constituição já não carece daquele “fundamento externo (...) ao qual as doutrinas do direito constitucional costumam dar o nome jurídico de «poder constituinte»...”². Nesta senda, Zagrebelsky prefere falar em “soberania da constituição” para evitar o erro de se pensar que o soberano, no sentido tradicional de força detentora de todo o poder estatal, só provisoriamente estaria ausente³. Igual posição é a de Massimo Luciani para quem falar de soberania, mesmo que no contexto de “soberania da constituição”, é dar lugar a um equívoco que deve ser evitado: “com efeito, obriga ao inevitável *distinguo*, correndo-se o risco de subordinar aquele conceito à irreprimível potência evocativa do

¹ G. MIGLIO, “Il mito della “Costituzione senza sovrano” (1983), in G. MIGLIO, *Le regolarità della politica*, Milão, 1988, II, 845 e ss.

² VITTORIO ANGIOLINI, *Costituente e costituito*, CEDAM, 1995, 23-4.

³ OLIVIER BEAUD, no seu projecto de “reabilitação do poder constituinte”, observa que a teoria da *soberania da constituição* é uma nova versão da *soberania do direito*, que procura sobrepor a norma ao sujeito que a instituiu. No caso da constituição, trata-se de obliterar falaciosamente o sujeito constituinte. “Todavia, se se admite a supremacia da constituição, é preciso deduzir daí, logicamente, que a autoridade que a editou é ela mesma suprema ou soberana. O corte instaurado entre a constituição e o poder constituinte não tem mais justificação do que o corte que se faria entre a lei monárquica e o Monarca” (*La puissance de l'état*, ed. cit., 211). Por seu turno, RUSCONI refere que, na Alemanha, o conceito de “soberania da constituição” potencia uma “juridificação da política” e, simultaneamente, uma “politização da jurisprudência constitucional”. Isto porque, na ausência de uma soberania do povo ou do parlamento, fica reservada ao Tribunal Constitucional a última palavra na interpretação e actuação da constituição. “Ao Tribunal são reconhecidas competências não só de controlo passivo da constitucionalidade, mas de iniciativa para a «actuação da constituição», entendida como «ordenamento objectivo de valores. Por consequência, é inevitável que algumas decisões do Tribunal pareçam políticas em sentido forte ou que a sua jurisprudência seja (ou pareça) politizada quando entra em concorrência e, nalguns casos em contradição, com a iniciativa legislativa ou de outros actores políticos” (GIAN ENRICO RUSCONI, “Quale «democrazia costituzionale»? La Corte Federal nella politica tedesca e il problema della costituzione europea”, *Rivista Italiana di Scienza Politica*, 2, ano XXVII, Agosto 1997, 279).

termo”¹. Deixou de haver lugar para um soberano político nas sociedades “Modernas, Dinâmicas e Pluralistas” (R. Dahl), aí onde a descentração social do poder é cada vez mais a forma concretizadora do Estado de direito.

Reportando-se à história recente dos países democráticos, Zagrebelsky aduz um elenco de factores que, segundo ele, obrigam a cancelar o conceito de soberania herdado do velho *ius publicum europaeum*: “o pluralismo político e social interno, que contesta a própria ideia de soberania e de sujeição; a formação de centros de poder alternativos e concorrenciais com o Estado, operantes no campo político, económico, cultural e religioso, mesmo em dimensões totalmente independentes do território estatal; a progressiva institucionalização, às vezes promovida pelos próprios Estados, de «contextos» que integram os seus poderes em dimensões supra-estatais, subtraindo-os dessa forma à disponibilidade dos Estados singulares; por fim, a atribuição aos indivíduos de direitos que eles podem fazer valer contra os Estados a que pertencem, perante jurisdições internacionais”². Com a dissolução da soberania, fica também cancelado o poder constituinte: “a queda da soberania (...) arrastou consigo o *pouvoir constituant*”³.

Mas este facto, que consiste na denegação objectiva de um poder soberano e constituinte, não implica que se tenha de recusar a questão do fundamento do direito constitucional. Aparentemente, dar-se-ia razão ao positivismo que, por opção epistemológica, coloca essa questão fora da esfera da ciência jurídica. Ora, do que se trata é de procurar esse fundamento através de uma leitura mais compreensiva dos sinais do tempo, captando nesses sinais a exigência de novas relações da constituição com a realidade actual. Quer dizer que o fundamento de sentido do texto constitucional não está na vontade constituinte (na *intentio* do legislador) ou no projecto político de que ele seria expressão, mas nos casos concretos da política quotidiana que continuamente reclamam novas interpretações e aplicações da constituição. “A consequência é esta: cai a presunção absoluta de legitimidade da constituição. O seu valor deixa de ser um *a priori* da vida política e social. Operou-se uma mudança que não condena necessariamente a constituição, mas que impõe uma conversão: já não é da constituição que se pode olhar a realidade, mas da realidade é que se deve olhar a constituição (...) Não é a constituição que comanda, mas somos nós que a interrogamos e lhe

¹ MASSIMO LUCIANI, “L’Antisovrano e la crisi delle costituzioni”, *Rivista di Diritto Costituzionale*, 1/1996, 155.

² *Il diritto mite*, ed. cit., 6-7.

³ GUSTAVO ZAGREBELSKY, “Storia e costituzione”, *Il futuro della costituzione*, ed. cit., 74.

reconhecemos o poder decisivo, que é o de formular as respostas que interessam (...) É a revolução hermenêutica aplicada à constituição”¹.

Factor determinante desta revolução hermenêutica é, na teoria de Zagrebelsky, a revalorização do papel da história na compreensão do direito em geral e do direito constitucional em particular. E isso significa dar maior relevância à continuidade evolutiva e espontânea dos processos de transformação jurídico-política do que às discontinuidades constitucionais impostas pelo voluntarismo de forças revolucionárias. Postula-se, assim, a substituição da *história das constituições* pela *história constitucional*, fundada na fluidez do processo social, o que implica a extinção do poder constituinte por ser este um conceito inconciliável com a nova perspectiva. “A história constitucional é mudança, é contingência política, é acumulação de experiências do passado no presente, é realidade social, é relação entre passado e futuro, é movimento de sujeitos *a priori* indefiníveis, é imprevisibilidade de problemas e espontaneidade de soluções. Ao contrário, o poder constituinte é fixação, é absolutização de valores políticos, é puro dever ser, é começo *ex novo*, é elisão do passado e redução de todo o futuro ao presente, é inicialmente aceleração histórica improvisada e sucessivamente contenção do movimento, é expressão de um só sujeito político, individualizado e incondicionado, e por isso soberano, é predeterminação dos problemas e planificação das soluções. Os conceitos essenciais da história constitucional são: o longo período, o desenvolvimento, a espontaneidade e a ordinaryness, a natureza social, os vínculos materiais. Do poder constituinte, são: a imediatez, o progresso desejado e imposto, a excepcionalidade, o artifício político, a ausência de limites e confins”².

Nesta linha de pensamento, os conceitos que foram estruturantes do Estado-nação perdem actualidade e, conseqüentemente, passam a ser obstáculos epistemológicos à compreensão dos novos tempos e à realização das adaptações

¹ ZAGREBELSKY, “Storia e costituzione”, loc. cit., 79. “Em síntese, é mudada a prestação fundamental da constituição: de ‘acto criativo’ a ‘texto responsivo’. E é mudada a nossa posição nos confrontos da constituição: de obedientes a interrogantes. A constituição que exige sujeição ao projecto político-social que ela imperativamente estabelece deixou o lugar à constituição à qual se regressa para encontrar respostas compartilháveis às interrogações que surgem dos casos difíceis da vida constitucional” (idem, ibidem, 74). Mais tarde, o mesmo autor reitera a ideia de que o conceito de constituição soberana deixou de ser adequado às exigências de um Estado constitucional pluralista: “Na minha opinião... trata-se de pôr a constituição debaixo, ou seja de concebê-la, não como constituição soberana, mas sim como constituição *sottana*, ainda que talvez seja inútil inventar palavras novas. É a constituição como norma fundamental, posta debaixo, como base dessa convivência pluralista” (“El derecho constitucional del pluralismo”, *Anuario de Derecho Constitucional y Parlamentario*, n.º11, 1999, 13).

² ZAGREBELSKY, “Storia e costituzione”, loc. cit., 42.

constitucionais que eles exigem. Internamente, a evocação do poder constituinte do povo é interpretada como uma ameaça à vigência dos direitos fundamentais. É neste sentido que Mario Dogliani, em contexto de *luta pela Constituição*, na Itália dos anos noventa, condena, num processo de intenções, aqueles que, na altura, faziam apelo ao “fantasma schmittiano do poder constituinte”¹. Argumentava-se que a constituição de 1948 estava morta, porque nos anos 90 já não existia a constituição material (no conceito de Mortati) que ela exprimia. Seria, então, necessário substituí-la por outra que melhor traduzisse a nova correlação de forças entre os partidos. Dogliani colocava desta maneira o problema: “ou se quer manter os princípios que formam o núcleo ineliminável do constitucionalismo europeu do segundo pós-guerra, e então não há lugar para o poder constituinte, mas somente para o poder de revisão; ou se quer activar o poder constituinte e então quer-se ‘tocar’ negativamente naqueles princípios”². Na sua opinião, o poder constituinte esgotou a sua tarefa histórica – é um “poder exaurido” – porque aquilo que é verdadeiramente da sua competência já se encontra constitucionalizado³. Assim sendo, o seu regresso à vida política só poderia justificar-se pela vontade de destruir a obra da sua primitiva manifestação: “o único conteúdo possível de um novo exercício do poder constituinte é a negação dos direitos hoje considerados invioláveis...”⁴. Partilhando deste ponto de vista, Luciani encontra aí boas razões para exortar a doutrina do direito constitucional a “libertar-se” uma vez por todas da teoria do poder constituinte⁵.

¹ MARIO DOGLIANI, “La lotta per la costituzione”, *Diritto Pubblico*, 2, 1966, 293 e ss.; “Potere costituente e revisione costituzionale nella lotta per la costituzione”, in *Il futuro della costituzione*, ed. cit., 253 e ss.

² Idem, “La lotta per la costituzione”, loc. cit., 299, nota.

³ É difícil resistir à tentação de citar, neste momento, CARLOS DE CABO MARTÍN para dizer com ele que não é aceitável a ideia de esgotamento da capacidade constituinte do povo e que não devem ser subestimadas as virtualidades transformadoras do *constitucionalismo do Estado social*. “Só com base nos pressupostos ideológicos bem identificáveis enquanto manifestações mais ou menos sectoriais do pensamento único ou da metodologia que, duma forma ou doutra, integram componentes do tipo «fim da história», pode ser admissível julgar que tudo está já constituído. O elemento utópico como ingrediente cultural do constitucionalismo beligerante frente ao funcionalista deve mostrar-se de novo. E no seu sentido mais próprio, quer dizer, entendendo o utópico, não tanto no sentido – também ideológico – de configuração fundada em elementos irracionais que estão fora da realidade, mas como construção racional, produto ocidental do pensamento iluminista, apoiado em elementos reais cuja virtualidade transformadora utópica se verifica mediante a sua encarnação no real” (CARLO DE CABO MARTÍN, *La Reforma constitucional en la perspectiva de las fuentes del derecho*, ed. cit. 49).

⁴ Idem, “Potere costituente e revisione costituzionale nella lotta per la costituzione”, loc. cit., 272.

⁵ MASSIMO LUCIANI, “L’Antisovrano e la crisi delle costituzioni”, loc. cit., 153. “Sobre esse poder o direito tem, com efeito, pouco a dizer, excepto constatar que também ele encontra limites, os quais, todavia, escapam ao direito ele mesmo, porque são lógicos e históricos e já não jurídicos” (ibidem, 153-154).

Mas não se trata apenas de reconhecer que está consumada a tarefa histórica do poder constituinte. Luciani argumenta ainda que a teoria só fez sentido no particular contexto da sua emergência. “Na realidade, tanto a teoria da soberania quanto a do poder constituinte devem a sua elaboração à necessidade prática de se fundar uma nova ordem político-social, formalizando e legitimando duas claras descontinuidades em relação ao passado”¹. O conceito de soberania foi um instrumento teórico fundamental para a formação dos Estados nacionais e para a sua luta de emancipação contra a autoridade universal do imperador e do papa. No plano externo, a soberania representava um poder absoluto (no sentido independência absoluta). Mais tarde, o conceito de poder constituinte deu força ao impulso revolucionário que subverteu irreversivelmente as relações de dominação interna que se fundavam no direito tradicional e divino. “Só a redução da soberania à sua expressão mais abstracta e artificial, isto é, ao poder constituinte, terá logrado obter o resultado que os teóricos do absolutismo régio não tinham sabido nem ousado aflorar: colocar nas mãos do homem o ilimitado poder de estabelecer as regras de funcionamento da sociedade”².

Entretanto, foi-se consolidando o *habitus* da política constitucional, foi-se modificando, no sentido de uma maior complexidade, a estrutura da sociedade civil e, por força da mesma evolução, foram-se multiplicando os lugares e os modos das interações sociais com conteúdo político. Esta realidade indesmentível parece, efectivamente, ter conduzido o poder constituinte à exoneração, transferindo-o do mundo real onde consumou o seu papel histórico para o domínio da retórica irrealista. Tal é o que Luciani sustenta no seu comentário à célebre e intensamente polémica mensagem enviada pelo Presidente Cossiga, em Junho de 1991, aos parlamentares italianos para que este se pronunciassem sobre a oportunidade ou necessidade de se iniciar um processo constituinte, no suposto de que a Constituição de 1948 (“datada”) já não correspondia à *constituição real*. Na opinião de Luciani, não havia nada na situação político-institucional que o poder de revisão não pudesse resolver; e nada que o mítico poder constituinte (“verdadeiro sub-rogado laico na Terra da *summa potestas* de Deus no Céu”³) pudesse pacificamente solucionar. Não seria, pois, a constituição a estar em contradição com a realidade do presente, mas sim a retórica do poder constituinte.

¹ Idem, *ibidem*, 137.

² Idem, *ibidem*, 142.

³ “Commento del Prof. Massimo Luciani” (*Dibattiti*), *Giurisprudenza Costituzionale*, Anno XXXVI, 1991, Settembre-Ottobre, 3280.

“Subjacente à teoria do *pouvoir constituant* está a ideia da unitariedade do poder soberano, que está logicamente conectada com a de unitariedade, individualidade, do seu titular. O poder constituinte, o poder de ditar as regras fundamentais do viver associado, está nas mãos do soberano: saber quem é o titular daquele poder (podendo decidir se, como e quando exercê-lo), significa saber ao mesmo tempo quem é o soberano e vice-versa. Nas democracias pluralistas, porém, é precisamente a unitariedade, a concentração do poder soberano, que falta. A soberania está fragmentada, dispersa, diluída em mil regatos: cada um de nós sofre e comparticipa em actos singulares de soberania, mas o soberano, na sua verdadeira essência, e para lá da sua (inteiramente ideológica) identificação com o povo, permanece intangível...”¹

As circunstâncias não parecem, pois, ser propícias à evocação do poder constituinte. De resto, este actuou sempre condicionado pelas circunstâncias que determinaram a sua aparição histórica. Com efeito, do mesmo modo que a soberania, no plano interno, fora sempre concebida e exercida (mesmo na época do absolutismo) como um poder limitado face aos direitos históricos dos súbditos, assim também o poder constituinte (“última relíquia da soberania”²) não foi concebido nem se manifestou como uma força que teria intervindo na história arbitrariamente. Bem pelo contrário, para se projectar no futuro, para ter sucesso, ele teve que se assumir como expressão de interesses e sentimentos comuns à generalidade da nação. Assim, a *voluntas* da decisão constituinte é regulada pela *ratio* da sua finalidade e esta é ditada pelas necessidades sociais e culturais do tempo. “O soberano *pode fazer a história*, e nisso está a sua grandeza; mas *não pode deixar de fazê-la*, e nisso reside o seu drama”³. Não sendo, pois, arbitrária a actuação do poder constituinte, antes sendo ela justificada pelo objectivo de criar um ordenamento constitucional que interiorize os novos valores da realidade histórico-política, logrado que seja esse objectivo, aquele poder deve extinguir-se para que a história retome o seu *continuum*. “Hoje, numa altura em que os valores fundamentais (liberdade, igualdade, direitos) abandonaram a esfera da transcendência para se tornarem (ainda que imperfeitamente) história, o espaço do poder constituinte aparece mais exíguo do que nunca. Assim, visto que esses valores foram juridicamente positivados e dessa forma se converteram em direito, é possível dizer...

¹ Idem, *ibidem*, 3284.

² Idem, “L’Antisovrano e la crisi delle costituzioni”, *loc. cit.*, 150.

³ Idem, *ibidem*, 148 (sublinhado no original).

que todos os poderes políticos são doravante constituídos”¹. Compreende-se, pois, nesta ordem de ideias, que se adivinhe o perigo de retrocesso na tentativa de resolução de actuais desentendimentos à volta da constituição mediante o apelo às figuras historicamente exauridas da soberania e do poder constituinte.

Externamente, os mesmos referentes do Estado-nação que tornam insegura a democracia também impedem a criação de uma cidadania democrática sem base nacional, seja pela resistência à “inclusão do outro” numa sociedade multicultural, seja pela reacção (típica dos “sucessores soberanistas” de Carl Schmitt) contra a formação de uma constituição reguladora de uma sociedade civil transnacional, designadamente a constituição europeia. Problemas esses que, segundo crê Gaetano Silvestri, irão sendo superados na medida em que, dentro de cada país, se for estabelecendo a *soberania dos valores*, o que significa instituir o Estado constitucional descrito por Häberle, ou seja, um Estado onde a dignidade humana, enquanto pressuposto axiológico dos direitos fundamentais, toma o lugar da soberania popular. Só o carácter universal dos valores e dos direitos permite, ao contrário dos particularismos nacionalistas, conceber uma cidadania desterritorializada, sem fronteiras, no quadro da emergente *constelação pós-nacional* de que fala Habermas.

Se, na doutrina alemã, o último autor citado considera que a soberania do Estado nacional é actualmente um anacronismo², já G. Silvestri, na doutrina italiana, interpreta a organização do terror nos Estados totalitários do século XX como *fisicização do dogma da soberania*, ao mesmo tempo que responsabiliza a juspublicística europeia pelo facto de ter vinculado aquele conceito à ideia de uma subjectividade dotada de poder não só ilimitado, mas ilimitadamente expansivo³. No entanto, o excesso das práticas totalitárias acabou por determinar a auto-destruição deste modelo legado à modernidade por Bodin e Hobbes. As trágicas experiências de Auschwitz e do *Gulag* soviético obrigaram a repensar a soberania com outro significado. “A reviravolta encetada pela doutrina constitucionalística da segunda metade do século XX consiste na substituição do *fundamento da autoridade pelo fundamento dos valores*. Os valores fundamentais da humanidade, calcados pelo totalitarismo, assumem a veste dos *soberanos*: a sua soberania *objectiva* sobrepõe-se a

¹ Idem, *ibidem*, 150-151 (nota 117).

² JÜRGEN HABERMAS, *La inclusión del otro*, Paidós, Barcelona, 1999, 131.

³ GAETANO SILVESTRI, “La parabola della sovranità. Ascesa, declivio e trasfigurazione di un concetto”, *Rivista di Diritto Costituzionale*, 1/1996, 52-53.

qualquer pretensão de soberania *subjectiva*, aí compreendida a do poder constituinte, seja na forma de poder originário do ordenamento, seja na forma de poder de revisão”¹. Porém, esta destronação da autoridade pelos valores não resulta apenas das experiências políticas do passado, antes encontra nova e decisiva razão de ser no actual processo da globalização e nos subseqüentes efeitos desse processo sobre as soberanias estatais. A emergência de instâncias supranacionais com orientação ideológica e autoridade vinculativa sobre as políticas governamentais torna legítimo falar, com palavras de Massimo Luciani, na criação de um *anti-soberano*, um anti-soberano transnacional e “timo-tecnocrático” que tem na perda da autonomia dos Estados o critério do seu próprio sucesso: “a afirmação do seu poder pressupõe que o antigo soberano nacional seja aniquilado”².

O que desde logo se verifica, por acção do anti-soberano, é o desvanecimento da eficácia integradora e identitária do Estado. “A coesão nacional aparece estruturalmente comprometida pela tendência de uma parte minoritária da população a projectar-se nos mercados mundiais, procurando vantagens e rendimentos além dos confins nacionais, indiferente à eventualidade do contraste entre o seu bem-estar e dos seus compatriotas. O antigo nacionalismo das classes dominantes parece ceder passo a um cosmopolitismo insensível ao interesse nacional por parte dos possuidores de riqueza, até ao ponto de se tornar privado de sentido o ‘nós’ referido ao conjunto dos cidadãos de uma nação”³. Convergindo com esta constatação feita por Silvestri, observa Luciani que o “constitucionalismo mais maduro” tem vindo a renunciar à perspectiva sociológica de Povo, encarando este signo constitucional como “uma ficção jurídica útil... e nada mais”⁴. É evidente que uma tal des-realização deste signo, qualquer que seja a verdade do seu alegado fundamento empírico, rouba sentido à extrapolação do modelo da soberania nacional para as questões da política transnacional que emergem do processo da globalização. Não é possível esperar que se forme um *povo europeu* para começar a governar a Europa e, menos ainda, um *povo mundial* para começar a construir uma nova ordem democrática mundial⁵. Outra inibição produzida

¹ Idem, *ibidem*, 56 (sublinhado no original).

² MASSIMO LUCIANI, “L’ Antisovrano e la crisi delle costituzioni”, loc. cit., 166.

³ GAETANO SILVESTRI, “La parabola della sovranità”, loc. cit., 61.

⁴ MASSIMO LUCIANI, “L’ Antisovrano e la crisi delle costituzioni”, loc. cit., 179.

⁵ “É essencial aqui sublinhar que o demos ‘possível’ pode formar-se só onde existem condições mínimas para que se desenvolva uma esfera da *Öffentlichkeit* na qual o debate cívico seja aberto, consciente e unificado por códigos comunicativos comuns que consintam a formação de uma ‘autoconsciência política’ dos ‘cidadãos livres’. O que, além da retórica da ‘aldeia global’ não é dado encontrar a nível

pela mesma linha doutrinal diz respeito à tentação de reforçar o protagonismo do povo nacional na legitimação dos processos internacionais, o que significaria trazer de volta o soberano nas suas temíveis vestes de poder constituinte. “Se o *proprium* do poder constituinte é a intenção de fazer a história, e se o problema que se quer resolver é o facto de que a história, hoje, se está a fazer no plano das conexões transnacionais, apelar-se para o povo constituinte de uma nação não serve para nada”¹.

A questão é, contudo, saber se o novo soberano – a dignidade humana como “síntese linguística e conceptual do sistema de valores positivado”² – não herda os males da *caixa de pandora* supostamente aberta pelo soberano anterior. Lendo G. Silvestri, ficam pelo menos sérias dúvidas. Segundo este autor, a soberania de valores impõe o desmantelamento da absolutização da ordem de domínio interna, o que sem dificuldade se toma como condição favorável à realização da cidadania democrática. Mas, simultaneamente, ela também reclama “o fim da relativização do ordenamento universal”. Esta relativização correspondia a um direito internacional fundado no reconhecimento da soberania nacional dos Estados, reconhecimento esse que tinha como corolário o princípio da não-ingerência. Logicamente, o inverso significa a sujeição das políticas internas a orientações externas. “O consolidar-se da consciência universal dos direitos humanos põe um limite ao pluralismo dos povos...”³. O pluralismo preconizado para o interior de cada Estado tem por contrapartida um unitarismo no plano internacional prescrito na forma de uma “lei dos Povos” que, certamente, não deixaria de se impor como expressão da superioridade moral dos “regimes liberais” do ocidente: “daqui pode derivar a qualificação de ‘regimes fora-da-lei’ para os sistemas políticos que não respeitem os *standards* mínimos de humanidade e justiça, com a consequente legitimação moral de acções de pressão económica, política e militar”⁴.

Este tema teve teorização desenvolvida por parte de John Rawls no seu livro sobre *O Direito das Gentes* onde o autor faz a distinção entre *povos bem ordenados*

planetário. Por outro lado, não se pode aceitar a ideia de sub-rogar a ausência do povo com a de *sociedade civil global* que, ‘unida pela tecnologia da comunicação’ e composta por organizações não governamentais e movimentos de base com interesses e estruturas transnacionais, deverá consentir a realização dos «valores da ordem mundial» (Idem, *ibidem*, 179-180).

¹ Idem, *ibidem*, 182.

² GAETANO SILVESTRI, “La parabola della sovranità, loc. cit, 63.

³ Idem, *ibidem*, 65.

⁴ Idem, *ibidem*, 65.

(classificação que reúne os povos liberais e os povos decentes) e Estados proscritos¹. Os povos liberais são democratas ao passo que os povos decentes não são liberais, contudo aceitam e cumprem o direito internacional. Quanto aos Estados proscritos, eles são dessa forma classificados porque os seus regimes não respeitam o direito das gentes. São conseqüentemente Estados *outlaw*. A questão que se coloca é a de saber quando é que os povos bem ordenados, designadamente os liberais, podem fazer a guerra. Pelo direito das gentes, é natural que esteja proibida a guerra por interesses económicos ou de intenção expansionista. Esse direito, no entanto, reconhece o direito à defesa. “Quando uma sociedade liberal desencadeia a guerra em defesa própria, fá-lo para proteger e preservar as liberdades básicas dos seus cidadãos e da sua democracia constitucional”². Mas o direito à guerra dos povos liberais não se esgota na autodefesa: ele autoriza igualmente a guerra de ocupação sempre que estejam em causa os direitos humanos no interior de um Estado proscrito. Trata-se neste caso, como naquele, de uma *guerra justa*. “O direito de um povo à independência e à autodeterminação não pode servir de escudo...”³. A “doutrina da guerra justa” apenas prescreve algumas regras restritivas, teoricamente ajuizadas, mas – como todos sabem – praticamente inobserváveis: “Na condução da guerra, os povos bem ordenados devem distinguir cuidadosamente três grupos: os dirigentes e funcionários do Estado proscrito, os seus soldados e a sua população civil. Esta distinção tem sentido porque o Estado proscrito não está bem ordenado e, em consequência, os membros civis da sociedade não podem ser considerados responsáveis pela guerra. Esta é obra dos dirigentes e funcionários, com o apoio de outras elites que controlam o aparelho do Estado”⁴. Há, no entanto, lugar para excepções ao estatuto que normalmente protege os civis da violência militar: basta que as características do Estado proscrito sejam avaliadas como potenciadoras de uma ameaça de elevado risco. “Esta classe de ameaça, numa palavra, justifica o argumento da emergência suprema não só em defesa das democracias constitucionais como também de todas as sociedades bem ordenadas”⁵. Seja como for, o objectivo final da guerra justa é estabelecer na sociedade inimiga “um regime bem ordenado”,

¹ O livro *The Law of Peoples* foi publicado em 1999. Como RAWLS explica, a obra tem em vista mostrar como é possível uma sociedade mundial de povos *liberais e decentes*. Complementa, assim, a *Theory of Justice* (1971) e o *Political Liberalism* (1993) que, por seu lado, tratavam de mostrar como é possível uma sociedade liberal.

² JOHN RAWLS, *El derecho de gentes*, Paidós, Barcelona, 2001, 109.

³ Idem, *ibidem*, 51.

⁴ Idem, *ibidem*, 113.

⁵ Idem, *ibidem*, 117.

considerando ao mesmo tempo que “é justo pôr limites à liberdade da sociedade derrotada em matéria de política exterior”.

Por aqui se vê que a soberania dos valores, que internamente impede corrupções totalitárias, pode, afinal, não ser garantia de imunidade contra políticas agressivas e expansionistas que, embora em contexto (ou pretexto) de cruzada em prol direitos humanos, não se distinguem na prática das que se consideram “*reveladoras* da natureza genuína” de um poder fundado na soberania do Povo¹. É que o significado prático dos valores depende do horizonte de interesses ou de doutrina dentro do qual é definido o seu conteúdo. Por alguma razão, com efeito, Rawls coloca, como observa Habermas, os direitos básicos liberais por cima do princípio democrático de legitimação². Porém, mais do que lembrar que a soberania dos valores não é menos permeável às patologias do poder do que a velha soberania popular, interessa-nos ir acedendo às precompreensões da nova mundividência que sentenciam a condenação do poder constituinte e o repúdio de projectos com intenção emancipatória e de alcance global.

4.3. A constituição como processo no horizonte de uma sociedade aberta

Independentemente de qualquer juízo de valor face ao que acaba de ser exposto (eventual perversão da soberania dos valores), é um facto que as últimas experiências da história parecem realmente justificar a viragem epistemológica das teorias da constituição (paradigma da processualização da constituição e também paradigma da constituição aberta) e do poder constituinte (sendo aqui aplicável, como sabemos, o paradigma estruturalista da *morte do sujeito*). As tentativas de submeter a

¹ G. SILVESTRI não dissocia o poder constituinte de um modelo de soberania popular caracterizado pelo desrespeito dos valores humanos: “Se um semelhante poder aparecesse, verificar-se-ia a restauração do modelo autoritário de soberania, historicamente possível – e ainda existente em muitas partes do planeta – mas estranho ao universo conceptual dos ordenamentos constitucionais constituídos depois dos cruéis totalitarismos de noventa e dois, extremos *reveladores* da natureza genuína daquele modelo” (“La parabola della sovranità, loc. cit, 73).

² JÜRGEN HABERMAS/JONH RAWLS, *Debate sobre el liberalismo político*, Ediciones Paidós, Barcelona, 1988, 43. Segundo OTFRIED HÖFFE, os princípios da justiça de RAWLS exprimem “a ideia liberal de uma subclasse intermédia com preocupações de justiça social associadas à preocupação suprema da defesa do sistema capitalista” (“Introduzione critica alla teoria della giustizia di Rawls”, *Rivista Internazionale di Filosofia del Diritto*, Ottobre-Dicembre, IV serie, LXI, 1984, 628).

vida interna das sociedades ao poder da razão saíram goradas quer nos países do Primeiro Mundo (Estado-providência), quer nos países do Segundo Mundo (Estado comunista). A racionalidade sistémica acabou por se sobrepor à racionalidade teleológica¹. As lógicas autónomas dos sistemas e subsistemas romperam com as barreiras levantadas pelo humanismo utópico de raiz iluminista ou marxista, reduzindo a nada todas as ilusões que sustentavam os projectos globais. Gerou-se nesta situação uma dupla convicção: a dinâmica sistémica não se regula pelos desejos (valores) humanos; os custos dessa dinâmica serão tanto mais suportáveis quanto menor for o papel directivo do Estado (“tanto mais Estado, tanto menos liberdade”²).

Não admira, assim, que a nova semântica da sociedade civil tivesse nascido nos países socialistas, exactamente onde a prática voluntarista do Estado mais contrariava as necessidades e impulsos autopoieticos dos outros subsistemas, designadamente o económico, e onde, por via disso, mais os custos se faziam sentir no mundo da vida dos respectivos cidadãos. A auto-afirmação da sociedade civil no ocidente foi, como facilmente se compreenderá, bem menos penosa. Neste momento, teóricos e políticos europeístas vêem-na como princípio estruturante de uma unificação europeia a caminho de se tornar um Estado federal dotado de constituição própria: “A palavra de ordem (...) é justamente ‘constitucionalizar a Europa’”³. Estará em curso um processo de constitucionalização sem sujeito constituinte a nível supranacional que é simultâneo com um processo de reinterpretação (ou de revisão por interpretação) das constituições nacionais assente na jurisprudência e na teoria constitucional. O resultado será traduzido na homogeneização constitucional de todos os países europeus, incluindo os de Leste, em cuja reconversão recente à tradição das democracias ocidentais vê Häberle anunciada a *hora mundial do Estado constitucional*: “Actualmente há uma ‘mesa redonda’ mundial entre os membros da comunidade académica que estudam o Estado constitucional...”⁴.

¹ O sistema (a sociedade enquanto sistema) não funciona em função de fins subjectivamente antecipados (por eleição de valores a realizar, enquanto fundamento de racionalidade da acção ou decisão): “É possível que uma acção racional tenha uma motivação irracional e vice-versa. Uma acção de tipo irracional pode solucionar brilhantemente os problemas sistémicos internos do sistema agente, ao passo que, inversamente, uma acção de índole racional-teleológica pode ter uma virtualidade contraproducente” (NIKLAS LUHMANN, *Fin y racionalidade en los sistemas*, Editora Nacional, Madrid, 1983, 67).

² NIKLAS LUHMANN, *Teoria política nello stato del benessere*, Franco Angeli, Milano, 1983, 62.

³ ZAGREBELSKY, *Il federalismo e la democrazia europea*, La Nuova Italia Scientifica, Roma, 1995, 13.

⁴ PETER HÄBERLE, “Avances constitucionales en Europa Oriental desde el punto de vista de la jurisprudencia y de la teoria constitucional”, *Pensamiento Constitucional*, Pontificia Universidad Catolica

O objectivo, segundo aquele autor, consiste em haurir dos grandes textos da história um conjunto de princípios e valores estruturantes que formem uma espécie de denominador comum mínimo da vida política de todas as comunidades nacionais. “Fazê-lo constitui tanto a sua intenção como o seu dever, posto que as constituições devem descrever e criar o consenso popular da forma mais sucinta possível e fazê-lo sobretudo de uma maneira aberta”¹. Ao fim e ao cabo, trata-se de esvaziar as constituições nacionais de qualquer projecto de modelação social que as torne fundamento de sociedades fechadas. “Uma das grandes bondades da sociedade aberta ou Estado constitucional radica no facto de que não comporta uma filosofia ‘oficial’ nem uma filosofia ‘corporativa’. Dentro de certos ‘limites de tolerância’, a Constituição pluralista permite todas as ideologias, visões do mundo, filosofias, religiões, ciências e artes ...”². A ela compete, pura e simplesmente, realizar as condições de possibilidade da vida colectiva no quadro de uma democracia pluralista, assegurar as condições de uma renegociação permanente das formas vida, e não, de maneira nenhuma, prescrever um projecto único para todos.

O que se perderá nas determinações do conteúdo pré-dado da constituição será ganho no domínio processual das concretizações constitucionais. Os próprios referentes estruturantes são aliviados da rigidez conteudística e hierárquica com que aparecem na tradição jusnaturalista. “A coexistência dos valores e princípios sob a qual, necessariamente, uma constituição deve hoje fundar-se para poder assegurar as suas funções de unidade e integração sem dissonância com a sua base material pluralista, requer que cada um de tais valores e princípios seja assumido com uma validade não absoluta, compatível com a de todos os outros com os quais esse deve conviver. Carácter absoluto deve atribuir-se somente ao meta-valor que se exprime no duplo imperativo da manutenção do pluralismo dos valores (aspecto substancial) e do seu confronto leal (aspecto processual)”³. Coexistência no domínio axiológico e abertura ao compromisso mediante processo comunicativo permitem a Zagrebelsky falar de brandura constitucional (*mitezza*), expressão eleita por ele para caracterizar (ou anunciar) a nova época do constitucionalismo europeu. Negada a existência de um

del Peru, Lima, 1995, 141. Diz HÄBERLE que a “mesa redonda” é uma *metáfora para a criação de uma constituição pluralista no contexto de um Estado constitucional em germinação*. “Em minha opinião, é a interpretação mais visual e simbólica do «viver e deixar viver» não discriminatório e característico da negociação de constituições pluralistas que decorrem do derrube dos sistemas totalitários” (ibidem, 144).

¹ Idem, ibidem, 142.

² Idem, ibidem, 142-3.

³ GUSTAVO ZAGREBELSKY, *Il diritto mite*, ed. cit, 11.

sujeito constituinte que lhe prescrevesse um sentido unívoco, a constituição torna-se um texto com possibilidade de vários sentidos. E negada a univocidade, a constituição deixa de ser entendida como um todo unitário em que se fundaria o sentido de cada uma das suas disposições particulares. “Para usar uma imagem, o direito constitucional é um conjunto de materiais de construção, todavia a construção em concreto não é obra da constituição enquanto tal, mas de uma política constitucional que se aplica às possíveis combinações daqueles materiais”¹. É a política constitucional, enquanto actividade de interpretação e aplicação, e não a constituição, que constrói – vai construindo – a realidade constitucional². Se esta não é o fundamento previamente dado da constituição (constituição material), também não é o seu produto previsto e desejado, quer dizer, não é o resultado finalizado de uma decisão constituinte. É, isso sim, uma realidade em processo num quadro constitucional que viabiliza a formação de consensos alternativos.

O protagonismo passa, por conseguinte, para o lado dos intérpretes da constituição. Com tal descentração era forçoso que nascesse uma nova teoria da interpretação constitucional, já que a velha estava adaptada à existência de uma “sociedade fechada”, quer dizer, não democrática nem dinâmica. A prática da interpretação era, nesse contexto, reservada a um círculo selectivo de juristas. A iniciativa da mudança teórica foi tomada por Häberle já em 1975 com a publicação na revista *JuristenZeitung* (*JZ*) de um artigo popperianamente intitulado “A sociedade aberta dos intérpretes da constituição: uma contribuição para a interpretação pluralista e

¹ Idem, ibidem, 9. P. HÄBERLE usa outra metáfora dizendo que a constituição é um “vestido” que “muitos bordam” (*Retos actuales del Estado Constitucional*, Oñati, 1996, 30). Em sentido análogo, DOMINIQUE ROUSSEAU assinala o papel criativo da hermenêutica no âmbito da jurisprudência constitucional: “A consequência primeira, imediata, da jurisprudência do Conselho Constitucional é produzir uma desvalorização do escrito constitucional, no sentido em que este não possui já, por e em si mesmo, um significado impondo-se como obrigatório aos actores constitucionais. As disposições dos textos ficam reduzidas à qualidade de simples termos que não tomam sentido jurídico senão depois do trabalho jurisdiccional de interpretação.... Procurando uma explicação através da psicanálise, tomar-se-ia o mito freudiano da morte do pai, e dir-se-ia que o Conselho «mata» o texto constitucional, devora-o depois para se apropriar melhor dele, põe-se no seu lugar e fá-lo reviver mediante a sua voz, a sua acção jurisprudencial. *Desvalorização-revalorização: a ressurreição contemporânea indiscutível do conceito de Constituição como acto jurisprudencial devia passar sem dúvida pela extinção do conceito de Constituição como acto escrito*” (“Une résurrection: la notion de Constitution”, *Revue de droit public et de la science politique en France et a l'étranger*, 106, 1990, 16; sublinhado no original).

² Esta percepção de uma constituição dinâmica tem precedentes anteriores à crise da modernidade. Já atrás fizemos referência ao modo heraclítico como K. Loewenstein concebe a constituição. Podemos agora recordar a teoria de JELLINEK sobre a mutação constitucional por interpretação. “O que parece num dado tempo inconstitucional emerge mais tarde conforme a constituição e, assim, a constituição sofre, mediante a mudança da sua interpretação, uma mutação” (G. JELLINEK, *Reforma y mutación de la constitución*, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1991, 16). Os intérpretes são os legisladores, os juizes, os políticos: “A constituição transforma-se segundo o modo como se exerce o poder estatal” (ibidem, 45). Mas ela também se transforma pela evolução das convicções do povo “cuja opinião múltipla se expressa através da imprensa” (ibidem, 85-6).

processual da constituição”. Esse e outros artigos tematicamente afins foram depois reunidos num livro que recebeu do autor um título igualmente sugestivo: *A constituição como processo público. Materiais para uma teoria constitucional da sociedade aberta* (1978). “A tese é a seguinte: nos processos da interpretação constitucional estão potencialmente implicados todos os órgãos estatais, todas as forças públicas, todos os cidadãos e grupos. Não há *numerus clausus* para os intérpretes da constituição”¹. Em tal ponto de vista, a constituição surge dotada de grande plasticidade, variando o sentido dos seus conteúdos indetermináveis em função das correntes de opinião que, por algum tempo e numa qualquer altura, se revelem com força suficiente para determinar o sentido objectivo dos conteúdos constitucionais.

Häberle adopta um conceito ousadamente dilatado de hermenêutica constitucional que encontra pelo menos um precedente na ideia de “comunidade total” que Ehmke concebe como reunião ideal de todos os “pensadores razoáveis e justos”. Aí incluem-se, necessariamente, os especialistas do direito, mas a ideia remete também para o consenso da comunidade, consenso esse que, latentemente, estabelece os parâmetros de toda a interpretação possível. Häberle corrige o seu compatriota, acrescentando o aspecto da acção: a comunidade é formada por indivíduos que pensam mas que também *agem*. Dentro desta perspectiva, ele concebe a interpretação com uma dupla significação. A interpretação significa, em primeiro lugar, a actividade que, de uma forma reflexiva, é dirigida por juristas (designadamente, os juízes constitucionais) à compreensão e aplicação de uma norma. Mas, no mesmo conceito entra igualmente, em segundo lugar, toda e qualquer actuação *sub lege*, seja ela de particulares (pessoas, associações, confissões religiosas, partidos), seja de figuras ou instituições estatais. Todos eles, “participantes materiais do processo social”, são intérpretes constitucionais em sentido lato. “Se se quiser, trata-se da democratização da interpretação constitucional...”².

É natural que este segundo sentido da interpretação constitucional possa ser julgado excessivo. Em princípio, aquele que actua num qualquer quadro legal, procede segundo os padrões de comportamento predefinidos pela interpretação em vigor. Ele é intérprete em sentido cénico, quer dizer, desempenha um papel prescrito (pré-escrito)

¹ PETER HÄBERLE, *El Estado Constitucional*, Universidad Autónoma de México, 2003, 150 (tradução de *Verfassung als öffentlicher Prozess. Materialien zu einer Verfassungstheorie der offenen Gesellschaft*, por HÉCTOR FIX-FIERRO).

² Idem, *ibidem*, 151. Também em “Potere costituente (teoria generale)”, loc. cit., 4.1.3.

por outrem; ele é actor e não autor. Tal é, por exemplo, o ponto de vista de Hesse que prefere usar expressões como “realização” (*Verwirklichung*) e “actualização” (*Aktualisierung*) para designar a actividade social que Häberle considera ser interpretação em sentido lato. E o mesmo se passa com Hans Huber, desta feita tomando a actividade difusa dos actores sociais como “concretização” da constituição e não como interpretação. O defeito destas posições residirá no facto de ignorarem o efeito de retro-acção constituinte da dinâmica evolutiva da sociedade civil. O esquema interpretação-acção da interpretação em sentido restrito seria ajustado somente a um *espaço público em repouso*. Porém, para uma realidade social e política em movimento, o esquema terá de ser outro, mais precisamente, interpretação-acção-interpretção (e não seria errado dizer acção-interpretção-acção).

O que Häberle pretende fazer ver é que os intérpretes jurídicos da constituição não fixam de maneira autónoma (autista) o sentido material dos princípios e valores constitucionais e muito menos o fazem em termos definitivos. Nem os destinatários, por seu lado, são cumpridores disciplinados de toda a norma interpretada. “A interpretação é um processo aberto, não é uma sujeição passiva nem a aceitação de uma ordem: conhece possibilidades alternativas. (...) A ampliação do círculo dos intérpretes aqui postulada não é senão a consequência da inclusão, que todos reconhecem, de integração da realidade no processo da interpretação, já que os intérpretes em sentido lato constituem parte dessa realidade pluralista”¹. Os intérpretes jurídicos apenas são mediadores de um sentido preestabelecido pela opinião pública e que se exprime já na praxe dos actores sociais. Estes, antecipando-se à interpretação formal, “actua, pelo menos, como «pré-intérpretes» (*Vorinterpreteten*)”². A compreensão da função mais modesta de mediação evita o livre arbítrio da interpretação por parte dos juristas, designadamente no caso dos juízes constitucionais.

¹ Ibidem, 156.

² Ibidem, 150. Na mesma remissão implícita para HEIDEGGER ou GADAMER, escreverá ZAGREBELSKY: “Aquilo que é verdadeiramente fundamental não pode ser nunca posto, mas deve ser sempre pressuposto. Por isto, os grandes problemas do direito não estão nunca nas constituições, nos códigos, nas leis, nas decisões dos juízes ou em outras expressões semelhantes do “direito positivo” com as quais os juristas trabalham, nem nunca ali encontraram a sua solução. Os juristas sabem muito bem que a raiz das suas crenças e certezas comuns, como também das suas dúvidas e contradições, está sempre fora deles. Para esclarecer aquilo que os divide, ocorre procurar mais fundo ou, o que é o mesmo, sair mais para cima naquilo que não é expresso... Em última instância, aquilo que conta, e de que tudo depende, é da ideia de direito, de código, da lei, da sentença” (*Il diritto mite*, ed. cit., 3). A importância condicionante das ideias, concepções ou teorias jurídicas relativamente à prática operatividade do direito constitucional é também posta em evidência por MARIO DOGLIANI, *Interpretazione della Costituzione*, Angeli, Milão, 1982.

Uma teoria que associa a hermenêutica constitucional à opinião pública e às práticas sociais supõe necessariamente a relatividade histórica das opções axiológicas e políticas, fazendo tábua rasa de todas as tradições transpositivistas. Para ser realista, ela deve, além disso, repudiar a *concepção holística de uma sociedade centrada no Estado*. Isto significa que a opinião pública, que fundamenta e legitima uma determinada interpretação, não remete para a totalidade abstracta do povo. O povo concreto é uma realidade plural que se manifesta como partido político, como grupo de interesses, como associação cívica ou, muito simplesmente, como multiplicidade de cidadãos em pura acção individual. “A democracia é o «governo dos cidadãos», não do povo em sentido rousseauiano. Não há regresso a Rousseau”¹. Sendo assim, a opinião pública é, afinal, uma diversidade de opiniões públicas cada uma das quais construída em torno de um tema específico. Em princípio, todos podem envolver-se em tudo e há mesmo temas que reclamam a participação de todos, como é o caso das questões postas a referendo. Todavia, de um modo geral, os temas sujeitos a regulação jurídica apenas concitam o interesse dos que, por razões vitais ou ideológicas, se sentem neles directamente implicados. “Assim, o TCF determina o âmbito protegido pelo artigo 4, n.ºs. 1 e 2, da LF com a ajuda da concepção que, em relação a essa matéria, têm a igreja e as comunidades de prática e opinião religiosas. Semelhante importância poderia ter o auto-entendimento do artista na interpretação da garantia ‘aberta’ da liberdade artística (art. 5,3 da LF). Também para uma liberdade científica, concebida de modo pluralista e processualmente orientada, coloca-se a questão de saber em que medida esse direito, com o seu conceito ‘aberto’ de ciência, deve ser co-interpretado pelas ciências singulares (e suas metateorias)”².

As opiniões não são apenas limitadas na dimensão numérica dos implicados; são-no também na dimensão do tempo: “mudam-se os tempos, mudam-se as vontades”³. Ou porque advêm circunstâncias que fazem alterar as opiniões sobre o peso relativo que têm dois direitos fundamentais em colisão na sua aplicabilidade a um mesmo contexto de acção (exemplos: liberdade de imprensa e reserva da vida privada;

¹ PETER HÄBERLE, *El Estado Constitucional*, ed. cit., 159.

² Idem, *Retos actuales del Estado Constitucional*, ed. cit., 20.

³ Em reacção à posição demasiado permissiva de HÄBERLE no que se refere à interpretação da constituição, PEDRO de VEGA chama a atenção para os perigos de uma relativização excessiva da normatividade constitucional. “A par das falácias e perigos derivados do positivismo normativista, o Direito Constitucional esteve sempre submetido às ameaças contrárias, não menos perniciosas, do positivismo sociológico. E não restam dúvidas de que a noção de *Constituição aberta* expõe o Direito Constitucional às demolidoras consequências que, para a sua própria configuração conceptual, derivaram sempre deste segundo tipo de positivismo” (“Mundialización y derecho constitucional”, loc. cit., 51).

direito de propriedade e direito ao trabalho); ou porque novas situações decorrentes da evolução social (designadamente, científico-tecnológica) passam a estar pela primeira vez sob protecção de um direito fundamental (exemplo: direito à autodeterminação informativa). A constituição é concebida como processo aberto no quadro de uma realidade em processo igualmente aberto. Isto também quer dizer que, na *sociedade democrática e pluralista*, no *Estado constitucional do nosso tempo*, a constituição *como obra* deixa de estar vinculada à intenção original do seu autor – o poder constituinte – para depender somente da interpretação dos seus leitores-actores, isto é, dos sujeitos que a interpretam e actualizam nos contextos jurídicos da vida quotidiana. “A constituição vive da interpretação” que paulatinamente a vai adaptando às transformações emergentes da própria dinâmica social. A esse propósito, alguns autores, nomeadamente Habermas, falam de um *processo constituinte permanente*¹ – processo que, todavia, ocorre na ausência de qualquer sujeito titular.

Poderá sempre questionar-se o sentido daquelas transformações procurando indagar até que ponto elas impregnam a realidade de uma maior justiça. Mas esta é uma questão que não é congruente com a teoria da sociedade aberta. A ideia de justiça remete para a experiência do fracasso histórico das grandes metanarrativas que, na modernidade, eram invocadas a título de legitimação de projectos ideológico-políticos de intenção globalizante (ou totalitária). Karl Popper designa por utopismo político a pretensão de modelar a sociedade segundo ideais e tem argumentos de sobra retirados da história para afirmar que essa pretensão dos inimigos da sociedade aberta é indissociável do terrorismo de Estado. Em todos os casos do género, os fins justificam os meios; a justiça material idealizada sacrifica a justiça processual. Na actualidade pós-moderna, a forma pluralista da sociedade civil tornou anacrónicos, por incompatibilidade estrutural, todos os projectos de vinculação do Estado à realização de utopias sociais. A consequência disto é que a legitimidade constitucional deixa de ser aferida pelos resultados que produz para o ser tão-somente pelos processos que garante. “Neste sentido, Häberle assinala que uma ordem constitucional aberta deve pôr a tónica nos processos e não nos conteúdos substantivos ou materiais. Os processos jurídicos, os

¹ JÜRGEN HABERMAS, *Facticité et validité*, Éditions Gallimard, Paris, 1997, 412. Poderia aqui associar-se RUDOLF SMEND lembrando o passo em que ele contrasta a visão estática da constituição com uma “contínua criação e renovação da dinâmica constitucional (...) O acto fundacional há-de ser... renovado a cada momento” (*Constitución y Derecho Constitucional*, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1985, 136-137). SMEND, contudo, não parece abandonar a ideia de uma comunidade como totalidade, identificada no mesmo sistema de valores supraconstitucionais, fundamento do consenso constitucional.

processos sociais, os processos institucionais devem servir para a contínua tarefa de actualização da constituição, para abrir o caminho às alternativas”¹. Os direitos supostos no conceito da dignidade humana confinam às garantias da justiça processual.

Mas quem possa transigir em não questionar a legitimidade pelo prisma dos conteúdos deve ao menos interrogar-se sobre as condições em que a legitimação pelo processo merecerá que a julguem suficiente. “Häberle reduz a um mínimo o conteúdo material da Constituição e esse mínimo consiste precisamente nas liberdades que tornam possível a manifestação do pluralismo existente no seio da sociedade”². Esse é, no dizer de Zagrebelsky, o único conteúdo com *dureza* que se impõe como excepção face à *brandura* constitucional. Ou, noutra metáfora do mesmo autor, o único conteúdo *sólido* a ter em conta pelos cientistas do direito que, trabalhando no espírito de uma constituição pluralista, devem, em relação aos demais conteúdos constitucionais, produzir uma *dogmática líquida* ou *fluida*³. O que se quer dizer é que a processualização da constituição postula a exigência ético-constitucional de uma possibilidade irrestrita de participação para todos os cidadãos. É necessário que, em cada contexto de interpretação ou aplicação da constituição, todas as partes implicadas possam exprimir livremente o seu ponto de vista, fazer valer os seus direitos, defender os interesses que julguem legítimos. E que, ao mesmo tempo, na mesma lógica democrática, as partes alguma vez postas em minoria possam, noutra oportunidade, converter-se em maioria. Os processos só geram legitimidade enquanto funcionam como verdadeiros canais de participação e favorecem o jogo das alternativas. “A observância do processo ‘correcto’ deve ser examinada pelos Tribunais” (Häberle)⁴.

¹ J. A. ESTÉVEZ ARAÚJO, *La constitución como proceso y la desobediencia civil*, Editorial Trotta, Madrid, 1994, 84.

² *Ibidem*, 84.

³ ZAGREBELSKY, *Il diritto mite*, ed. cit., 15-16.

⁴ A identificação da justiça com a correcção do processo é também o ponto de vista de J. H. ELY que assim interpreta a constituição estado-unidense (*Democracy and distrust: Theory of judicial review*, Harvard Paperback, 1981). A constituição impõe ao governo a justiça no sentido processual e não no sentido dos conteúdos (que seria ideológica). O que quer dizer que a deontologia dos juízes lhes impõe que sejam garantes da correcção dos processos. “De acordo com Ely, a Constituição estado-unidense não colocou no primeiro plano a declaração de uma série de direitos substantivos invioláveis como mecanismo de protecção da liberdade de todos. O tipo de garantia pela qual optou foi a instauração de uma série de mecanismos que tornassem possível a participação em condições de igualdade de todos os interessados nos processos em que se adoptam decisões que os afectam (...) Esta concepção do sentido da Constituição converte os juízes constitucionais em garantes do bom funcionamento dos canais representativos para assegurar «que os representantes representem» (...) Ely sustenta esta tese na base de duas considerações: por um lado, a familiaridade dos juristas com os processos em geral e, por outro, o facto de que os juízes podem examinar o processo político «de fora» sem estar envolvidos nele” (J. A. ESTEVEZ ARAUJO, *La constitución como proceso y la desobediencia civil*, ed. cit., 77).

A visão pluralista da sociedade não impede que se reconheça nela a existência de interesses não particulares, quer dizer, de interesses partilhados por todos. Esses serão, muito provavelmente, pouco lembrados, se não completamente esquecidos, nos contextos de disputa pela satisfação de interesses particulares, ou seja, de interesses não compatíveis com outros. “Pense-se nos problemas de protecção dos consumidores ou de defesa do meio ambiente. Aqui ganham importância os ‘interesses públicos’ ou, na terminologia de Habermas, os «interesses susceptíveis de generalização»”¹. É por isso que o Tribunal Constitucional deve assegurar-se de ter havido “participação justa” nas interpretações constitucionais feitas pelos diferentes grupos verificando se na decisão interpretativa ficaram salvaguardados os tais interesses generalizáveis. Afora essa prevenção reflexiva contra custos sociais imputáveis a negócios privados, a sociedade pluralista actual só difere da sociedade civil burguesa descrita por Hegel por ter aumentado a sua complexidade social. Nada se alterou quanto ao egoísmo das motivações e à natureza conflitiva dos interesses mobilizadores. Apenas a *guerra de todos contra todos* se tornou mais refinada e menos interpessoal. A transformação pluralista da sociedade não a tornou mais amiga da humanidade. “Tal transformação consiste no facto de que a sociedade deixa de estar composta de indivíduos atomizados para converter-se numa sociedade cujos agentes são grupos e organizações sociais de interesses. Esses grupos sociais, organizações, etc., acumulam poder suficiente para influir com as suas decisões no conjunto da sociedade ou para ‘vetar’ decisões que o poder político pretenda implementar. Por isso a sociedade não pode apresentar-se já como um meio livre de poder, mas sim como um espaço no qual se estabelecem relações de sobre e subordinação e formas mais ou menos institucionalizadas de exercício do poder”².

¹ PETER HÄBERLE, *Retos actuales del Estado Constitucional*, ed. cit., 40

² J. A. ESTEVEZ ARAUJO, *La constitución como proceso y la desobediencia civil*, ed. cit., 110. O autor refere-se às observações de GRABITZ (*Freiheit und Verfassungsrecht*, 1976) sobre a dissolução do modelo liberal de sociedade atomística e a sua substituição pelo modelo pluralista de uma sociedade constituída agora por grupos organizados em torno de interesses específicos. Na opinião de GRABITZ, essa mudança é feita em prejuízo da liberdade.

4.4. As falácias da utopia dos processos associada à visão de um constitucionalismo sem sujeito

A dificuldade está em conciliar o realismo neoliberal da percepção pluralista da democracia com a crença na igualdade efectiva de oportunidades de participação e de influência no processo de *interpretação*, *actualização* ou *concretização* da constituição. A análise social facilmente destrói todas as ilusões a esse respeito. Em primeiro lugar vem a constatação empírica de que, ao contrário do que é teoricamente postulado, a influência nos processos de decisão continua a pertencer a uma camada política restrita, sendo a maioria *citizenship without politics*. No que se refere aos diferentes grupos de interesses em competição no seio da sociedade civil, a teoria pluralista não faz prova de que todos beneficiam de iguais oportunidades e deixa dúvidas quanto ao modo como interesses divergentes ou antagónicos podem articular-se no momento da tomada das decisões. Talvez não haja razões para o optimismo com que Zagrebelsky encara o processo da “contratualização dos conteúdos da lei”: na realidade, são muito desiguais as forças em competição no “mercado das leis”¹. Uma terceira falácia a denunciar consiste no postulado segundo o qual a sociedade democrático-pluralista seria estruturalmente harmónica e homogénea porque nela a ponderação dos diversos interesses ocorreria de forma racional e justa; “com isto a teoria pluralista transformou-se em *ideologia da justificação* dos grupos no poder, pois de um pluralismo democrático transita-se para o *Monopolpluralismus*, na expressão de Spinner”². Por fim, em quarto lugar, observa-se que sai gorada a expectativa de uma *sociedade activa* já que grassa a apatia e a letargia ao ponto de alguns autores, mesmo da área pluralista, não se eximirem de diagnosticar nesse facto um défice de democracia.

Numa democracia pluralista, onde o *bem comum* se fragmenta em grupos de interesses, a orientação das decisões políticas é determinada pela capacidade organizativa de cada um desses grupos. Häberle não vê nisso mal nenhum: “As associações não deverão ser avaliadas negativamente como «grupos de pressão»,

¹ A criação do direito depende da “vitalidade crescente dos grupos”. Daí que o princípio da *contratualização dos conteúdos da lei* se sobreponha ao princípio estático da abstracção. “O acto criativo do direito legislativo reside no êxito de um processo político no qual operam numerosos sujeitos sociais particulares (grupos de pressão, sindicatos, partidos). O resultado deste processo é, na maior parte das vezes e pela sua própria natureza, marcado pelas características da ocasionalidade. Cada um dos actores sociais, quando se convence de que adquiriu uma força suficiente para mudar a seu favor os termos do acordo, requer a aprovação de novas leis que sancionem a nova relação de forças” (ZAGREBELSKY, *Il diritto mite*, ed. cit., 44).

² J. J. GOMES CANOTILHO, *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*, ed. cit., 1392.

embora de certo modo *também* sejam isso; numa constituição do pluralismo eles são irrenunciáveis, seja pelos indivíduos singulares que por qualquer razão decidam reunir-se em pequenas ou grandes formas associativas. A tendência do direito parlamentar para criar uma esfera pública com transparência entre outras coisas através de «listas de lobbistas»... é uma simples consequência desta ordem de considerações”¹ Aqui ocorrem a observação de Guéhenno: “Mas é isto ainda política? O mal-entendido originado em torno do *lobbying* consiste em crer que o interesse geral nascerá naturalmente da confrontação honrada entre os interesses particulares”². E o mesmo autor vaticina o futuro que nos reserva esta emergente forma de organização social: “Uma sociedade que se fragmenta até ao infinito, sem memória nem solidariedade, uma sociedade que só recupera a sua unidade na sucessão das imagens que os *media* lhe devolvem de si mesma semana após semana. Uma sociedade sem cidadãos e, depois – por fim –, uma não-sociedade”³.

Nunca será possível contabilizar os efeitos de acção produzidos pelas teorias que pretendem representar a realidade social com a fidelidade objectiva de um espelho (“pretendo expressar-me com a fria objectividade de um cientista que não quer manifestar sentimentos nem desejos ...”, assegurava sinceramente G. Jellinek ao expor a sua teoria sobre a mutação da constituição⁴). Talvez não se chegue sequer a saber se uma teoria consegue produzir efeitos para além do círculo restrito dos especialistas aos quais ela, em primeira mão, se destina. O que se pode dizer é que os males da época que foram diagnosticados (indiferença política, apatia, letargia) são congruentes com a imagem de uma sociedade a funcionar segundo o modelo da teoria dos sistemas, isto é, com subsistemas autónomos que se desenvolvem e se reproduzem impelidos por uma lógica impiedosa que nada ou quase nada cede aos interesses do mundo da vida. O fatalismo desta visão weberiana que Luhmann acolheu e que, como adiante veremos, Teubner refinou, convida à resignação passiva e de forma alguma ao empenhamento na acção.

Mas os referidos males são igualmente congruentes com “a noção mítica da sociedade aberta”⁵. A crença na igualdade das alternativas que pudessem estar em jogo

¹ PETER HÄBERLE, “Potere costituente (teoria generale)”, ed. cit., 12.2.1.

² JEAN-MARIE GUÉHENNO, *El fin de la democracia. La crisis política y las nuevas reglas del juego*, Paidós, Barcelona, 1995, 38.

³ *Ibidem*, 46.

⁴ G. JELLINEK, *Reforma y mutación de la constitución*, ed. cit., 56.

⁵ PEDRO de VEGA GARCÍA, “Mundialización y derecho constitucional”, loc. cit., 52.

não deixa ver como as relações de sobre-e-subordinação lembradas por Grabitz acabam sempre por reduzir a complexidade das escolhas possíveis. Também a crença na pureza jurídica dos processos encobre a desigualdade real das partes intervenientes e, inclusive, a exclusão daqueles que nem aspirar podem à participação em defesa de direitos que lhes são sonogados. Isso é o bastante para transformar uma teoria social, com pretensão de objectividade científica, numa *ideologia da justificação* dos grupos no poder.

Estando, assim, fora de questão a magnânima hipótese de que, na sociedade aberta e pluralista, todos seriam “agentes conformadores da realidade constitucional”, bem pode dizer-se – aliás, com M. Dogliani¹ – que a defesa da constituição como processo (de actualização por interpretação) não é senão uma forma nova de repor a teoria da constituição material de Mortati: a mutabilidade dos conteúdos da constituição escrita não deixará de reflectir a evolução da correlação das forças dominantes em despique nas esferas da economia e da política.

Se é um facto que a utopia dos conteúdos se revelou historicamente perversa, nem por isso devemos deixar-nos iludir com demasiadas expectativas em relação à utopia dos processos que pretende suceder-lhe. Se é ainda verdade que as figuras históricas do poder constituinte nunca coincidiram com o seu conceito político originário (poder de autodeterminação de um povo composto por homens livres e iguais), não deve isso fazer-nos prescindir da função jurídico-reguladora de tal conceito. Nem é razão para renunciarmos ao potencial de *intenção normativa* que ele nos oferece desde que seja compreendido para além da sua dimensão política. Ele pode, com efeito, ser interpretado como vontade e poder de auto-emancipação, de auto-organização, de auto-realização de um povo e da própria humanidade em geral. Nesta perspectiva, a utopia dos conteúdos e a utopia dos processos podem ser considerados modos de projecção do poder constituinte, apontando os vectores da sua actuação no futuro. O objectivo provavelmente longínquo, mas racionalmente desejado, é o de uma sociedade simultaneamente *justa* na ordem da fruição dos bens materiais (legitimidade normativo-material) e *correcta* na ordem das garantias processuais de defesa e participação (legitimidade normativo-processual). Só a exigência desta simultaneidade em todos os momentos da história é capaz de evitar a manifestação das perversões potenciais que existem em cada uma daquelas utopias quando unilateralmente consideradas e prosseguidas.

¹ “Potere costituente e revisione costituzionale”, loc. cit., 269-270.

Infelizmente, a corrente dominante da sociedade contemporânea, na auto-satisfação da sua condição pós-moderna, apenas reclama por um direito tecnicamente competente à luz dos critérios do Mercado. Pretende-se que as decisões jurídicas, incluindo as constitucionais, se expurguem de preocupações com intencionalidade social. Consequentemente, o direito também se divorciará da política para se compreender a si mesmo como simples técnica de adequação funcional às solicitações de uma realidade que continuamente se transforma e fragmenta sob o impulso de uma economia cada vez mais auto-referencial. Consuma-se, nesse caso, uma verdadeira revolução copernicana na posição do direito constitucional face à sociedade: em vez de ser proactivo na conformação normativa do desenvolvimento social, enquanto manifestação de uma vontade constituinte soberana, passa a ser reactivo, limitando-se “a formular as respostas que interessam” (Zagrebelsky) aos fins normativamente redutores de grupos corporativamente organizados. O direito esvazia-se do sentido da justiça, a sociedade dissolve os laços da sua solidariedade identitária e a política demite-se da sua função directiva no âmbito de um projecto de emancipação comum.

4.5. Novas representações da sociedade: a captura do social pelo funcionalismo sistémico

De várias matrizes teóricas defluem contributos para essa mudança de paradigma, “precipitando a entrada numa nova idade do político”¹. Pensamos designadamente na fusão da teoria dos sistemas com as teorias da sociedade e da democracia pluralista. “Estamos no umbral de outra grande transformação da autocompreensão das sociedades modernas”, anunciam Jean L. Cohen e Andrew Arato². É claro que fica sempre irresolúvel a questão de saber se o que muda é a realidade objectiva em relação à qual se ajustam os modelos teóricos de análise ou se, ao invés disso, o que muda são os modelos e, em consequência, a forma da realidade que, por meio deles, se capta. Mas, seja como for, o facto é que não se pode ignorar a realidade das próprias teorias. Assinalaremos aqui três modelos que seleccionámos por nos

¹ PIERRE ROSANVALLON, *La contre-démocratie. La politique à l'âge de la défiance*, Éditions du Seuil, Paris, 2006, 170.

² JEAN L. COHEN e ANDREW ARATO, *Sociedad civil y teoría política*, Fondo de Cultura Económica, México, 2000, 21.

parecerem representativos e, sobretudo, por darem a imagem de uma sequência orientada no sentido de uma crescente (dito a pensar em Ulrich Beck) *despolitização da política*.

Participando na formação desta nova *episteme*, Habermas constrói a teoria da acção comunicativa onde sustenta uma concepção bipolar do funcionamento da sociedade segundo a qual o curso da modernização social culmina numa irreduzível oposição entre o mundo da vida e o sistema: "Eu considero a evolução social como um processo de dupla diferenciação: sistema e mundo da vida diferenciam-se simultaneamente pelo facto de que crescem a complexidade de um e a racionalização do outro"¹. Esta diferenciação totalmente disjuntiva coloca a constituição no papel de um *tertium* imparcial entre os dois termos contraditórios das sociedades hipercomplexas. O mundo da vida reivindica direitos que a constituição deve proteger contra as intrusões sistémicas, ao passo que o sistema, por sua vez, tem funções que a constituição deve legitimar mau grado as perturbações que elas possam causar na esfera vital das subjectividades. Mas nem o mundo da vida tem vocação para impor uma vontade política de intenção totalizante, nem o sistema, na sua auto-referencialidade regulativa, tem vocação para perseguir fins projectados voluntaristicamente. À constituição, por fim emancipada da figura mítica do pai, é reservado realizar, sem limite temporal, quer dizer, sem risco de exoneração revolucionária, uma mediação integradora *entre facticidade e validade*.

A racionalização está associada ao desencantamento do mundo e à subsequente necessidade de recurso à discussão racional prática para substituir as soluções normativas fundadas na tradição. "O mundo da vida racionalizado torna possível a emergência e o crescimento de subsistemas cujos imperativos tornados autónomos se voltam contra ele para o destruir"². A autonomização dos subsistemas face ao mundo da vida "é uma condição necessária para passar das sociedades de classes estratificadas do feudalismo europeu para as sociedades de classes económicas da primeira modernidade"³. Mas a modernização tem o seu preço: "as estruturas simbólicas do mundo da vida são pervertidas, isto é, reificadas, pelos imperativos dos subsistemas que são diferenciados e autonomizados através do dinheiro e do poder"⁴. A

¹ JÜRGEN HABERMAS, *Théorie de l'agir communicationnel*, 2, Fayard, Paris, 1987, 168.

² Idem, *ibidem*, 204.

³ Idem *ibidem*, 311.

⁴ Idem, *ibidem*, 311.

economia e a política, desenvolvendo-se segundo lógicas internas que as orientam para o sucesso, tornam-se "*indiferentes por definição*" às pretensões de valor do mundo da vida. "A sociedade parece globalmente reduzir-se a uma realidade organizacional objectivada, desembaraçada de obrigações normativas"¹.

Neste quadro, a democracia medir-se-á pela dimensão das possibilidades de protesto e influência que os imperativos da integração sistémica concedem ao mundo da vida. Este exprime o que sente e deseja nos espaços públicos que se constituem por geração espontânea sob a protecção da constituição democrática. "O espaço público não pode conceber-se como uma instituição, nem, seguramente, como uma organização; não é uma estrutura normativa com diferenciação das competências e dos papéis, com regulamentação da filiação dos seus membros, etc.." ². Ele situa-se, pois, na margem oposta à do sistema. "Tal como o mundo da vida no seu conjunto, assim também o espaço público se reproduz por meio da actividade comunicacional, sendo bastante o conhecimento de uma língua natural para nele participar; o importante é que a prática quotidiana da comunicação esteja *ao alcance de todos*" ³.

Numa compreensão normativa do mundo da vida, é suposto os actores agirem num contexto de "liberdade comunicacional reciprocamente concedida", base de um acordo partilhado sem reservas. No plano empírico, porém, é inevitável o envolvimento de "actores orientados para o sucesso", quer dizer, actores estratégicos que procuram mediar objectivos próprios, não universalizáveis, servindo-se do poder de influência que espaços públicos mais persistentes e consistentes acabam por adquirir. "Tal é o caso, por exemplo, dos grupos de interesses importantes, bem organizados, ancorados em certos sistemas funcionais da sociedade e que, *pela intermediação* do espaço público, agem sobre o sistema político (...) eles defendem os seus interesses por meio de uma linguagem susceptível de mobilizar *convicções*" ⁴. Segundo Habermas, é dessa intrusão espúria de interesses vinculados ao dinheiro e ao poder organizacional que o mundo comunicativo da vida se irá libertando pelo esclarecimento. "As opiniões públicas podem ser manipuladas, mas não compradas nem sujeitas a chantagem pública" ⁵. Logo que conhecidas as intenções dos actores estratégicos, estes perdem a credibilidade e com isso também o lugar no espaço público que procuravam

¹ Idem, *ibidem*, 338.

² JÜRGEN HABERMAS, *Facticité et validité*, Éditions Gallimard, Paris, 1997, 387.

³ Idem, *ibidem*, 387.

⁴ Idem, *ibidem*, 391.

⁵ Idem, *ibidem*, 392.

instrumentalizar. O mundo da vida cria os espaços públicos com o propósito de exercer influência sobre os sistemas com poder mas não deseja para si nenhuma espécie de poder.

Daqui se deduz que o espaço público *político* só cumpre a sua função, que é fazer sentir os problemas que afectam o mundo social da vida, com pessoas real ou virtualmente implicadas (em nenhum caso estrategicamente implicadas). “O público que lhe serve de suporte recruta-se na totalidade dos cidadãos. A plurivocidade deste público faz eco de experiências biográficas sobre as quais se repercutem, à escala da sociedade, os falsos custos exteriorizados (e as perturbações internas suscitadas) pelos sistemas de acção funcionalmente especializados, incluindo o próprio aparelho de Estado (...) Os problemas que são abordados no espaço público político aparecem antes de tudo como reflexos de uma pressão exercida pelo sofrimento social traduzindo-se no espelho das experiências pessoais da vida”¹. A voz sofrida do mundo da vida torna-se audível quando as *biografias privadas* se juntam para fazer coro contra as exigências, abusos ou insuficiências dos sistemas burocráticos. “Num primeiro tempo, tais experiências são assimiladas no modo ‘privado’, de outro modo dito, interpretadas no horizonte de uma biografia ligada, com outras biografias, aos contextos de mundos da vida partilhados (...) às redes de interacção densa que são a família e os amigos ou ainda aos contactos menos estreitos com os vizinhos, os colegas de trabalho, os conhecidos, etc.”². A seguir a identidade dos sentimentos alastra-se a estranhos e a esfera da acção torna-se finalmente pública.

O que se pretende dizer é que o alcance do espaço público nunca vai além da reivindicação de uma solução para o problema específico concreto que o gerou e sustenta. Não lhe é próprio um projecto de intenção política global. “As fronteiras internas da sociedade fragmentam o texto único do espaço público em geral (...) Os espaços públicos parciais constituem-se por meio de mecanismos de exclusão”³. Por outras palavras, as biografias privadas não se unificam numa classe social nem num movimento político com vontade de poder. A teoria dos sistemas exclui radicalmente a hipótese do voluntarismo político que anda associado ao conceito de poder constituinte.

¹ Idem, *ibidem*, 392.

² Idem, *ibidem*, 393.

³ Idem, *ibidem*, 401.

Apenas se pretende que a constituição, na tradição democrático-liberal, garanta a liberdade de expressão, na imprensa ou na rua, e o direito de fundar associações¹.

Na mesma ordem de ideias vai a bipolarização estabelecida por J. Cohen e A. Arato. O mundo da vida passa agora a designar-se por *sociedade civil*²; do outro lado continuam a estar os sistemas funcionais, designadamente o político e o económico (*modelo de três partes*). Esta separação implica que a sociedade civil já não permanece associada à categoria hegeliana do *sistema de necessidades*³; ela é doravante formada pelas associações não estatais e não económicas, pelas organizações não governamentais, por todo o tipo de movimentos ou veículos de opinião que dão expressão pública aos problemas sociais sentidos na esfera da vida privada. O pressuposto da sua possibilidade reside, como é evidente, na observação política das garantias constitucionais, permitindo a formação e a circulação das opiniões. Necessariamente, o objectivo é produzir efeitos sobre o sistema atingindo o seu limiar de sensibilidade. Por aqui já se vê a importância da “criação de sensores” dentro das instituições sistémicas⁴. O que não pode haver é lugar para exigências democráticas que ponham em perigo o próprio sistema⁵. “O que temos em mente, antes de mais, é a autocompreensão que abandona os sonhos revolucionários a favor de uma reforma radical que não se orienta necessariamente, nem principalmente, para o Estado. Chamaremos ‘radicalismo autolimitado’ aos projectos.... da sociedade civil que aceitam a diferenciação estrutural e reconhecem a integridade dos sistemas políticos e

¹ Em discordância com o entendimento habermasiano do mundo da vida que acaba de ser exposto, escreve PEDRO de VEGA: “Os dois enigmas, no entanto, que Habermas deixa sem resolver são evidentes. Cabe, desde logo, duvidar da independência do *mundo da vida*, como oásis não contaminado pela racionalidade instrumental. Só a partir de um optimismo histórico exagerado se poderia dar por boa a premissa condicionante de todo o seu raciocínio. Mas ainda mais duvidoso resulta admitir que as definições obtidas «nos espaços públicos autónomos do *mundo da vida*», se é que estas chegam a produzir-se, possam converter-se em definições que, transcendendo os seus próprios âmbitos de criação, adquiram uma dimensão pública geral” (“Mundialización y Derecho constitucional: la crisis del principio democrático en el constitucionalismo actual”, loc. cit., 22).

² JOHN KEANE trata a sociedade civil e o mundo da vida como conceitos iguais (cf. *A sociedade civil*, Temas e Debates, Lisboa, 2001, 28). No entanto, há, em nossa opinião, uma diferença fundamental: o mundo da vida remete para as pessoas, a sociedade civil para os grupos.

³ “Para que hoje se possa continuar a usar a categoria de sociedade civil é necessário reconstruí-la” (JEAN L. COHEN e ANDREW ARATO, *Sociedad civil y teoría política*, ed. cit., 476). A reconstrução passa pelo utilizar, “ainda que criticamente”, o modelo analítico de HABERMAS, “isto é, o desenvolvimento de uma teoria dual que diferencia e relaciona as metodologias igualmente necessárias que se relacionam com o ‘mundo da vida’ e o sistema” (ibidem, 477).

⁴ JEAN L. COHEN e ANDREW ARATO, *Sociedad civil y teoría política*, ed. cit., 588.

⁵ Registe-se a concordância de HABERMAS: “Acertadamente, Cohen e Arato sublinham que a *margem de acção* que a sociedade civil e o espaço público atribuem às formas não institucionalizadas de movimento e de expressão da política *é limitada*. Eles falam, com efeito, de uma ‘autolimitação’ estruturalmente necessária da prática de uma democracia radical” (*Normativité et facticité*, ed. cit., 398, sublinhado por HABERMAS).

económicos”¹. Os projectos mobilizadores da opinião pública não visam, portanto, o funcionamento da economia ou a ordem de decisões da política, mas tão-só as orientações axiológicas da vida social.

Com isso muda completamente o significado da acção colectiva. “A acção refere-se agora à capacidade das sociedades humanas para desenvolver e modificar a sua própria orientação, isto é, para gerar a sua normatividade e os seus objectivos.... Um *movimento* social supõe uma dupla referência a orientações culturais e a relações sociais e não aos projectos sociais nem às questionadas estruturas de dominação”². Existe uma espécie de acordo tácito: o sistema garante a sua permeabilidade aos movimentos de opinião que se destacam na sociedade civil (consagrando uma nova ordem de direitos, mormente os direitos das minorias que antepõem a singularidade ao universal, a diferença à igualdade), mas a sociedade civil, em contrapartida, abandona a luta de classes da sociedade industrial, esconjurando de si a ideia marxista de um macro-sujeito que a história tivesse escolhido para a transformar segundo um programa revolucionário. O facto, puro e simples, de os processos de decisão política ou técnica, nos limites consentidos pelo princípio da eficácia, serem influenciáveis por espaços públicos que livremente se formem, quaisquer que possam ser os temas mobilizadores, é tudo quanto a *democracia radical* de Cohen e Arato exige em termos de legitimação.

Quando muito, admite-se que a sociedade civil não seja sempre bem comportada e algumas vezes defenda a sua “utopia autolimitada”³ à revelia da legalidade (o utopismo auto-limitado, ao contrário do utopismo que aspira à ruptura revolucionária, não contraria a ordem constitucional: tão-somente pretende potenciar os “princípios utópicos” da constituição)⁴. A democracia deve estar suficientemente

¹ JEAN L. COHEN e ANDREW ARATO, *Sociedad civil y teoría política*, ed. cit., 557.

² *Ibidem*, 577.

³ Os autores sustentam a sua utopia como uma alternativa viável à “utopia radical-democrática e socialista”, designadamente a marxista, considerada por eles definitivamente desacreditada. “A nossa tese é que o ressurgimento do discurso da sociedade civil proporciona algumas esperanças a este respeito.... De facto, a própria sociedade civil surgiu como uma nova classe de utopia, a que chamamos «autolimitada», uma utopia que inclui um leque de formas complementares de democracia e um complexo conjunto de direitos civis, sociais e políticos que devem ser compatíveis com a diferenciação moderna da sociedade” (*ibidem*, 11).

⁴ COHEN e ARATO invocam a experiência dos movimentos da sociedade civil dos Estados comunistas auto-regulados pela ideia de emancipação democrática: “As ‘revoluções’ autolimitadas ou ‘pós-revolucionárias’ do Leste já não estão motivadas por projectos fundamentalistas cujo objecto fosse suprimir a burocracia, a racionalidade económica ou a divisão social. Os movimentos arreigados na sociedade civil aprenderam com a tradição revolucionária que estes projectos fundamentalistas conduzem à desintegração da condução societal e da produtividade e à supressão da pluralidade social, tudo aquilo que é depois reconstruído pelas forças da ordem unicamente por meios demasiado autoritários” (*ibidem*, 35).

consolidada para suportar sem riscos o recurso a actos de desobediência civil nos casos de um maior conflito entre as estratégias sistémicas e as garantias dadas pela constituição. Procura-se, nessas circunstâncias, mediante uma transgressão simbólica e não violenta, explicitar mais vivamente algumas discordâncias (lutas defensivas) ou algumas exigências (lutas ofensivas), apelando simultaneamente para o sentido de responsabilidade dos decisores económicos e políticos e para o sentido de justiça da comunidade em geral. É desta maneira que a “democracia constitucional quase justa” promove o seu autodesenvolvimento¹. “O objectivo da desobediência civil é persuadir a opinião pública nas sociedades civil e política (e na sociedade económica) de que uma lei ou uma política particular são ilegítimas e que requerem uma mudança. Os actores colectivos que participam na desobediência civil invocam os princípios utópicos das democracias constitucionais, fazendo apelo às ideias dos direitos fundamentais ou à legitimidade democrática. Assim, a desobediência civil é um meio que serve para reafirmar o vínculo entre a sociedade civil e a sociedade política (ou entre a sociedade civil e a sociedade económica), quando os esforços legais para exercer a influência da primeira sobre a segunda fracassaram ou se esgotaram já todas as outras vias”². A admissibilidade do recurso a meios ilegais (e até inconstitucionais, já que a desobediência civil, diferentemente de qualquer outro direito moral, não pode ter a cobertura jurídica da constituição³) não comporta a ilusão de que seja possível (ou desejável) contrariar a *dinâmica irresistível* dos subsistemas dotados de lógicas e finalidades autónomas, subsistemas *auto-referencialmente fechados*. A ilusão não vai além da crença de que os *sensores de influência* funcionarão perante certas necessidades ou exigências socioculturalmente localizadas e prudentemente autolimitadas. Está fora de questão o conceito iluminista de uma sociedade capaz de se assenhorear politicamente do seu destino. Coincide a descrença nas metanarrativas com a descrença na política.

¹ Podemos associar uma *democracia constitucional quase justa* a um sistema obediente aos princípios da justiça proclamados por RAWLS os quais, numa sociedade bem ordenada, asseguram uma *justiça processual imperfeita*, isto é, uma justiça perfeita nos procedimentos constitucionais, mas não podem assegurar a justiça material da decisão. Na perspectiva de DWORKIN, a *democracia constitucional quase justa* será aquela que assenta a sua legitimidade nos direitos morais dos indivíduos, ou seja, dito por outras palavras, uma democracia com um governo maioritário que *leva os direitos a sério*, o que não garante que todas as leis venham a ser congruentes com essa obrigação constitucional. RAWLS e DWORKIN consideram que a inconformidade da lei aos princípios da justiça ou aos direitos individuais justificam a desobediência civil. É em abono da sua própria tese que COHEN e ARATO invocam aqueles dois autores (ibidem, 640 e ss.).

² Ibidem, 658.

³ Ibidem, 657.

A ideia do poder constituinte não tem mais futuro numa teoria da democracia que troca a concepção dual da sociedade (e o respectivo *modelo de três partes*) por uma representação que, pura e simplesmente, já não vê fronteiras a separar a sociedade civil do sistema. Nesta perspectiva, o curso evolutivo da modernização social não terá sido um processo de diferenciação, mas de aproximação e fusão entre a esfera privada e a pública. Curiosamente, na mesma proporção em que a distância destas esferas se anula, assim aumenta a diferenciação e a fragmentação dos colectivos sociais. Pelo caminho, segundo o relato de Jean-François Thuot (de que nos servimos para ilustrar o terceiro modelo), desvanece-se a instituição da democracia representativa e, com ela, o poder constituinte que a sustentou. O autor analisa as profundas transformações sofridas no seio da democracia representativa desde as revoluções liberais até ao nosso tempo, quer no que concerne aos seus fundamentos filosóficos, quer no que concerne à formação de organizações intermédias entre o Estado e o cidadão. E conclui que essas transformações demonstram o acerto da observação de Touraine quando este descobre na evolução da democracia representativa um “longo movimento descendente da democracia para a sociedade civil”¹.

Esta progressiva apropriação do poder pela sociedade civil, ou seja, a quebra da inicial independência dos eleitos relativamente aos seus eleitores (quinta-essência da ideia da representação parlamentar no momento da sua instalação), foi-se construindo à medida que, por pressões inicialmente ligadas à “questão social”, se foram levantando as restrições à liberdade de associação e os indivíduos se foram organizando, primeiro em partidos políticos e sindicatos, hoje em grupos que já não pressupõem uma relação bipolar de antagonismo social (burguesia e proletariado), mas que proliferam em torno de interesses da mais variada espécie (cultura, ciência, profissão, consumo, sexo, etc.).

Thuot defende a tese de que, com a proliferação dos grupos e dos novos movimentos sociais, se terão desconfigurado os traços distintivos da democracia representativa (de que os partidos e os sindicatos ainda faziam parte), emergindo em consequência uma nova forma de democracia que ele denomina democracia funcional. Nesta surge um novo poder, o *poder político funcional*, que é o inverso do poder por representação, embora assentem ambos na mesma norma fundamental da democracia: o poder como coisa social. O espaço político ter-se-á deslocado para o centro, pelo que o actor político e o actor social tendem a coincidir. “A ‘descida da democracia para a

¹ JEAN-FRANÇOIS THUOT, *La fin de la représentation et les formes contemporaines de la démocratie*, Éditions Nota Bene, Québec, 1998, 161.

sociedade civil', contrariamente ao que sustenta Touraine (e Gauchet), consagra a saída da democracia para fora do campo do poder exercido por representação”¹.

Mas também na ordem das precompreensões filosóficas ocorreu uma evolução favorável à *socialização da democracia* e à simultânea reconversão desta em democracia funcional. Para entender esse facto, deve situar-se o princípio representativo no contexto ideológico-cultural da sua afirmação. Nas crenças da época, a vontade que os eleitos iriam exprimir não seria a dos interesses particulares da classe que ascendia ao poder (e que, de facto, governava em consequência do sufrágio censitário), mas a *vontade geral*, ou seja, uma vontade vinculada aos ditames da razão universal à qual cada cidadão tinha acesso no interior da sua consciência (lei: não *voluntas*, mas *ratio*). Na verdade, as revoluções liberais desenvolveram-se no caldo de cultura do racionalismo iluminista, o qual trouxe para a ribalta jurídico-política a ideia de que o sujeito humano, ontologicamente livre, é capaz de deduzir normas da sua razão pura, normas de valor universal, e através delas transformar a sociedade.

Na verdade, os discursos sociológicos e filosóficos do fim da modernidade têm chamado a atenção para a crise do sujeito efabulado pelo racionalismo e pelo idealismo da época moderna. “Duvida-se hoje que o real seja racional e que a razão seja virtuosa”². Verificou-se que nem tudo na razão era transparente, que existe um inconsciente irreduzível à normatividade racional e que as paixões e os interesses explicam melhor a lógica das acções individuais e sociais do que o argumento da autonomia racional. Altera-se, então, a perspectiva antropológica, passando-se a ver em cada ser humano não o que o identifica com os seus semelhantes, mas o que o singulariza (classe social, pertença étnica, orientação sexual, estatuto profissional, etc.). Ele já não se une com outros em nome do interesse geral (semelhança *abstracta*), mas unicamente em função de interesses específicos (semelhança *empírica*), integrando grupos que se organizem com o intuito de influir nas decisões políticas em proveito próprio. “Os grupos formam-se e agem por referência explícita e exclusiva a particularismos sociais (interesses categoriais a promover, especificidade existencial a fazer reconhecer). Eles não procuram elevar-se acima da sua questão, ultrapassar os particularismos; a sua vocação é defender os interesses particulares, não é erigir-se em porta-vozes da sociedade”³. Paralelamente, o político deixa de ter outra finalidade que

¹ Idem, *ibidem*, 164.

² Idem, *ibidem*, 111.

³ Idem, *ibidem*, 123.

não seja a de promover ou resolver as questões emergentes dos grupos; a acção política deixa de ter por objecto a sociedade no seu conjunto.

Com a dissolução da sociedade civil nos grupos desaparece o referente empírico da democracia representativa: o povo, isto é, o poder constituinte. Poderíamos dizer, nesta linha doutrinária, que o poder constituinte morre por decomposição¹. A solidariedade que o mantinha vivo dissolve-se na *solidariedade concreta* dos interesses endógenos de cada grupo. O Estado (figura unitária do poder constituído) terá, pois, que se ajustar às exigências da nova realidade sociológica. Segundo Thuot, ele deve abrir-se à sociedade (*démocratie oblige*): “Por ‘abertura à sociedade’ entendo o reconhecimento social do princípio segundo o qual o Estado deve intimamente reflectir a divisão da sociedade em interesses particulares”². Isso significa que as estruturas políticas devem reorganizar-se e munir-se de conhecimentos e competências que permitam ao Estado dar respostas técnicas e legislativas funcionalmente adaptadas e eficazes. O Estado torna-se mais intervencionista do que nunca, mas perde a soberba que exibia na democracia representativa quando impunha de maneira autoritária e centralizada os critérios da regulação social. Na democracia funcional, a iniciativa passa do político para o social e o Estado, para desempenhar convenientemente o seu novo papel, para assegurar a governabilidade num contexto de problemas cada vez mais complexos, não pode deixar de partilhar o poder com os actores sociais mais influentes, ou seja, os grupos aos quais se reconhece uma maior representatividade³. É com esse sentido que se falará em *socialização do Estado* e em *repolitização da sociedade*.

A partilha do poder é feita nas sedes da decisão e da produção do direito, domínios dantes vedados à interferência directa da sociedade civil. Na medida em que a decisão tem por âmbito um campo de interesses privados que é assessorado por equipas de técnicos e especialistas, nada mais natural que essas equipas sejam chamadas a participar no processo decisional. Sendo coagido pela evolução social a responder a novas solicitações emanantes de uma sociedade descentrada, o Estado dispersa a sua

¹ “Fora do círculo balizado pelo poder constituinte e pelo poder constituído, o espaço político transformou-se num espaço de partes dispersas que não podem nem tornar-se coerentes nem ser ‘normadas’ segundo o todo da representação política” (ibidem, 171-172).

² Idem, ibidem, 129.

³ Essencial, no quadro da teoria da democracia funcional, é a diferença entre representação e representatividade. A representação está associada à ideia de uma mandato e de uma hierarquia que faz remontar ao modelo político da separação entre o poder constituinte e o poder constituído. Numa sociedade fragmentada e dividida, o que conta é a representatividade, isto é, o poder de influência que uma pessoa ou um grupo dispõe num determinado domínio (político, económico, técnico, científico, cultural).

actuação por múltiplos domínios de acção especializados e abdica do monopólio da decisão. “A despolarização confere assim ao espaço político um aspecto horizontal mais que vertical. No que concerne ao sujeito, trata-se, como se viu, da reciprocidade entre o cidadão e a pessoa privada, ou ainda da rejeição da separação hierárquica entre o actor político e o actor social. No que concerne ao Estado, trata-se da interpenetração entre o público e o privado que se acompanha da partilha, entre o Estado e os actores sociais, da competência normativa e da capacidade decisória, outrora entregues unicamente ao Estado”¹.

Daqui decorre uma mudança essencial no conceito e prática da democracia: esta já não se caracteriza pela participação na escolha dos decisores, como acontecia nos esquemas da democracia representativa, mas pela participação nos próprios processos que levam às tomadas de decisão. Ademais, o protagonista da participação democrática já não é o cidadão (“incarnando o poder constituinte”²), mas os grupos (*auto-referenciais*) com poder de negociação. Dando expressão a esta nova semântica, Thuot refere-se a ela como *participação contra a cidadania*. “Isto quer dizer que a participação já não está tão estreitamente associada ao princípio electivo. Isto quer dizer também que o acesso ao espaço político deixou de ser reconhecido à partida, mas que ele se obtém na relação de força que se instaura no ‘aqui-agora’ do confronto directo com o outro. O acesso ao político não se torna uma questão de direito senão *a posteriori*, acrescendo que ele é uma questão de direito particular e não de direito fundamental”³.

Ora, da mesma maneira que as decisões resultam de compromissos negociados, assim também o direito ao abrigo do qual as decisões são tomadas constitui uma solução previamente negociada entre agentes públicos e privados. A *contratualização* do direito impôs-se a partir do momento em que os particularismos sociais fizeram submergir a ideia clássica do interesse geral e passaram a ser o objecto privilegiado da produção legislativa. Em consequência, os verdadeiros produtores das normas jurídicas passaram do parlamento para as múltiplas sedes extraparlamentares onde os especialistas públicos e privados, sentados à mesa das negociações, procuram encontrar respostas legais adequadas à especificidade dos interesses em causa⁴. Levando

¹ Idem, *ibidem*, 168.

² Idem, *ibidem*, 82.

³ Idem, *ibidem*, 189.

⁴ É claro que o parlamento não se extingue: “O seu papel fica marcado pelo que Wilke (1991) qualificou de ‘auto-restrição legislativa’: a formulação de fins indicativos repousando idealmente sobre os consensos

mais longe a despolitização da competência normativa, a sociologia funcionalista postula como inevitável a perspectiva de um *direito sem Estado*. “Passou-se, assim, de um direito clássico universalista, relevando de um poder unificado e legitimado *a priori*, para um direito que reflecte uma pluralidade de lugares de produção jurídica e que resultam, conseqüentemente, dos jogos de influência entre os actores sociais. O Estado encontra-se, desta forma, afastado de regras de direito que escapam à sua mediação”¹.

A concepção dual da democracia (Habermas) admitia um conflito de interesses entre o mundo da vida dos cidadãos e o imperativo funcional dos sistemas, sendo certo contudo que não alimentava grandes expectativas quanto ao desenlace de tal conflito. Seja como for, era do lado do mundo da vida (do lado poder constituinte) que se encontrava a raiz social da legitimidade política; e era pelo critério da universalidade contra os particularismos que se aferia a validade jurídica dos conteúdos legais. A concepção monista da democracia funcional, fundindo a esfera pública com a privada, anula desde logo a possibilidade de um conflito entre duas partes da sociedade que supostamente estariam submetidas a lógicas diferentes. No horizonte desta teoria, a legitimação da política procede dos grupos e a validade das decisões fica assegurada com a participação nos processos decisoriais, com a particularização do direito (proximidade da norma ao facto) e com a própria revisibilidade das decisões. “Um efeito decorrente deste estado de coisas é o reforço do carácter processual da vida democrática. A democracia funcional – realismo político obriga – apresenta-se, com efeito, mais como um processo do que um conteúdo. Quando o espaço político já não diz respeito a aderentes, mas a contratantes, as regras do procedimento adquirem uma acuidade particular e os debates sobre os meios sobrepõem-se aos debates sobre as finalidades”².

Significa isso que, “numa época em que as utopias se tornaram suspeitas”, já ninguém deve esperar que a política vá além da quotidiana *gestão da complexidade* e que se empenhe na realização de um projecto de emancipação das pessoas que, pela precariedade do seu estatuto social, ainda que sejam membros constitucionais do soberano, nunca farão parte dos grupos dominantes, aqueles que vinculam o poder estatal à promoção dos seus interesses privados.

prévios obtidos pelos parceiros sociais” (ibidem, 183; THUOT cita HELMUT WILKE, “Trois types de structures juridiques: programmes conditionnels, programmes finalisés, programmes relationnels”, in C.-A. MORANDS (dir.), *L'État propulsif: Contribution à l'étude des instruments d'action de l'État*, Publisud, Paris, 1991).

¹ Idem, ibidem, 147.

² Idem, ibidem, 180.

4.6. A emergência de novos constitucionalismos no contexto da integração europeia e da globalização

4.6.1. Passagem do governo à governança: o constitucionalismo da *good governance*.

De uma nova forma de governar além da política, de um “novo constitucionalismo além da intergovernamentalidade”, enfim, de um “novo paradigma constitucional” falam agora os académicos – particularmente os de proveniência anglo-saxónica – que fazem incidir as suas investigações sobre o conceito de *Governance*. Por pano de fundo tem-se agora, já não tanto as mudanças que o desenvolvimento do pluralismo interno provocaram na configuração tradicional da estatalidade, mas as fracturas que a construção da União Europeia e todo o processo da globalização têm produzido nas traves mestras do constitucionalismo contemporâneo. Observam, a este propósito, Arthur Benz e Yannis Papadopoulos: “É amplamente reconhecido que estamos a assistir a uma mudança extraordinária na organização do poder político. Esta transformação tem muitas vezes sido descrita como uma deslocação do “governo” para a “governança”¹.

A questão é saber para que realidade nova remete a *governance*. Trata-se, como é sabido, de uma expressão que suscita leituras muito distintas. O facto de ele concitar a adesão de autores com posição ideológica muito diversa, deixa desde logo perceber que se trata de uma noção carregada de grandes ambiguidades semânticas. Respigando várias definições, poderá dizer-se que a governança é um método de resolução de problemas por negociação directa das partes interessadas, propiciando um contexto através do qual uma pluralidade de actores (em representação de interesses vários: económicos, sociais, políticos, ambientais, etc.) coopera na formação de decisões vinculativas e na implementação dessas mesmas decisões. O que ressalta daqui é, por um lado, o carácter negocial do processo que conduz à tomada das decisões e, por

¹ “Introduction : governance and democracy : concepts and key issues”, *Governance and Democracy, Comparing national, European and international experiences*, Ed. by Arthur Benz and Yannis Papadopoulos, Routledge, New York, 2006, 1.

outro, o envolvimento de actores-decisores *não políticos* e não vinculados a qualquer relação hierárquica¹.

Para se compreender melhor o pragmatismo apolítico deste modelo de governação (“a governança é um conceito que evacua o político”²) deve ter-se presente que ele é oriundo da esfera económica (*corporate governance*), daí transitando depois para vários domínios da vida social, designadamente para a administração das comunidades locais e urbanas. No entanto, a projecção do conceito na ciência política está intimamente ligada ao carácter excepcional da construção da União Europeia. Como observa Sergio Fabbrini, a Europa, que outrora inventou o Estado-nação, vive actualmente “uma experiência institucional pós ou supra-nacional cujo *modelo democrático* permanece ainda indefinido”³. Ora, precisamente o que parece sobressair para dar forma à indefinição desse novo modelo de democracia é precisamente a governança: “o modelo da *governance* quer indicar a condição pós-estatal da União Europeia”⁴.

Começa, pois, a tornar-se consensual a ideia de que o termo *governance* conceptualiza com maior precisão o funcionamento político da União Europeia do que o clássico *government*. “A UE constitui um particular tipo de sistema político no qual o processo decisional não é organizado em torno da estrutura vertical de governo (ou *government*), mas de uma relação horizontal de deliberação (ou *governance*)”⁵. O primeiro termo (*government*) remete para a tradição do *jus publicum europaeum*, onde era mantida uma nítida separação entre governantes e governados, ou seja, entre o Estado e a sociedade civil; onde existia um sistema hierárquico (piramidal, vertical) de poder; onde funcionava um processo decisório previsível, centralizado e formalizado; onde toda a produção normativa era regida pela vontade geral e regulada pela ideia do

¹ “Com este termo pretende-se descrever o conjunto de processos (cada vez mais diferenciados) através dos quais, nas democracias contemporâneas, vão sendo tomadas decisões autoritárias, com valor geral, as quais se caracterizam pela decisiva participação de actores não institucionais nos processos decisórios e na sua implementação. É claro que as instituições governativas detêm ainda poderes determinantes. No entanto, elas por si sós (já) não conseguem mobilizar aqueles recursos que permitem decidir e implementar. Entre os actores privados que vêm co-envolvidos nos processos de governança entram organizações não governamentais, grupos de interesse, movimentos sociais, assim como várias expressões da sociedade civil ainda e sobretudo a nível local” (SIMONA PIATTONI: “La «governance» multi-livello: sfide analitiche, empiriche, normative”, *Rivista Italiana di Scienza Politica*, Anno XXXV, 3, 2005, 417).

² CATHERINE BARON, “La gouvernance: débats autour d’un concept polysémique”, *Droit et Société*, 54, 2003, 332.

³ SERGIO FABBRINI, “L’Unione Europea come democrazia composita?”, *Rivista Italiana di Scienza Politica*, Anno XXXIV, 1, 2004, 13-14.

⁴ Idem, *ibidem*, 15.

⁵ Idem, *ibidem*, 15.

bem comum; onde, enfim, toda a legitimidade assentava, em última instância, no escrutínio periódico dos cidadãos eleitores. O segundo termo (*governance*) remete para uma práxis constitucional e governativa completamente diferente e a sua polissemia ajusta-se convenientemente a um processo que parece incompatível com o princípio da publicidade de Kant: “Como rótulo, a *governance* tem uma distinta vantagem pelo facto de ser nova no uso, vaga no significado, e menos ameaçadora do que governo. Além disso, estas qualidades parecem captar o peculiarmente difuso, obscuro, e multifacetado caminho que a UE segue nos seus negócios. As decisões que a todos vinculam são tomadas em Bruxelas, mas o seu impacto sobre os cidadãos e os grupos sociais é muitas vezes mediado por e implementado através de autoridades nacionais e subnacionais. Esta distância e ausência de conexão directa, sem dúvida, contribuem para a (correcta) percepção de que a «Governança europeia» é algo diferente do governo nacional”¹.

À distinção entre *government* e *governance*, a doutrina tem acrescentado a distinção entre *governance* e *multi-level governance*. No processo da integração europeia, à medida que se transferiam porções de soberania dos Estados para a Comunidade Europeia e as decisões se afastavam dos seus destinatários, procurou-se simultaneamente aproximar o poder dos cidadãos através da criação de regiões (a Europa das Regiões de Jacques Dellors) e do desenvolvimento da autonomia do poder local, desenhando-se desta maneira um sistema multi-nível de decisões. O novo conceito reflecte já o efeito de retroacção (previsível) da *governance* europeia sobre as práticas políticas dos governos estatais. “Entendida como alternativa às abordagens estatocêntricas, a noção de *multilevel governance* redefine a natureza dos processos através dos quais a integração europeia influi sobre as estruturas e políticas dos Estados-nação: o processo de integração é estudado na perspectiva de uma simultânea transferência de competências regulativas para o nível supranacional e de capacidade de iniciativa e influência a nível subnacional. Mobilização e reforço dos governos subnacionais, juntamente com o crescimento da independência das instituições supranacionais, são interpretados como parte de uma dinâmica de “dispersão do poder” na União Europeia que modifica a natureza das suas arenas de *policy*”².

¹ PHILIPPE SCHMITTER, “Governance in the European Union: a viable mechanism for future legitimation?”, *Governance and Democracy, Comparing national, European and international experiences*, ed. cit., 158.

² ENRICO GUALINI, “«Governance» dello sviluppo e nuove forme de territorialità”, *Rivista Italiana di Scienza Politica*, Anno XXXVI, 1, 2006, 32.

Por conseguinte, também internamente o *government* acaba por ceder lugar à *governance* e isto significa que este termo sugere uma representação mais fiel (*is a more accurate descriptor*) da nova realidade estatal. Por outras palavras, o Estado internalizou o “peculiarmente difuso, obscuro, e multifacetado caminho que a UE segue nos seus negócios”. Terá então ocorrido um mimetismo de sentido inverso ao alegado pelos críticos da exportação do paradigma da constituição estatal (“mimetismo estatista”) para o mundo emergente das constelações pós-nacionais: foi antes o Estado-nação que importou o paradigma da *governance*, alterando os seus procedimentos, os seus compromissos e as suas finalidades. O novo paradigma substituiu o velho paradigma do constitucionalismo, “produzindo um novo tipo de Estado que passou a governar com sujeitos, objectos e objectivos diversos”¹. A governação estatal não é agora mais do que um nível intermédio da *multi-level governance*. Por todo o lado, nos países da União Europeia está instalada uma *governance without government*.

Todas estas mudanças, implicando a “dispersão do poder” a múltiplos níveis institucionais e por diversos actores públicos e privados, obrigam a reequacionar a questão da legitimidade, já que sem essa questão resolvida nada funciona na ordem política pós-nacional, isto é, não se reconhece autoridade aos novos decisores nem força vinculativa às decisões que deles emanam². A solução passa, segundo os adeptos do novo estilo de governação, por uma alteração da *forma mentis* da velha Europa, no sentido de se caminhar para uma legitimação aferida por critérios diferentes dos tradicionais, isto é, uma legitimação que não seja norteadada por valores nem se alicerce nas formalidades processuais da democracia representativa.

A democracia na tradição do constitucionalismo ocidental está associada à escolha dos governantes, sendo que estes se tornam, pelo processo eleitoral, representantes de todo o povo. Na *governance*, a eleição e a representação nacional perdem o relevo que lhes era conferido por aquela tradição. Daí o enunciado aforístico de Wolf: “O guia normativo primordial para a governança não é a democracia, mas a legitimidade”. Desenvolvendo o citado aforismo, A. Benz e Y. Papadopoulos, escrevem: “Na governança não existe um governo simples nem um “povo” e, portanto,

¹ VINCENT DELLA SALA, “Oltre la trasformazione e l’adattamento dello Stato”, *Rivista Italiana di Scienza Politica*, Anno XXXVI, 2, 2006, 209.

² Segundo a definição que resumidamente PHILIPPE SCHMITTER dá, “a legitimidade converte o poder em autoridade e, portanto, estabelece simultaneamente a obediência em obrigação e o poder em direito” (“Governance in the European Union: a viable mechanism for future legitimation?”, loc. cit., 159).

não há congruência entre jurisdições e escopo das decisões. Além disso, o poder é também exercido por actores privados, os quais não estão integrados na relação circular entre os governos eleitos e o povo. Enquanto num Estado-nação há uma relação circular entre governo e povo, nas estruturas da governança há várias relações circulares entre os decisores e os diferentes constituintes ou grupos de referência. Isso significa que os decisores não são investidos de poder por toda a comunidade, mas antes por círculos mais estreitos de «Stakeholders»; que cada grupo pode controlar apenas os decisores que os representam...; que a cadeia de autorização, que permite a alguns actores tomar parte na elaboração das decisões, pode ser complexa (séries de delegações); e que alguns actores participam em virtude de formas de justificação *sui generis* (por ex., especialistas cujo conhecimento é necessário ou firmas cujo investimento é crucial)”¹.

Seja como for, embora com outros critérios, a *multi-level governance* não está dispensada de exibir legitimidade no duplo plano processual e substancial. A este propósito, a literatura refere-se a *input-legitimacy* e a *output-legitimacy*, propondo para cada uma delas indicadores adaptados às novas condições da realidade política actual. Do lado do *input*, a legitimidade não decorre da participação dos eleitores na escolha dos decisores, mas do facto de os cidadãos poderem participar no próprio processo das decisões quando estas lhes dizem directamente respeito. Muda simultaneamente o tempo (de antes para depois do acto eleitoral) e o lugar (da mesa de voto para a mesa das negociações, onde também estão – mas nem sequer é necessário que estejam – os agentes políticos). De acordo com a matéria em causa, intervêm no processo decisório actores de diversa procedência social ou profissional, grupos económicos, delegados de comunidades locais, ONGs nacionais ou transnacionais, representantes de movimentos de opinião ou de estilos de vida, associações do terceiro sector, etc.. “Os políticos eleitos estão condenados a desempenhar um papel secundário”². Com esta filosofia e prática de participação, é presumível que se registre uma maior disposição para a aceitação das decisões, já que os destinatários se revêem sociologicamente nos

¹ “Governance and democracy : concepts and key issues”, loc. cit., 7-8.

² ARTHUR BENZ E YANNIS PAPADOPOULOS, “Governance and democracy : concepts and key issues”, loc. cit., 3. GUNTHER TEUBNER descreve a governança registando um duplo movimento de sentido contrário: “Um, para o qual usarei a palavra alemã *Entstaatlichung* (desestatalização) da política pública, que quer dizer que o Estado, enquanto actor colectivo, se retira para segundo plano...Um segundo movimento, que definirei como *Verstaatlichung* (estatalização) das organizações intermédias: o seu papel não consiste mais numa representação de interesses pluralísticos, papel clássico destas organizações, mas numa participação plena na política pública, numa implementação das decisões estatais e, por fim, numa autónoma autogestão dos negócios públicos” (“Policorporatismo e società degli interessi”, *Impresa & Stato*, Rivista della Camera di Commercio di Milano, n° 30; disponível em http://impresa-stato.mi.camcom.it/im_30/20-24.htm).

emissores. “Não se exclui a possibilidade de decisões unilaterais, mas usualmente um ajuste no processo de *negociação* prevalece. Dentro das redes, é expectável que os participantes demonstrem uma orientação acomodatória, uma inclinação para o compromisso e possivelmente uma boa vontade partilhada para cada um aprender com os outros. Contudo, as organizações e os actores colectivos interagem ao mesmo tempo por competição e cooperação, um padrão de interacção a que se chamou cooperação «antagónica»”¹.

Do lado do *output*, a legitimidade identifica-se com a eficácia e esta define-se pela resolução de problemas, pela adequação da decisão à situação que exige ser intervencionada. Naturalmente, a eficácia é condicional às competências que tenham os decisores na área específica do problema. A *output-legitimacy* é, assim, uma legitimidade dependente da *input-legitimacy*. Mas a relação de dependência é recíproca. Na medida em que os participantes num contexto de decisão (*decision-makers*) não reportam a sua autoridade a um mandato popular, mas à escolha do grupo de interesses a que pertencem (*stakeholders*), a legitimidade do processo decisional peca sempre por defeito. É o delito que comumente se imputa à União Europeia: “Desde que a UE não oferece aos seus cidadãos a oportunidade de participar directamente na formação do «seu» governo nem de chamar à responsabilidade os «seus» dirigentes pelo subsequente exercício do poder, é-se inevitavelmente levado a concluir que a UE sofre de um «défice democrático». A despeito da formal existência de eleições directas para a escolha de representantes para o Parlamento Europeu...o sistema como um todo não funciona como uma «democracia ocidental» convencional”². Neste contexto, o défice existente no lado do *input* terá que ser compensado pela legitimidade obtida no lado do *output*, quer dizer, pelo êxito prático das decisões tomadas.

No entanto, este círculo compensatório pode ser simplesmente um círculo vicioso. Como observa Simona Piattoni, a bondade de uma decisão não é passível de ser avaliada univocamente. Ela pode resolver eficazmente o problema de um determinado grupo, necessariamente o que dispõe do lobby mais forte, mas para outro ou outros grupos, com poder negocial mais fraco ou nem sequer com assento na mesa das

¹ ARTHUR BENZ E YANNIS PAPADOPOULOS, “Governance and democracy : concepts and key issues”, loc. cit., 3.

² PHILIPPE SCHMITTER, “Governance in the European Union: a viable mechanism for future legitimation?”, loc. cit., 158-159. O mesmo observa SIMONA PIATTONI: “Pois que na União Europeia os processos decisoriais típicos da democracia representativa convivem lado a lado com, e são potencialmente limitados por, processos decisoriais elitistas e tecnocráticos, as decisões que dela emanam carecem da legitimidade típica dos mecanismos decisoriais nacionais” (“La «governance» multi-livello: sfide analitiche, empiriche, normative”, loc. cit., 419).

negociações, a solução encontrada pode ser geradora de um problema maior¹. A eficácia é, pois, um valor sujeito ao princípio do contraditório, o que significa que ela não garante a *correção normativa* (Habermas) da decisão, mesmo quando esta não provoca nenhuma reacção visível de descontentamento por parte da população lesada. E assim sendo, a *output-legitimacy*, em vez de compensar o défice democrático que todos reconhecem existir do lado do *input*, acaba por tornar mais evidente ainda esse défice, obrigando a questionar ético-politicamente os critérios da representatividade dos participantes e da prioridade dos problemas a debater e as instituições que gozam da prerrogativa de escolher e aplicar tais critérios².

Neste contexto, vale a pena usar de empréstimo e resumidamente a sistemática dos questionamentos e respectivas respostas elaborada por A. Benz e Y. Papadopoulos³: 1) *Que comunidades e grupos de referência são incluídos* nas estruturas de decisão, quem decide sobre a inclusão e de acordo com que critérios isso é feito? A governança inclui a representação de grupos e comunidades. Contudo, a inclusão tende a ser elitista na delegação dos poderes e selectiva na escolha dos interesses, ou seja, nem todos os grupos ou comunidades (*constituencies*) têm o mesmo potencial de representação e é, invariavelmente, sobre os menos poderosos que recaem os custos das decisões políticas. 2) *Que tipo de considerações* legitima o empoderamento atribuído às várias espécies de decisores? É típico da governança a incorporação de vários interesses organizados nos processos da decisão com relevo para a delegação de tarefas públicas em titulares de interesses privados (*private interest governments*). Costuma ver-se nesse facto a garantia de uma estrutura pluralista, não hierárquica e, naturalmente, mais eficiente na medida em que aí participam peritos na área dos problemas a resolver. Os autores assinalam neste ponto a contradição existente entre a *política orientada para a resolução de problemas* e a política (*simbólica*) da opinião (afinal, onde se produz e reproduz a *crença na legitimidade*). É então plausível que as decisões sejam tomadas por actores diferentes daqueles a quem as pessoas e as comunidades afectadas reconhecem como legítimos decisores políticos. 3) O processo da formação das decisões políticas garante as preferências dos actores colectivos representados (*inputs from the*

¹ “Enfim, não é preciso ser-se foucaultiano para sentir um certo cepticismo em relação a todos aqueles processos decisionais que, ofuscando as fontes e fragmentando o exercício do poder, acabam por despojar os cidadãos das armas de que eles se tinham dotado para exigir contas aos próprios governantes pelas suas decisões” (SIMONA PIATTONI, *ibidem*, 420).

² Cf. THOMAS RISE, “Transnational governance and legitimacy”, *Governance and Democracy Comparing national, European and international experiences*, ed. cit., 193.

³ “Governance and democracy: concepts and key issues”, loc. cit., 8 e ss.

constituency)? Sabemos que, no confronto negocial dos interesses, não há relações de poder simétricas. Alguns actores colectivos exprimem-se a uma só voz, ao passo que outros delegam a decisão numa elite que coloca a lógica da organização (ou até interesses de política pessoal) acima dos interesses dos respectivos associados. Também aqui se reitera a ideia de que a democracia não é, realmente, o *modus essendi* nem o *modus operandi* das estruturas da governança. 4) De que meios dispõem os grupos ou comunidades (voto, veto ou desfiliação) para escrutinarem a actividade dos decisores e tornarem efectiva a *accountability* no seio da governança? A verdade é que, como já foi dito, muitos dos actores que tomam parte nas redes políticas (*policy networks*) não são portadores de nenhum mandato, não estão condicionados por nenhuma promessa, nem passaram antes pela prova legitimadora das eleições. Por outro lado, as decisões impõem uma constante actualização de informações e conhecimentos técnicos que, cada vez mais, estão fora do alcance do cidadão comum. Pode ainda acrescentar-se à opacidade de muitos temas, o frequente secretismo das negociações que decorrem normalmente à porta fechada¹. 5) Como é que, num contexto de interesses divergentes, *as preferências são transformadas em decisões*? Em princípio as decisões são mais agilizadas na *governance* do que no *government* e, teoricamente, o resultado poderá chegar mesmo ao *optimum* de Pareto. Na realidade, as coisas não são assim tão simples. Muitas vezes os actores estão comprometidos com as posições da sua organização e, por isso, impedidos de fazer as cedências necessárias à viabilização de um acordo. Mas as decisões podem também ficar bloqueadas pela complexidade dos problemas a resolver e pela indiferença ou inimputabilidade política dos actores. E os impasses não deixam de servir para aumentar a oposição ao sistema das elites. Seja como for, restam sempre fundadas dúvidas sobre a democraticidade intrínseca dos processos decisoriais da governança. “Não deveria dar-se por adquirido que os destinatários particulares da política, ou os cidadãos como um todo, dariam a sua aquiescência – se eles estivessem conscientes do problema – a decisões largamente tomadas através de processos não-transparentes típicos de uma «post-parliamentary governance» que não corresponde à imagem que têm de uma prática política democraticamente legítima”².

¹ “Um consenso fundamentado deve ser mais facilmente realizável se prevalecer o segredo das deliberações e os actores não forem obrigados a justificar a razão da sua mudança de posição diante de audiências críticas. Dentro de portas fechadas, os negociadores podem mudar de opinião mais fácil e livremente do que no espaço público onde eles tivessem de mostrar determinação e fidelidade aos seus princípios” (THOMAS RISE, “Transnational governance and legitimacy”, loc. cit., 194).

² ARTHUR BENZ E YANNIS PAPADOPOULOS, “Governance and democracy : concepts and key issues”, loc. cit., 11.

Ultrapassando a perspectiva descritiva, muitos académicos e políticos optam por valorizar a dimensão “normativamente apelativa” para que aponte a forma adjectiva da *good governance*. Como observa Schmitter, a *governance* pode ser boa ou má, conforme as coisas que produza¹. No entanto, ela dispõe de um conjunto de princípios que, na sua idealidade prescritiva, poderiam assegurar uma maior conformidade da política concreta ao histórico quadro de referências normativas do Estado constitucional. É nesse sentido que, por exemplo, Gomes Canotilho não dissocia o substantivo do adjectivo, encarando a *good governance* como um desafio que actualmente se coloca aos constitucionalistas. “Uma outra «*Kampf-parole*» surge agora no contexto do constitucionalismo global para empunhar a força normativa outrora atribuída à Constituição. Estamos a referir-nos ao conceito-ideia de «*good governance*» («boa governação», «bom governo»)»². O desafio consistirá, segundo cremos, em sedimentar os princípios da *good governance* na “massa rochosa” da ciência constitucional (Gomes Canotilho) de modo a que eles não se consumam na dimensão constitucionalmente simplificada do *Estado administrativo*. Trata-se de reforçar os princípios tradicionais do Estado de direito (legalidade da administração, segurança jurídica e protecção da confiança, proporcionalidade, etc.) com os *princípios da boa governança*.

Tal como aparecem nos textos protoconstitucionais e constitucionais da União Europeia, esses princípios podem nomear-se do modo seguinte³: 1) *Princípio da transparência* que impõe às diversas instituições por onde circula o poder que trabalhem de forma transparente, sujeitando-se ao escrutínio público; 2) *Princípio da participação* que convoca os órgãos estatais ao diálogo com os cidadãos e as várias formas de organização da sociedade civil (*O reforço da participação criará seguramente uma maior confiança no resultado final e nas instituições que produzem as políticas*⁴); 3) *Princípio da coerência* que visa assegurar a articulação das várias políticas e, conseqüentemente, a sua compreensibilidade; 4) *Princípio da abertura* que exclui a decisão autoritária e postula a prática da negociação; 5) *Princípio da eficácia*

¹ Cf. “Governance in the European Union: a viable mechanism for future legitimation?”, loc. cit., 161.

² “*Brançosos*” e *interconstitucionalidade. Itinerários dos discursos sobre a historicidade constitucional*, ed. cit., 325.

³ Cf. ALEXANDRA ARAGÃO, *A governância na Constituição Europeia: uma oportunidade perdida?*, Boletim da Faculdade de Direito, Studia Iuridica, 84, Coimbra Editora. A autora propõe a palavra *governância* para a tradução portuguesa do termo *governance*. Embora aceitemos a sua argumentação, optámos por manter a tradução do *Livro Branco sobre a governança europeia* (Comissão das Comunidades Europeias, Bruxelas, 2001. Disponível em <http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/site/pt/>).

⁴ *Livro Branco sobre a governança europeia*, loc. cit., 11.

que orienta as estratégias da governação para a resolução de problemas (*As políticas deverão ser eficazes e oportunas, dando resposta às necessidades com base em objectivos claros, na avaliação do seu impacto futuro e, quando possível, na experiência anterior*¹). “Globalmente considerados, estes princípios não são mais do que expressões do eterno combate contra a opacidade e *arcana praxis* das organizações de poder e estímulos para uma nova interrogação sobre as formatações organizativas do Estado (e outras constelações políticas)”².

Com uma dose considerável de voluntarismo e optimismo, poderíamos, de facto, aceitar a metáfora da acreção geológica que Gomes Canotilho foi buscar a J. L. Weiler³ e imaginar que a sedimentação dos princípios estruturantes da *good governance* daria mais consistência rochosa à legitimação do constitucionalismo que, após a Segunda Grande Guerra, impôs mais igualdade e justiça ao Estado de direito, fazendo com que este evoluísse para o *Estado de direito democrático e social*. O facto é que, como lembra Catherine Baron, “a governança qualificada de «boa» é puro sinónimo de liberalização, de desregulação....”⁴, e isso quer dizer, como sabemos, subordinação instrumental do Estado aos imperativos do Mercado. De resto, a expressão serviu ao Banco Mundial para estabelecer as condições da ajuda financeira aos países em desenvolvimento, onde, aliás, não se prescindia do papel do Estado na adaptação da economia nacional às novas regras do jogo estabelecidas pelo *Consenso de Washington*. “Uma «boa governança» vai a par da dominação de um pólo, o do Mercado, sendo o Estado o garante do seu bom funcionamento”⁵. Se, nos países dependentes, falta aos cidadãos capacidade de vigilância democrática, as instâncias internacionais “que governam a globalização” (BM, FMI, OMC), em contrapartida, são omnipresentes na monitorização das escolhas políticas, procurando evitar ou diminuir a corrupção e os excessos da violência do Estado. Se os requisitos mínimos da governabilidade não

¹ Ibidem, 11.

² J. J. GOMES CANOTILHO, “Brançosos” e interconstitucionalidade. *Itinerários dos discursos sobre a historicidade constitucional*, ed. cit., 332.

³ GOMES CANOTILHO remete para J. L. WEILER, “The Geology of International Law – Governance, democracy and legitimacy”, in *Zeitschrift für ausländisches öffentliches Recht und Völkerrecht*, 2004, 547 e ss..

⁴ “La gouvernance: débats autour d’un concept polysémique”, loc. cit., 339.

⁵ C. BARON, ibidem, 341. Numa primeira visão estratégica, desvalorizou-se o papel do Estado, avaliando-se que ele passava por uma situação de crise irreversível face aos imperativos da nova economia. No início dos anos noventa, novas experiências impuseram uma reformulação do *Washington Consensus*, reconhecendo-se que, nos países dependentes, a *Grande Transformação* (KARL POLANYI) da economia no contexto do mercado global teria que ser ainda uma tarefa cometida ao Estado.

forem observados, a ajuda é suspensa e os investidores estrangeiros retiram o seu capital¹.

Ora bem, se nos países subdesenvolvidos, de débil ou nula tradição democrática, a “boa governança” pode imprimir um movimento progressivo, propiciando uma aproximação ao modelo do Estado de direito, já na Europa o movimento a que ela induz é inverso, isto é, recoloca o Estado numa etapa histórica anterior ao Estado social. Na metáfora da geologia, o fenómeno é de erosão, e isso acontece pela acção dos ventos ciclónicos da nova economia que, por todo o lado e a todos os níveis, impuseram o paradigma governativo da *governance* (o adjectivo *good* não torna diferente o conceito). Por questões de simplificação descritiva, explicitaremos o efeito desses ventos recorrendo ao mapa conceptual da governança apresentado por Simona Piattoni². O efeito traduz-se em mudanças de ordem estrutural e processual³; os ventos (ou desafios, como a eles se refere a autora) sopram do interior (*sfide interne*) ou do exterior (*sfide esterne*). Começaremos pelos ventos externos, porque pensamos que os internos pouco mais serão do que uma subsequência dos primeiros. O que nos remete necessariamente para a globalização e para o esforço de competitividade que ela impõe. Advém, então, o dilema de uma incondicional escolha entre as protecções do Estado social e o sucesso económico no mercado global, sabendo-se de antemão que optar pelo primeiro termo do dilema equivaleria a condenar a economia nacional ao fracasso e, desse modo, também a inviabilizar o *welfare state* (para poupar os europeus a esta questão dilemática, o Banco Central Europeu regula a taxa de juros e o Pacto de Estabilidade e Crescimento faz o resto)⁴. No plano estrutural internacional, assiste-se à emergência de múltiplas organizações de regulação supra-estatal e, em particular na Europa, à formação do Mercado Comum, à adopção da moeda única e à consolidação política da União Europeia. Estabelece-se a *multilevel governance*. No plano processual, o aspecto a relevar consiste na participação de múltiplos actores estatais e não-estatais (associações, movimentos, personalidades) nas estruturas decisórias internacionais.

As mudanças concomitantes no plano interno observam-se no plano estrutural pela fragmentação e *socialização* do Estado (na acepção que vimos em

¹ Cf. JOSEPH E. STIGLITZ, *El malestar en la globalización*, Taurus, Madrid, 2002.

² SIMONA PIATTONI: “La «governance» multi-livello: sfide analitiche, empiriche, normative”, loc. cit., 421 e ss.

³ Esta dicotomia (estrutural e processual) foi a autora buscá-la, como ela própria confessa, a J. PIERRE e B. G. PETERS, *Governance, Politics and the State*, Houndsmills, Macmillan Press, 2000.

⁴ É preciso que se diga que, contra as expectativas e o desejo de muitos académicos, a governança é, de facto, apenas “a face aceitável dos cortes na despesa” e “a palavra em código para «menos governo»” (STOKER, citado por S. PIATTONI, *ibidem*, 423).

Thuot). O *mainstream* vai, então, no sentido de se proclamar *The End of Big State* sob o pretexto de que o modelo emergente do pós-guerra deixou de ser funcional¹. Alega-se a impossibilidade de se responder financeiramente ao excesso das obrigações sociais assumidas pelo Estado-providência (*dalla culla alla tomba*). Exige-se alívio da carga fiscal e menos burocracia. “*Governance*, neste caso, identifica-se com a redução dos espaços de intervenção do Estado (privatizações de vários tipos), com a divisão com sujeitos privados do fornecimento de serviços «públicos» (*sub-contracting* e *public-private partnerships*), com a adopção de métodos típicos das empresas privadas na gestão de serviços do sector público (*New Public Management*) e com a transferência para agências administrativas independentes de tarefas de controlo e supervisão em sectores de alto conteúdo técnico e/ou elevada sensibilidade política”². Em suma, assiste-se à empresarialização das tarefas constitucionais do Estado.

No plano processual, reproduz-se internamente o que se verifica a nível internacional, ou seja, a abertura do Estado à sociedade civil e, conseqüentemente, a partilha de responsabilidades nos processos decisórios entre actores públicos e actores privados. Estes últimos deixam de ser apenas destinatários e executores das decisões, passando a ser também co-autores delas. O que significa que o Estado troca a atitude de “escuta” própria da democracia representativa pelo modelo participativo que caracteriza a *democracia funcional*. As demandas dos diferentes grupos de interesses já não são (só) mediatizadas por *lobbies* sem capacidade de interferência directa no acto da decisão, mas por representantes que intervêm de pleno direito nas decisões com base numa competência específica e na proporção do poder social que representam.

Assim descrita, a governança só é compatível com a constituição de um Estado mínimo ou magro (*lean State*). Nós dizemos que ela empurra o Estado para trás do Estado social. Existe, no entanto, maior consenso dos autores em considerar que não se trata de um regresso a um estádio historicamente ultrapassado, mas antes da passagem a um novo estádio após ter chegado ao fim o ciclo do Estado interveniente e protector. “Hoje, tomando de empréstimo a expressão de Bob Jessop, o que está emergindo é um Estado pós-político, pós-social, pós-nacional e baseado na concorrência

¹ É importante assinalar aqui que o fim do grande Estado não significa o fim do Estado *tout court*, quanto mais não seja porque este é necessário para neutralizar o efeito dos custos sociais do neoliberalismo: “A implementação do processo de liberalização económica e de reestruturação pode exigir estruturas estatais que possam fazer frente à resistência popular e às conseqüências do enfatizar a competição e a concorrência” (V. DELLA SALA, “Oltre la trasformazione e l’adattamento dello Stato”, loc. cit., 214).

² SIMONA PIATTONI: “La «governance» multi-livello: sfide analitiche, empiriche, normative”, loc. cit., 422.

(Jessop 2002). Trata-se de um Estado que enfatiza a flexibilidade, a competição, a liberdade e a iniciativa dos indivíduos; concomitantemente, ele tem necessidade de conservar uma certa capacidade de assegurar as condições para o crescimento económico e para a acumulação do capital. Ele é pós-nacional na medida em que as suas competências e a definição dos interesses são articulados a diversos níveis, não só a nível nacional. E é pós-político na medida em que procura legitimar esta nova forma de governo através de um discurso baseado sobre a «racionalidade», sobre a «eficiência» e não sobre a luta política em torno de interesses, valores e visões em competição entre si. Enfim, ele é pós-social na medida em que, embora conservando a referência a «modelos sociais», desvincula a economia da regulação social e política”¹. O que resulta daqui é que o Estado, com estas novas características inerentes aos conceitos de *governance*, *good governance* e *multi-level governance*, possui outra constituição em sentido material, uma constituição que consegue coabitar pacificamente com a constituição formal do pós-guerra, como, aliás, Ingolf Pernice e Franz C. Mayer explicam mediante o seu conceito de *constituição compósita*².

A dimensão pós-nacional do Estado, que a teoria do *multilevel constitutionalism* consagra³, dilui a *accountability* dos governantes nacionais, facultando-lhes um oportuno álibi para os desvios que façam em relação aos respectivos programas eleitorais. Mas o que mais concorre para essa diluição é o efeito da governança ao qual, lembrando uma vez mais U. Beck, designaremos por *despolitização da política*. Significa isso que as decisões referentes ao governo da *res publica* deixam de ficar sujeitas à discutibilidade política, que pressupõe o reconhecimento da pretensão de validade das alternativas (e, portanto, a intervenção da subjectividade nas opções), para se colocarem sob a alçada de um pensamento técnico que vai buscar ao conhecimento científico a sua pretensão de verdade, objectividade e

¹ VINCENT DELLA SALA, “Oltre la trasformazione e l’adattamento dello Stato”, loc. cit., 209.

² Cf. “De la constitution composée de l’Europe”, *Revue Trimestrielle de Droit Européen*, 36 (4), 2000, 623 e ss.. Voltaremos a esta tese dos autores agora mencionados.

³ É conveniente opor, com LUCIANI, este conceito ao de *multilevel governance*: “É bom recordar que a perspectiva jurídica do constitucionalismo multinível é bem diversa da politológica e descritiva da *governance* multinível. Esta limita-se a registar, em particular no ambiente europeu, a co-presença de uma pluralidade de níveis e de centros de decisão e, na medida em que constata o óbvio, pode ser partilhada sem nenhuma dificuldade. Porém, o quadro muda totalmente quando a perspectiva (inicialmente politológica, é bom lembrar) vem posta no plano normativo e prescritivo, isto é, quando ela se transforma na doutrina do *constitucionalismo multinível*” (MASSIMO LUCIANI, “Costituzionalismo irenico e costituzionalismo polémico”, publicado pela Associazione Italiana dei Costituzionalisti in <http://www.Associazionedeicostituzionalisti.it/materiali/anticipazioni/costituzionalismo>). É inegável que esta doutrina é construída para, *a posteriori*, dar força legitimatória à efectividade da *governance* europeia.

neutralidade¹. Tudo o que escape a este domínio é considerado pejorativamente ideológico. São, assim, hostilizadas como ideológicas as exigências da justiça distributiva que fazem resistência a uma abordagem puramente técnica aos problemas da ingovernabilidade. Em contrapartida, cresce o incentivo ao debate sobre os temas fracturantes relacionados com estilos de vida e escolhas individuais. Quanto às “necessidades existenciais” (*Daseinsvorsorge*) protegidas pelo catálogo dos direitos sociais, a governança descarta-se delas, impondo ao Estado que devolva aos indivíduos a responsabilidade de providenciar os meios da sua satisfação. Nasce, em consequência, o conceito (cinicamente) valorizado de “cidadão activo”, caracterizando-se este, não por participar activamente na vida política do país, mas por assumir as formas individualistas e apolíticas da luta pela sobrevivência, não delegando os riscos inerentes a essa luta nas instituições protectoras do Estado social.

Neste quadro, é óbvio que o *modelo social europeu* só pode ser encarado como um obstáculo a esse “novo constitucionalismo” (*new constitutionalism beyond intergovernmentally*)² que funciona com sujeitos, objectos e objectivos diferentes daqueles que, mau grado tudo, permanecem formalmente como referências políticas das constituições nacionais. No aligeiramento desse modelo, alegam-se imperativos de sustentabilidade no contexto da crise do Estado-providência, transformando o desmantelamento dos serviços sociais no seu contrário, isto é, num processo retoricamente legitimado pela intenção de os salvar. Mas o que, indesmentivelmente, fica pelo caminho é o princípio da solidariedade que tornou *social* o Estado de direito liberal. Como observa Thomas Hueglin, a “nova governamentalidade” induzida pela governança europeia supõe outra construção ideológica para a acção colectiva. “A escolha do termo aqui usado (*new governmentality*) foi feita para sugerir que a coesão ideológica se estende unicamente às elites governantes ou aos máximos decisores da Europa, ficando necessariamente excluída a grande maioria da população europeia”³. Quer dizer que pelo caminho ficam também os princípios da *cidadania política* e da

¹ Daí resulta, conforme observa VINCENT SIMOULIN, *o sucesso de uma noção encantada*: “É nesta aptidão para despolitizar e tecnicizar as decisões e as escolhas políticas que é preciso ver um factor essencial do sucesso da governança” (“La gouvernance et l’action publique: le succès d’une forme simmélienne”, *Droit et Société*, nº 54/2003, 322).

² THOMAS O. HUEGLIN, “Government, governance, governmentality. Understanding the EU as a project of universalism”, *The transformation of governance in the European Union*, Routledge, London and New York, 1999, 253.

³ Idem, *ibidem*, 250.

*cidadania social*¹ (a que podemos juntar os princípios da participação e da inclusão) que determinaram os Estados ocidentais a adoptar a forma de um Estado de direito *democrático e social*.

Assiste-se, pois, a uma mudança de paradigma constitucional sem que seja sentida a necessidade de mudar de constituição (tornada flexível pela teoria da *constituição como processo*); ou, se quisermos, vivemos um “momento constituinte” sem que seja sentida a falta do poder constituinte (arrumado no museu da história pelas teorias da *constituição sem soberano*). Nestas circunstâncias, o resultado não poderia deixar de se traduzir numa delapidação das conquistas constitucionais da modernidade e, portanto, numa regressão do constitucionalismo que o mundo ocidental tem arvorado como bandeira da sua cultura política.

4.6.2. A desestatalização da constituição e do direito: o *societal constitutionalism*.

Sabemos que, mais cedo ou mais tarde, acabará sempre por ocorrer um conflito cognitivo entre estabilidade dos nossos instrumentos de análise teórica e a mobilidade dos fenómenos do mundo a que eles se aplicam. A intensidade e a profusão dos debates que actualmente animam a doutrina constitucional testemunham, por um lado, a ocorrência desse conflito na esfera do constitucionalismo e, por outro, o esforço desenvolvido pelos constitucionalistas no sentido de redescobrir na teoria da constituição respostas adequadas às exigências interpretativas e normativas da nova realidade constitucional. A questão que agora se coloca é a de saber que inovações teóricas devem ser introduzidas para que o conceito de constituição possa corresponder aos emergentes desafios da *digitalização, privatização e globalização*. O sentido da questão é ainda reforçado pelo facto de tais fenómenos terem, já há muito tempo, deixado de ser comensuráveis com a capacidade de regulação dos Estados nacionais. A solução apresentada pelos autores que pensam neste quadro problemático consiste, desde logo, na separação dos dois elementos integradores do velho constitucionalismo: a constituição e o Estado. A própria lógica desta solução sugere a ideia de uma constituição transnacional de tendência universalista. Como mais adiante veremos, vão

¹ Cf. ÉTIENNE BALIBAR, “Quelle «constitution» de l’Europe”, *Lignes*, Février 2004 (número temático dedicado a *L’Europe en partage*), designadamente 26-27.

nesta linha os adeptos de um constitucionalismo cosmopolita que mergulha as suas raízes filosóficas nos escritos políticos de Kant. Aqui, porém, a nossa atenção estará particularmente voltada para a alternativa de constitucionalismo global que Gunther Teubner constrói a partir da teoria dos sistemas.

À semelhança dos defensores do constitucionalismo cosmopolita, também Teubner tem por tese a separação da constituição e do Estado, uma *constitutionalisation without the State*. Mas a sua reflexão não se prende propriamente com *os fundamentos do domínio legítimo* (Beck) ou com o estabelecimento de *uma comunidade democrática cosmopolita* (Held). Dito por outras palavras: ao contrário do que acontece com as teorias cosmopolitas que procuram transplantar os modelos institucionais democráticos do Estado-nação para espaços mais amplos e mantendo a esse nível o princípio do unitarismo constitucional (*mimetismo constitucional*), a teoria de Teubner não só rompe frontalmente com a tradicional concepção política da constituição, nomeadamente no que se refere aos actores constituintes e à ordem das suas finalidades programáticas, como acolhe como um dos seus eixos fundamentais a *ideia do pluralismo constitucional*.¹

O ponto de partida de uma teoria empiricamente plausível não pode deixar de ser a observação da realidade. E o que Teubner aí observa (ou julga observar) é “a emergência de uma multiplicidade de constituições civis”². Elas reportam-se a uma grande variedade de subsistemas autónomos da sociedade mundial. A novidade está na *civilização* e na despolitização dessas constituições, ou seja, na sua referência a domínios da vida civil (a subsistemas sociais não políticos) e na sua autonomia em relação aos poderes políticos nacionais e à respectiva constituição estatal. Como é sabido, o fenómeno da constitucionalização das questões puramente civis não é novo. De forma implícita (constituições liberais) ou explícita (constituições do Estado social), as constituições sempre contiveram, além de normas relativas à organização e limites do poder político, os princípios ordenadores da sociedade civil (constituição económica, constituição do trabalho, constituição da saúde, etc.). Acontece, porém, que o brilho da constituição política ofuscou a individualidade das constituições civis as quais, por esse

¹ Cf. NEIL WALKER, *The idea of constitutional pluralism*, European University Institut Badia Fiesolana, San Dominico, 2002.

² GUNTHER TEUBNER, “Societal Constitutionalism: Alternatives to State-Centred Constitutional Theory”, CHRISTIAN JOERGES, INGER-JOHANNE SAND, GUNTHER TEUBNER (ed.) *Transnational Governance and constitutionalism*, Oxford and Portland Oregon, 2004, 8.

facto, foram sempre interpretadas como sendo uma parte indissociável da constituição estatal.

Ora, aquele brilho ter-se-á desvanecido com a globalização. Por um lado, estreitaram-se os limites da esfera estatal e, por outro, os subsistemas da sociedade civil ultrapassaram, em dinâmica, a capacidade de intervenção reguladora do Estado¹. O problema é então saber como é que esses subsistemas, autonomizados face às prescrições da política e sem o embaraço das fronteiras territoriais, adquirem a normatividade de que não podem prescindir. Segundo Teubner, trata-se de uma questão constitucional análoga à da constitucionalização política do Estado-nação, pelo que se pode extrair desse processo o modelo da formação das constituições civis. A constituição política nasceu com um objectivo duplo: fundar o poder democrático e, simultaneamente, conter esse mesmo poder nos parâmetros do direito, evitando a degenerescência repressiva da violência legítima. No seu domínio próprio, as constituições civis desempenham uma função semelhante, que é a de enquadrar juridicamente as dinâmicas sociais que vão emergindo do processo evolutivo da diferenciação funcional no contexto da globalização. É preciso que os subsistemas possam desenvolver-se de acordo com a sua lógica interna, mas que, ao mesmo tempo, sejam controlados e minimizados os custos humanos desse autodesenvolvimento. É nesse sentido que vários actores chamam a atenção para o efeito horizontal dos direitos fundamentais lembrando que, nos dias de hoje, a agressão a esses direitos não procede tanto da estrutura hierárquica do Estado como de centros não estatais de poder inseridos na sociedade civil global, com notório relevo para o poder económico.

Este é o quadro factual que obriga a reconhecer o anacronismo de um pensamento constitucionalista centrado na ordenação política do Estado e que, ao mesmo tempo, revela a existência de um múltiplo constitucionalismo civil emergente à escala mundial. Teubner assenta a sua tese em três diagnósticos. O primeiro refere-se ao paradoxo da racionalização já diagnosticado por Max Weber e que serviu de premissa à teoria do constitucionalismo societal desenvolvida por David Sciulli². Esse paradoxo, que fizera eco no *pessimismo desesperado* da primeira geração da Escola de Frankfurt,

¹ “A minha tese é a seguinte: o policorporativismo substitui a organização hierárquica do Estado-nação a favor de uma relação hetero-hierárquica de um novo Estado-rede... Por um lado, o Estado-nação perde lentamente a sua soberania, seja para cima, seja para baixo; e, por outro, o Estado dissolve horizontalmente a autoridade pública a favor de actores colectivos privados” (GUNTHER TEUBNER, “Policorporativismo e società degli interessi”, *Rivista della Camera di Commercio di Milano*, nº 30, 1 (disponível em http://impresa-stato.mi.camcom.it/im_30/20-24.htm)

² Cf. DAVID SCIULLI, *Theory of societal constitutionalism: Foundations of a non-marxist critical theory*, Cambridge University Press, 1992.

pode ser enunciado da seguinte maneira: quanto mais cresce a racionalização dos subsistemas sociais diferenciados tanto maior é a irracionalidade que eles projectam no mundo da vida. O paradoxo da racionalização manifesta-se em quatro eixos: a fragmentação das lógicas de acção, reflectindo a pluralização dos subsistemas funcionais; a predominância do cálculo instrumental que reduz a racionalidade à simples adequação dos meios aos fins (*Zweckrational*); o domínio totalitário da organização burocrática; e, por fim, o crescente aprisionamento das esferas sociais numa “jaula de ferro de servidão para o futuro” (*iron cage of servitude to the future*). Se, entretanto, não se gerassem forças de oposição a esta deriva evolutiva, a “grande sociedade” dificilmente escaparia ao perigo de uma entropia generalizada. Sciulli, porém, encontra essas forças nas instituições de auto-regulação do constitucionalismo societal, como é o caso das normas que se formam no seio das corporações profissionais. “Se a tarefa central das constituições políticas era defender a autonomia de outras esferas de acção contra a expansão do domínio político, mais especificamente contra a instrumentalização política, então, nas constituições civis do nosso tempo, a tarefa presumível será garantir as oportunidades de articulação de lógicas de acção ditas não racionais contra a tendência da racionalização social dominante, mediante a conquista e a institucionalização de espaços de autonomia para a reflexão social em contextos de conflito persistente”¹

O segundo diagnóstico mostra que a globalização é um processo policêntrico; ou seja, nem a sociedade mundial se constrói como um todo harmonioso sob a batuta da política internacional nem a mundialização pode ser reduzida à sua vertente económica. Ao contrário disso, trata-se de um fenómeno que envolve diversos domínios de actividade que progressivamente se estendem a todo o mundo e se constituem como sectores globais autónomos (além da economia, a educação, a saúde, a ciência, a arte, o desporto, etc.). “O resultado é uma multiplicidade de aldeias globais independentes, cada uma das quais desenvolve uma dinâmica intrínseca de si própria como uma área autónoma que não pode ser controlada do exterior. A globalização, então, não significa apenas capitalismo global, mas a realização mundial da diferenciação funcional”². O importante, na perspectiva de Teubner, é reconhecer a inviabilidade da pretensão de submeter todas as aldeias globais a uma única constituição

¹ GUNTHER TEUBNER, “Societal Constitutionalism: Alternatives to State-Centred Constitutional Theory”, loc. cit., 12-13.

² Idem, ibidem, 14.

mundial (reportada, por exemplo, às Nações Unidas). Cada uma daquelas aldeias tem a sua própria constituição e todas as constituições parciais globais são elas mesmas incomunicáveis entre si. “Através da sua própria clausura operativa, cada um dos sistemas globais funcionais cria a sua esfera dentro da qual fica livre de intensificar a sua própria racionalidade sem olhar para os outros sistemas ou mesmo para o seu meio natural ou humano. Os sistemas levam esta lógica tão longe quanto puderem, isto é, tão longe quanto isso for tolerado pelo seu meio ambiente”¹.

O terceiro diagnóstico remete para a ideia de uma constitucionalização subjacente (*creeping constitutionalization*) aos processos de juridificação que se manifestam no interior de cada um dos subsistemas da sociedade global. Dito resumidamente: a juridificação pressupõe a existência de um processo latente de constitucionalização. Se há produção de normas no quadro de um sistema de legalidade não político, isto é, criado fora da lógica política do Estado-nação ou do direito internacional, é então necessário que esse sistema possua a sua própria ancoragem constitucional. Teubner observa que, do mesmo modo que todo o sistema político, mesmo quando não haja uma constituição escrita, comporta um conjunto de normas que definem quem governa (quais os actores) e através de que processos, assim também todo e qualquer sector social diferenciado tem a sua própria constitucionalidade (ainda que não explícita), decorrente de um processo de incrementação progressivo. “As constituições civis não serão produzidas por uma espécie de *big bang*, um espectacular acto revolucionário de uma assembleia constituinte segundo o modelo norte-americano ou francês.... Em vez disso, as constituições civis são formadas mediante um processo evolutivo subterrâneo (*underground*) de longa duração no decurso do qual a juridificação dos sectores sociais também incrementa o desenvolvimento de normas constitucionais...”².

Visto que os ritmos de constitucionalização são variáveis de sector para sector, não existe uma moldura normativa que seja comum a todas as constituições civis. Existem, porém, traços identificadores que permitem confirmar a presença de elementos constitucionais nos diferentes subsistemas globais da sociedade civil. O primeiro consiste na acoplagem estrutural (*structural coupling*) entre processos sociais

¹ GUNTHER TEUBNER e ANDREAS FISCHER-LESCANO, “Scontro tra regimi: la vana ricerca di unità nella frammentazione del diritto global”, in GUNTHER TEUBNER, *La cultura del Diritto nell'epoca della globalizzazione. L'emergere delle costituzioni civili*, Armando Editore, Roma, 2005, 146).

² GUNTHER TEUBNER, “Societal Constitutionalism: Alternatives to State-Centred Constitutional Theory”, loc. cit., 18.

autónomos (actividades específicas) e processos autónomos de produção jurídica. Luhmann, como se sabe, aplicara este conceito para explicar o papel da constituição na separação e conexão do subsistema político e do subsistema jurídico no contexto da formação do Estado moderno. A constituição regulava os fluxos de comunicação entre estes dois subsistemas auto-referenciais e autopoieticos, mantendo a relação de cooperação e evitando a colonização de um pelo outro, mormente a manipulação do direito pela política¹. As constituições civis seguem o mesmo modelo dentro do seu segmento de actividade global. “O efeito relevante do acoplamento estrutural é que ele limita os processos legais e sociais nas suas possibilidades de influência. A possibilidade de um sistema ser dominado pelo outro fica bloqueada, as respectivas autonomias facilitadas, e a mútua irritação (*irritation*) concentrada sobre trâmites de influência estritamente delimitados e claramente institucionalizados”². É dessa forma que a constituição civil controla o problema da *corrupção estrutural* que está potencial ou efectivamente presente em todas as esferas de legalidade autónomas e que consiste na infiltração de lógicas opostas à racionalidade intrínseca do subsistema em causa³.

Além da acoplagem estrutural entre um sistema normativo e um sistema social, é preciso que exista uma distinção hierárquica entre normas de direito constitucional e normas de direito ordinário. Este é o segundo traço identificador da constitucionalidade. Já se sabe que a produção espontânea de direito não deixa de pressupor as normas que tornam essa produção válida (as regras processuais e os actores legítimos). A teoria do constitucionalismo societal, porém, descarta o “espinhoso problema dos fundamentos não fundacionais do direito”, problema que é inerente à

¹ “Neste contexto teórico, emerge com clareza o incremento da complexidade alcançado com a separação e a conexão do sistema político e do sistema jurídico. Dito de forma sintética: a novidade do projecto setecentista de constituição está no facto de que a constituição torna possível ao mesmo tempo uma solução *jurídica* do problema de auto-referencialidade do sistema *político* e uma solução *política* do problema da auto-referencialidade do sistema *jurídico*. (...) Graças a tal acoplagem, o sistema jurídico tolera um sistema político que tende para o Estado regulador e que não deixa escapar o que pode sujeitar às suas operações. Graças a tal acoplagem também o sistema político tolera um sistema jurídico que inicia continuamente processos próprios, projectos de interferência política logo que se vislumbra a questão direito – não direito” (NIKLAS LUHMANN, “La costituzione come acquisizione evolutiva”, *Il futuro della costituzione*, ed. cit., 110-111).

² GUNTHER TEUBNER, “Societal Constitutionalism: Alternatives to State-Centred Constitutional Theory”, loc. cit., 20.

³ Por exemplo, a lógica do lucro nos sectores da saúde ou da ciência. TEUBNER valoriza o exemplo da auto-regulamentação da Internet contra a interferência de interesses privados ou correntes de opinião, regulamentação que escapa ao poder de Estado (por ser de âmbito global) e ao direito internacional (pela dificuldade de obtenção de consensos eficazes): “uma resposta realista aos problemas da corrupção estrutural do ciberdireito deverá emergir exclusivamente da própria constituição da Internet...” (ibidem, 22). Outro exemplo vem do sistema da educação com o caso dos filhos de eminentes académicos que, não tendo o talento dos pais, recebem vultuosos financiamentos, corrompendo estruturalmente a lógica interna das respectivas instituições.

tradição do constitucionalismo centrado no Estado. Os regimes privados auto-constitucionais que, como a *lex mercatoria* ou a *lex digitalis*, vão construindo o seu própria manual de boas práticas (não fazer *spamming*, por exemplo), assentam o seu modelo mais no direito consuetudinário do que nas constituições politicamente positivadas¹. “Uma visão realista reconhecerá que, no decurso de tais práticas legais auto-organizadas [na esfera da digitalização], ...emergem normas constitucionais secundárias aptas para superar o paradoxo da validade do direito digital autoproduzido e decidir selectivamente sobre a juridificação das normas sociais”².

Reconhecida a hierarquia das normas, impõe-se dedutivamente o reconhecimento do controlo da adequação das normas inferiores do direito comum às normas superiores da constituição. Embora a diferenciação entre a jurisdição constitucional e a jurisdição ordinária não seja tão óbvia como a que se verifica no direito de origem estatal, considera Teubner que ela também existe nos regimes jurídicos dos subsistemas privados. A fiscalização judicial dos padrões de qualidade dos serviços a prestar por entidades privadas ou das decisões dos tribunais nacionais ou internacionais de arbitragem “são exemplos da existência de um controlo *de facto* da constitucionalidade do direito não legislativo”³. Obviamente, os critérios pelos quais se avalia o mérito constitucional do direito produzido num sector social não decorrem da constituição do Estado: eles não são políticos. Eles são imanentes à constituição não política do respectivo sector: são tecnológicos, económicos, desportivos, académicos, etc., conforme a área de interesses institucionalizada. Assim, como acontece na ordem jurídico-política, a fiscalização constitucional civil existe para evitar, rectificar ou anular as decisões do direito interno que estejam em disfunção com a lógica sistémica do sector em causa.

Finalmente, uma quarta característica do constitucionalismo político está também presente no constitucionalismo dos regimes privados globais: a constituição dual que dentro de si acolhe um subsector formalmente organizado e um subsector informal, mas dinâmico. É justamente aqui que Teubner vê os “potenciais

¹ “O velho direito consuetudinário e os novos regimes privados têm realmente um elemento comum. Ambos têm uma origem social e, além disso, não nascem da legislação positiva de um soberano nacional (...). É neste sentido que se justifica a descrição da pós-modernidade globalizada como uma nova Idade Média” (GUNTHER TEUBNER, *La cultura del Diritto nell'epoca della globalizzazione. L'emergere delle costituzioni civili*, ed. cit., 62;65).

² Idem, “Societal Constitutionalism: Alternatives to State-Centred Constitutional Theory”, loc. cit., 24.

³ Idem, *ibidem*, 24.

democráticos” que decorrem da fragmentação da sociedade civil mundial¹. “O carácter democrático de uma constituição parece depender de que um dualismo entre racionalidade formalmente organizada e espontaneidade informal possa ser institucionalizado com êxito como uma interacção dinâmica entre ambas sem que haja primazia de uma sobre a outra”². O exemplo pode vir da própria política onde, ao lado da estrutura burocrática dos partidos e da administração estatal existe uma esfera de expressão espontânea que é formada pelos eleitores, pelos grupos de interesses e pela opinião pública. “Esta contraposição entre a espontaneidade e a organização parece ser um dos segredos do sucesso da democracia liberal”³. A globalização fragmentada permitiu uma generalização e uma re-especificação deste modelo dual no interior dos subsistemas constitucionais que se foram diferenciando e autonomizando. Em todos eles existirá, portanto, uma constituição de tipo democrático-liberal, adequada à especificidade do respectivo sector de actividade (economia, ciência, arte, desporto, etc.), com a tarefa de assegurar o virtuoso meio-termo entre a racionalidade e a espontaneidade.

Como em todas as teorias *práticas* é difícil saber se a teoria teubneriana dos sistemas consiste só numa descrição empírica ou há também nela um elemento de prescrição dissimulado. Em qualquer dos casos, estaremos sempre condenados à liberdade da escolha. Se a teoria se limita a interpretar realisticamente a realidade social (como o autor frequentemente sugere), a questão é saber se nos resignaremos à força normativa dos factos ou se não deveremos antes interpelar e contrariar a sua tendência aparentemente evolutiva; se a teoria, porém, vai além da realidade, procurando ideologicamente prescrever-lhe um sentido, então a questão que se nos coloca é a de saber como é que, do nosso ponto de vista, poderemos contribuir para a sua desconstrução. Seja como for, o que de imediato se nos oferece dizer é que a teoria do constitucionalismo societal consegue tornar ainda mais sombrios os efeitos já bastante sombrios da *governança sem governo*, a saber: o empobrecimento sociológico da

¹ Idem, *La cultura del Diritto nell'epoca della globalizzazione. L'emergere delle costituzioni civili*, ed. cit., 71. TEUBNER contesta os que localizam esses potenciais democráticos nos movimentos sociais globais. Considera-os importante, mas não um contrapeso decisivo face à hegemonia da política ou da economia. “São indubitavelmente indispensáveis pela sua capacidade de chamar a atenção para alguns problemas sociais complexos dos quais nenhuma instituição social especialista se encarrega. E estas provocações estão destinadas a tornar-se tanto mais relevantes quanto mais as tradicionais instituições do Estado-nação perdem poder. Todavia, as suas iniciativas não passam de uma irritação difusa: têm, com efeito, uma reduzidíssima capacidade para resolver os problemas que levantam” (ibidem, 72).

² Idem, “Societal Constitutionalism: Alternatives to State-Centred Constitutional Theory”, cit., 27.

³ Idem, *La cultura del Diritto nell'epoca della globalizzazione. L'emergere delle costituzioni civili*, ed. cit., 75.

democracia (o estrutural déficit democrático), a ruptura dos laços da solidariedade social e humana e o exílio do valor da justiça.

O primeiro tópico crítico, como se calcula, refere-se à des-democratização da produção do direito. Teubner considera reducionista a leitura dos que, mantendo-se no paradigma da modernidade, sublinham a crise do direito causada pelo processo da globalização da economia e o concomitante enfraquecimento do Estado. Na sua opinião, é o contrário que deve ser registado e celebrado: a produção jurídica cresceu infinitamente porque as fontes de direito se multiplicaram a nível planetário. Os diferentes sectores da sociedade global estão a produzir cada vez mais direito fora do Estado (*law without State*) e à margem dos tratados internacionais. “Na época da globalização, os processos da produção jurídica deslocam-se dos centros do direito – que estavam politicamente institucionalizados no Estado-nação (poderes legislativo e judicial) – para a sua periferia...O direito do novo mundo é acima de tudo periférico, espontâneo e social. Os governos privados, os regulamentos privados e a justiça privada tornaram-se fontes dominantes do direito...”¹.

Há, pelo menos, dois elementos que não transitam do Estado para os novos regimes privados globais: a soberania popular e o bem público. No primeiro assenta a legitimidade de título e no segundo a legitimidade de exercício e é sob a invocação de ambos que os actos de governo podem reclamar a obediência. De facto, os actores globais (*global players*) que, no interior daqueles regimes, tomam decisões com impacto mundial nem passam por um escrutínio democrático nem se obrigam à consecução de objectivos estranhos ao interesse próprio ou da sua organização². Só um

¹ Idem, *ibidem*, 61. Podemos trazer para aqui a observação de GERARDO PISARELLO: “Desta maneira – diz ele – os Estados acabam subordinados a uma espécie de constitucionalismo mercantil global, não destinado a controlar os poderes, mas antes a libertá-los, elevando uma série de interesses corporativos a *Grundnorm* do ordenamento internacional. Este fenómeno, por sua vez, traduz-se numa degradação do Direito oficial, que deve coexistir com um Direito não oficial ditado por múltiplos legisladores fácticos. Estes, mercê do seu poder económico, acabam por transformar o fáctico em norma, disputando ao Estado o monopólio da violência e do direito” (“Globalización, Constitucionalismo y derechos: las vías del cosmopolitismo jurídico” in ANTONIO DEL CABO e GERARDO PISARELLO (editores), *Constitucionalismo, mundialización y crisis del concepto de soberanía. Algunos efectos en América Latina y en la Europa*, Publicaciones Universidad de Alicante, 2000, 31-32).

² Na realidade, a tese de TEUBNER é de que, até na esfera económica, só conta o interesse da empresa como um todo. Esse interesse autopoiético está acima do interesse particular das pessoas, incluindo o dos accionistas. “Ora, todo o interesse parcial, seja ele do capital, dos trabalhadores ou da administração deverá ser eliminado desde que ele não se identifique com os interesses da empresa. Mau grado uma das primeiras teorias associativas sugira dever considerar-se a existência humana como sendo o objectivo central da empresa, e o conceito de administração tendesse a identificar o interesse do administrador (*manager*) com o interesse da empresa, a importância dos papéis que a produção e a distribuição têm sobre a economia em geral deverá pôr fim a semelhante erro” (“Policorporatismo e società degli interessi”, sítio da Internet citado, 3).

restrito grupo de privilegiados, por arrivismo ou herança, por mérito ou indignidade, acede inimputavelmente aos centros desestatalizados da decisão. Os cidadãos comuns do Estado nacional ou das constelações pós-nacionais não existem senão do lado dos *outputs*, enquanto consumidores, clientes, contribuintes ou força de trabalho (aliás, descartável). Desta forma, o direito, produzido no exterior da cidadania, deixa de ser um valor da democracia e para a democracia. “Nos regimes privados – diz Teubner – está a emergir uma verdadeira e autêntica auto-desconstrução do direito que pura e simplesmente põe fora de jogo alguns princípios fundamentais do direito nacional, tais como: a derivação da validade jurídica de uma hierarquia de fontes de direito, a legitimação do direito mediante uma constituição política, a criação do direito por corpos parlamentares, a administração do direito com fundamento em instituições, processos e princípios e, por fim, a garantia das liberdades individuais com base nos direitos fundamentais que foram conquistados politicamente”¹. Lido isto, não podemos deixar de nos identificar com as reservas de Gomes Canotilho sobre a pretensão de *vinculatividade global* de um direito ostensivamente afastado dos processos da legitimação política. “Dizer-se, por exemplo, que a «lex informatica» ou a «lex electronica» arrancam de regras consuetudinárias e tecnológicas que, posteriormente, se juridicizam, não responde à questão colocada, ou seja, a legitimação da sua juridicidade”².

Nesta apreciação da teoria do constitucionalismo societal, um facto deve ser reconhecido: a eficácia do seu argumentário para uma justificação não economicista do fim do Estado social. A evolução autopoietica dos subsistemas começa pelo seu desacoplamento do Estado, pela sua libertação do monoteísmo da racionalidade política. De facto, no Estado social, todos os subsistemas estavam submetidos a esta racionalidade e o direito, enquanto instrumento exclusivo daquele paradigma estatal, era precisamente o meio coercivo da sua disseminação. Finalmente, com a digitalização, a privatização e a globalização, surgiram condições para que os subsistemas, dantes

¹ Idem, *La cultura del Diritto nell'epoca della globalizzazione. L'emergere delle costituzioni civili*, ed. cit., 62.

² “*Brançosos*” e *interconstitucionalidade. Itinerários dos discursos sobre a historicidade constitucional*, ed. cit., 299. No mesmo sentido, referindo-se à *global law without states* de que é exemplo a *lex mercatoria*, escreve ULRICH BECK: « De facto, esta transnacionalização e multiplicação de actores, o alcance e as pretensões de validade de uma legislação pluri-soberana têm consequências na forma de entender o *direito como tal* e põe sobre a mesa a *questão da legitimidade*. Donde extraem o «direito» e a «lei» a sua força vinculativa e legitimadora senão pensando-os sob o signo da soberania do Estado nacional? Quem legitima propriamente o «direito» *sem* a autoridade estatal-democrática? Em que «meios de coerção» pode apoiar-se o direito extra-estatal da «autolegitimação» económica mundial?» (Poder y contra-poder en la era global, Paidós, Barcelona, 2004, 176-177)

reprimidos pela hegemonia do sector político, começassem a desenvolver com autonomia a sua própria dinâmica. Por consequência, ao lado da política, reconduzida ao seu âmbito próprio, é preciso ver agora a ciência, a saúde, a educação, o desporto, os meios de comunicação social etc.... No registo de Max Weber, dir-se-á que o monoteísmo deu lugar ao politeísmo. Só que os novos deuses, como observa Teubner, nem sempre se mostram inclinados a respeitar as fronteiras sistémicas. Pelo contrário, uns mais do que outros, todos procuram com frequência impor a sua racionalidade parcial a toda a sociedade. O mais expansionista é, como é sabido, o deus que reina na economia. “É assim que o cálculo custo/benefícios da racionalidade económica não é, em princípio, institucionalizado senão nas transacções económicas, e, contudo, a economização domina a sociedade no seu conjunto e a pretensão da escolha racional (*rational choice*) estende-se a todos os contextos sociais”¹. Não faltam experiências negativas da sujeição dos serviços de saúde privatizados (ou a funcionarem no regime de parceria público/privado) à lógica do lucro. E o mesmo acontece com todas as outras instituições subtraídas ao Estado social por alienação ao capital privado. A racionalidade económica não gera apenas irritações no interior dos subsistemas que se autonomizaram do político: impõe-lhes uma heteronomia absoluta.

Mas, dando o benefício da dúvida à teoria dos sistemas, poderemos admitir que o processo evolutivo não esteja concluído e que os sectores de interesse público, dantes regulados pelo Estado, acabarão por se libertar também da actual servidão económica. Em tal hipótese, teríamos então uma multiplicidade de mónadas subsistémicas, todas incomensuráveis entre si, funcionando em total clausura normativa e operacional. *Lasciate ogni speranza*², em vez de uma harmonia pré-estabelecida, o que o realismo nos faz ver daqui para frente é a contínua colisão dos regimes, o conflito de racionalidades, a luta de morte entre os novos deuses da pós-modernidade. “A razão disso é que a sociedade global é uma sociedade «sem um centro ou um vértice». Consumada a descentração da política, não existe nenhuma autoridade que esteja em posição de empreender a coordenação dos fragmentos societais”³. Em conclusão: se acreditássemos que, na ausência da política, não ficaria a reinar totalitariamente a economia (mas pergunta-se: como poderão os subsistemas privatizados sobreviver a não

¹ GUNTHER TEUBNER, *Altera pars audiatur: le droit dans la collision des discours*, Droit & Sociétés, 35, 1997 (disponível em <http://www.reds.msh-Paris.fr/publications/revue/html/ds035/ds035-07.htm>)

² Expressão usada em italiano por GUNTHER TEUBNER e ANDREAS FISCHER-LESCANO.

³ GUNTHER TEUBNER e ANDREAS FISCHER-LESCANO, “Scontro tra regimi: la vana ricerca di Unità nella frammentazione del diritto global”, loc. cit., 159.

ser em função do lucro?), seríamos forçados a pensar que nem por isso o balanço da liberdade humana seria maior. No jogo irracional de racionalidades autónomas e divergentes, nenhum projecto de emancipação comum faria sentido. Seria inútil qualquer gesto de solidariedade, seria uma quimera qualquer ideal de justiça. Dissolver-se-iam os laços sociais como uma espécie de regresso ao estado de natureza. “Se não só o Estado nacional chegou ao seu fim, mas com ele também toda a forma de socialização *política*, os cidadãos serão arrojados a um mundo de redes anónimas em que terão que decidir segundo as suas próprias preferências entre opções criadas em termos sistémicos. Neste mundo *pós-político* as empresas transnacionais convertem-se em modelo de conduta. A autonomização do sistema de economia global frente aos impotentes intentos de influir em termos políticos, induzidos normativamente, aparece do ponto de vista da teoria dos sistemas como um caso especial de um desenvolvimento geral. O ponto de fuga é a sociedade mundial completamente descentrada que se desintegra num cúmulo sem ordem de sistemas funcionais que se reproduzem a si mesmos e se dirigem por si mesmos. Como as pessoas no estado de natureza idealizado por Hobbes, estes sistemas representam ambientes para os outros. Já não falam uma língua comum. Sem um universo de significados compartilhado intersubjectivamente os indivíduos encontram-se entre si sobre a base de observações recíprocas e comportam-se entre eles de acordo com os imperativos de autoconservação”¹.

A desumanidade da lógica sistémica, na metanarrativa de Teubner, é imparável e a nós, segundo parece, só restará a demissão perante um destino submetido à vontade de deuses implacáveis. “Os problemas levantados pelos mercados financeiros globais, pelos fundos de pensões, pela especulação financeira, pelas patentes farmacêuticas, pelo mercado da droga e pela clonagem, por exemplo, são causados por sistemas funcionais fragmentados e operacionalmente fechados de uma sociedade global no seu pleno fervor expansionista. Se houvesse a tentação de sustentar as conquistas deste desenvolvimento altamente ambivalente mediante uma viragem no sentido de uma des-diferenciação da sociedade e uma ressurreição dos velhos mitos, tal seria igualmente inútil: «o pecado da diferenciação não poderá jamais ser anulado. O paraíso está perdido»”². Fora da dinâmica sistémica, os seres humanos só têm a possibilidade do protesto através de movimentos sociais que, na melhor das hipóteses, poderão provocar

¹ JÜRGEN HABERMAS, *La inclusión del otro*, ed. cit., 102.

² GUNTHER TEUBNER, “Justice under global capitalism?”, *European Journal of legal studies*, volume 1, nº 3, 2008, 2.

alguma auto-limitação (*self-limitation*) no subsistema agressor, caso consigam ultrapassar a fronteira dos sensores de irritação (*sensors of irritation*) desse particular subsistema. Porém, no horizonte teórico de Teubner, não é pensável colocar o respeito pelos direitos humanos ou a realização da justiça como guia teleológico do funcionamento dos subsistemas. Nenhum subsistema emergente do processo da diferenciação se move por esses valores. “Todas as tentativas ensaiadas para juridificar os direitos humanos não chegam para mascarar o facto de que se trata de um projecto absolutamente impossível. Como pode a sociedade «fazer justiça» ao povo real se as pessoas não fazem parte dela, estando portanto fora da comunicação...? Face às práticas sociais gritantemente inumanas, a justiça dos direitos humanos é uma questão apaixonante, mas sem nenhuma perspectiva de resolução. Isto deve ser dito com todo o rigor”¹. A teoria só nos permite encarar a justiça negativamente: podemos lutar pela eliminação de uma situação concreta de injustiça, fazer oposição a uma agressão menos tolerável sobre o corpo ou a mente, mas não dizer positivamente o que a justiça possa ser nem, menos ainda, ter a pretensão de criar um mundo mais justo (*not creating just ones*).

O constitucionalismo moderno anda geneticamente associado à tomada de consciência do poder de autodeterminação dos povos e da humanidade. O Estado nasceu como contexto intencional de emancipação dos povos. Os processos da história real não foram lineares: em todo o lado e em todo o tempo houve alternância entre a dominação e a libertação. Mas o sentido da evolução social estava predefinido desde que se formou a ideia moderna de poder constituinte: o poder de determinar as condições políticas da realização do potencial humano. As instituições sociais eram instrumentais em relação a esse fim e exclusivamente desse fim decorria a sua legitimação. Ora, a teoria sistémica do constitucionalismo societal desfaz completamente este quadro. O constitucionalismo já não é libertador, mas apenas putativo fundamento da auto-reprodução de subsistemas que se desenvolvem com autismo programático no interior de uma “sociedade sem homens”² (na realidade, encobrem-se os homens que comandam e beneficiam do funcionamento humanamente indiferente dos subsistemas). A evolução social deixa de ser histórica, de ter sentido,

¹ Idem, *ibidem*, 7.

² Cf. IGNACIO IZUZQUIZA, *La sociedad sin hombres, Niklas Luhmann o la teoría como escándalo*, Editorial del Hombre, Barcelona, 1990.

porque “as estruturas detêm o tempo de maneira reversível”¹ (também aqui fica iludido o sentido regressivo da globalização que, como é denunciado pelas várias edições do PNUD, se traduz num constante empobrecimento dos pobres e, simultaneamente, num maior enriquecimento dos ricos). Face a tudo isto, é nossa convicção ser deontologicamente imperioso voltar à tradição do constitucionalismo gerado no contexto das revoluções libertadoras, restaurar a confiança na política (*repolitizar a política* na dimensão global) e, por fim, recuperar e reforçar a ideia do poder constituinte como projecto de continuada afirmação, ampliação e realização dos direitos humanos.

¹ NIKLAS LUHMANN, *Sociedad y sistema: la ambición de la teoría*, Paidós, Barcelona, 1990, 114

5. Recriação da ideia de poder constituinte como contrapoder. Abordagem pós-moderna

A ideia do poder constituinte terá data de nascimento. Mas, como tantas outras ideias jurídicas, também aquela, uma vez trazida à luz do dia, se tornou – digamo-lo parafraseando Baptista Machado – um irrenunciável referente do sentido subentendido em todo o agir político¹. Não se pode prescindir dela do mesmo modo que não se considera prescindível a ideia de direitos humanos que é fruto da mesma semente. São ambas – e agora as palavras pertencem a Pérez Luño – "uma amostra eloquente do trabalhoso esforço dos homens para *fazerem* a história, para serem senhores do seu destino emancipatório ..."². E nada exprime melhor o carácter assumidamente intencional desse esforço do que o conceito normativo de poder constituinte. Os homens querem fazer a história e acreditam no seu poder de autodeterminação. Os que proclamam a morte do sujeito acusam a subjectividade de ser responsável pela trágica experiência dos regimes totalitários. Mas a subjectividade é também expressão de liberdade, de capacidade de negar a fatalidade da "natureza das coisas", de contestar e vencer os impasses da alienação política.

Ora, é precisamente nessa incontida disposição de transcendência que se auto-revela a essência do poder constituinte. Nele incluímos a intencionalidade de um *prius ultra* a contrariar sempre a tendência autoconservadora de qualquer ordem formal ou real estabelecida. Dizendo-o com palavras de Castanheira Neves, ele é "um constituinte *transcendens*" que nunca se esgotará no "constituído «transcendente»", no já positivado³. Entendemos a história dos povos, à maneira de Habermas, como um processo de autoconstituição da espécie humana ou, dito por outras palavras, como um processo de aprendizagem irreversivelmente orientado para a emancipação.

¹ BAPTISTA MACHADO, *Introdução ao Direito e ao discurso legitimador*, Almedina, Coimbra, 1983, 211.

² ANTONIO E. PÉREZ LUÑO, *Derechos humanos, Estado de Derecho, e Constitución*, Tecnos, Madrid, 1995, 526 (sublinhado por ele).

³ ANTÓNIO CASTANHEIRA NEVES, *Questão-de-facto – questão-de-direito*, ed. cit., 685.

Foi nesse sentido que interpretámos os desdobramentos semânticos da reflexividade teórica que fez emergir a consciência moderna dos direitos humanos em associação com os conceitos políticos de soberania popular, contrato social e poder constituinte. Enquanto posicionada no lado da parte mais débil da ordem estabelecida, a burguesia intelectual e revolucionária foi o titular efectivo do poder constituinte. Deixou de o ser a partir do momento em que conseguiu transformar a ordem constitucional na fortaleza política dos seus interesses económicos. O poder constituinte voltou, então, a identificar-se com a parte ludibriada de um contrato social que, realizado em nome de todos, acabou por se transformar num instrumento da hegemonia da classe possidente, os cidadãos *activos*, sobre a classe não-possidente, os cidadãos *passivos*.

Numa época em que as iniquidades resultantes da perversão desse contrato crescem exponencialmente por efeito de uma globalização económica desregulada até ao paroxismo, vemos no poder constituinte uma ideia apelativa para quem queira recuperar a confiança na racionalidade democrática da política e reforçar a sua esperança na superação das formas actuais da dominação global. Retomando o percurso dialéctico da teoria e da práxis revolucionária, voltamos a descobrir a consanguinidade axiológica que liga indissolavelmente as ideias de povo, soberania popular, constituição e direitos humanos. E se tais ideias foram outrora o cimento da unidade que tornou possível a instauração da democracia constitucional, é então necessário que elas voltem a sê-lo no presente contra as actuais teorias sistémicas da fragmentação social que procuram dissolver as resistências colectivas aos avanços da mercantilização global.

Curiosamente, é ainda no contexto cultural da pós-modernidade, aí onde brotou o cepticismo em relação às metanarrativas da emancipação¹, que vemos ressurgir a dimensão crítica do poder constituinte. Desvinculado de planos sobre o futuro, reconhecemo-lo na abordagem pós-moderna de académicos e politólogos como um contra-poder que se recusa a constituir-se como alternativa ao poder.

¹ São proverbiais as sentenças de LYOTARD sobre o estado de espírito da pós-modernidade: “Simplificando ao extremo, considera-se que o «pós-moderno» é a incredulidade em relação às metanarrativas” (JEAN-FRANÇOIS LYOTARD, *A condição pós-moderna*, Gradiva, Lisboa, 1989, 12); “As «metanarrativas» de que trata *A Condição Pós-Moderna* são aquelas que marcaram a modernidade: emancipação progressiva da razão e da liberdade, emancipação progressiva ou catastrófica do trabalho (fonte do valor alienado no capitalismo), enriquecimento da humanidade inteira através dos progressos da tecnocracia capitalista (...). A filosofia de Hegel totaliza todas estas narrativas, e neste sentido concentra em si a modernidade especulativa” (idem, *O pós-moderno explicado às crianças*, Publicações Dom Quixote, Lisboa, 1987, 31).

5.1. As limitações do conceito moderno de poder constituinte

O que imediatamente ressalta no conceito pós-moderno de poder constituinte é a sua função negadora: tudo o que está jurídico-politicamente estabelecido precisa de mudança antes que cristalize num sistema totalitário. "Devemos centrar-nos nesta negatividade... para intentar compreender o poder constituinte", observa Toni Negri¹. Temos para nós que este poder, normativamente considerado, deve pressupor objectivos que definam os passos progressivos da sua realização histórica. Negri, ao invés disso, recusa-se a ver nele mais do que o "conceito de uma ausência", "a ausência de finalidade", convencido como está de que o poder constituinte se negaria a si mesmo ao determinar-se na assunção de um qualquer projecto político concreto. Seja como for, devemos confessar que não resistimos à força persuasiva das suas investidas contra a "jaula de limitações" dentro da qual, segundo esse autor, a modernidade tentaria manter aprisionado um conceito que ela própria gerou.

Sieyès vai associado a uma primeira ordem de limitações. "uma ideia sã e útil foi estabelecida em 1788". Ela trouxe a consciência de que a constituição é uma emanção da vontade do soberano e que, sendo essa vontade mutável, não há constituições insusceptíveis de mudança. O soberano queria então uma nova ordem político-constitucional que se ajustasse às exigências da "sociedade comercial moderna". Mas o feitiço poderia voltar-se contra o feiticeiro². Para o evitar, introduzem-se elementos restritivos no próprio conceito. "Se o poder constituinte é onipotente, deverá no entanto ser temporalmente limitado, definido e posto como um poder extraordinário"³. Ele é onipotente no quadro de um mandato que circunscreve de forma bem precisa o tempo, o lugar e o alcance das inovações constitucionais

¹ TONI NEGRI, *El poder constituyente, ensayo sobre las alternativas de la modernidad*, ed. cit., 30.

² Como observa LUCIEN JAUME, os revolucionários franceses descobriram simultaneamente o potencial de legitimação da soberania popular e a perigosidade potencial da representação de um soberano exterior e superior às instituições. Sendo um princípio de legitimidade eficaz, a ideia de um povo soberano encerra também o permanente risco de que se "veja recomeçar a Revolução Francesa" ("Il potere costituente in Francia dal 1789 a De Gaulle", in *Potere costituente e riforma costituzionale*, ed. cit., 33). Assim, logrados os objectivos revolucionários, houve desde logo a preocupação de sobrepor o princípio da representação ao da soberania do povo. Símbolo dessa sobreposição é a figura da revisão constitucional, apresentada pela primeira vez de forma persuasivamente valorizada no art.1º do título VII da Constituição de 1791: "A Assembleia nacional constituinte declara que a nação tem o direito imprescritível de mudar a sua constituição; e não menos, considerando que tal é mais conforme ao interesse nacional, o poder de usar somente o direito de reformar alguns artigos através dos meios previstos na própria constituição". O mesmo é dizer que é menos conforme ao interesse nacional uma mudança que implique a intervenção directa do poder constituinte originário. O conflito entre o princípio da soberania popular e o da representação marcou a história do constitucionalismo francês.

³ TONI NEGRI, *El poder constituyente, ensayo sobre las alternativas de la modernidad*, ed. cit., 16.

permitidas. Isso acontece porque o poder constituinte não é concebido como fundamento originário do Estado. Sieyès, com efeito, descreve-o como um poder derivado.

Na origem está a nação; mas esta não se exprime directamente: faz-se representar. Ora, a representação é uma figura jurídica que exige condições de validade que são outras tantas formas de limitação. O poder constituinte é limitado na sua *gênese* porque deve fundar-se num processo regulado de transmissão de poderes (o sufrágio); é limitado no seu *funcionamento* porque deve respeitar as normas processuais do parlamento; é limitado no *tempo* porque se extinguirá logo que termine a sua missão; e, finalmente, é limitado na *finalidade* porque recebe mandato para "um único assunto", ou seja, fazer a constituição de acordo com o que é suposto ser a vontade da nação. "O poder constituinte fica, assim, diluído no mecanismo representativo e já não pode senão mostrar-se no espaço «político»"¹.

Mortati inscreve-se noutra ordem de limitações. A constituição formal há-de ser uma reprodução especular da constituição material, anterior, superior e fundamento daquela. A necessidade desta correlação foi estabelecida por Lassalle, observando ele que a eficácia da constituição escrita depende da sua adequação à constituição real, isto é, aos factores reais e efectivos de poder. Sem essa adequação, ela não passará de uma *folha de papel*. Quer dizer que o poder constituinte não faz senão formalizar uma configuração politico-social pré-constituída, a *realidade social subjacente*. Na linha do institucionalismo e, em particular, próximo da teoria do ordenamento jurídico elaborada por Romano, Mortati acrescentou ao positivismo sociológico de Lassalle o pressuposto da existência de uma normatividade imanente à ordem material, "não puramente existencial, mas deontológica"², que se foi constituindo no tempo através da competição de forças, interesses e fins políticos. A constituição formal espelhará juridicamente essa constituição material "e (será) somente eficaz nos limites da sua correspondência com ela"³.

As revoluções políticas da modernidade, sendo necessárias para que a nova classe dominante pudesse assenhorear-se do poder estatal, foram assumidas como manifestações inteiramente livres do poder constituinte. Só que, uma vez consumada a

¹ Idem, *ibídem*, 381.

² COSTANTINO MORTATI, *La costituzione in senso materiale*, ed. cit., 89

³ Idem, *ibídem*, 69.

transição revolucionária, tudo deveria regressar à normalidade constitucional. "A revolução acabou", proclamará Napoleão. E isso é o mesmo que dizer que o poder constituinte, também ele, terá chegado ao fim. A proclamação é, obviamente excessiva e Negri afirma que ela não tem sentido lógico. Poderá, no entanto, reconhecer-se o eco dessa proclamação no esforço concertado da ciência jurídica e do constitucionalismo para *amansar a fera* que a revolução soltara. "O poder constituinte deve ele próprio ser reduzido à norma de produção do direito, interiorizado no poder constituído; a sua expansividade não se revelará senão enquanto norma interpretativa, controlo da constitucionalidade, actividade de revisão constitucional... Com intermitências, dentro de limites e procedimentos bem definidos"¹. A onnipotência do ordenamento jurídico constitucionalizado acaba, assim, por substituir e superar a declarada onnipotência do poder constituinte.

São múltiplas as alternativas termidorianas da modernidade que Negri percorre em denodado esforço para desconstruir o *paradigma da subsunção do poder constituinte*. Dispensar-nos-emos, no entanto, de o acompanhar nesse sinuoso e escarpado percurso. Para o nosso objectivo, basta-nos aceder ao conceito que, segundo ele, nos levará "mais além do moderno". Queremos interpelar esse conceito para ficarmos a saber que espécie de poder vai nele implicado e qual é o portador legítimo da sua titularidade ("sujeito adequado").

Esquecendo o postulado da representatividade, serve a teoria de Sieyès: o poder constituinte pertence ao direito natural de uma nação socialmente indiferenciada que é logicamente anterior e superior à constituição que resulta da sua vontade. Poder verdadeiramente soberano, portanto, antes das limitações derivadas do oportunismo político. Ele é procedimento absoluto, desregulado, onnipotente, ilimitado. Estas características "irracionais" serviram à burguesia durante o processo de afirmação político-revolucionária do capitalismo. O poder constituinte foi depois sujeito às racionalizações do poder político, domesticado e encerrado "dentro de um sistema geométricos de controlos".

¹ TONI NEGRI, *El poder constituyente, ensayo sobre las alternativas de la modernidad*, ed. cit., 19.

5.2. Compreensão pós-moderna do poder constituinte. A *multitudo* como sujeito adequado. A democracia como disutopia

Que significa romper o esquema da racionalidade do moderno no que se refere ao poder constituinte? Daremos em síntese a resposta que Negri deu ele mesmo à sua pergunta.

Significa, em primeiro lugar, afirmar a continuidade temporal e a indeterminação espacial desse poder. Ele não é um incidente no tempo, mas realidade permanente em todo o tempo, impondo acelerações históricas nos momentos intensivos de revolução ("manifestação do poder constituinte em acto", "aceleração do tempo contra o bloqueio"). Ele não actua numa sede específica e delimitada como aquela que o constitucionalismo representativo lhe reserva; em vez disso, ele projecta-se em "mil direcções" e exprime-se em todos os lugares do social ("os únicos limites do poder constituinte são os do mundo da vida"¹). A constituição de uma nova ordem política não extingue o poder constituinte, embora esse seja o desejo de todo o poder constituído. Nem a constitucionalização do poder constituinte, na tentativa de o reduzir à tarefa da revisão, impede a sua subsistência e actuação fora do espaço definido pelo direito constitucional. O poder constituinte não se deixa devorar pela constituição jurídica.

Outro aspecto pelo qual o poder constituinte escapa à lógica do moderno prende-se com o conceito de crise que lhe anda associado. O que é suposto é que um estado de crise seja passageiro. Momento de negatividade transitória, a crise seria absorvida no momento seguinte pelo processo de superação dialéctica. Mas, sendo afirmada a continuidade do poder constituinte, para além dos momentos de descontinuidade das revoluções, resulta do antecedente que também a crise "é geral e contínua: não é definível como crónica dos acontecimentos e das experiências revolucionárias, antes remete para uma ontologia negativa do desenvolvimento estrutural do poder constituinte"². Não se trata, portanto, de uma crise que seja dialecticamente superável. A dialéctica é "uma forma de ilusão" que esconde a irreduzibilidade do poder constituinte e faz pensar que o destino deste é ser absorvido

¹ Idem, *ibidem*, 398

² Idem, *ibidem*, 387

pelo poder constituído na fase historicamente mais avançada da síntese pacificadora ("a dialéctica é sempre e só instrumento do poder"¹).

Porventura, bem mais significativa para uma compreensão pós-moderna do poder constituinte é a depuração do seu conceito de qualquer intencionalidade teleológica: "o poder constituinte carece de finalidade"². É professada uma radical desarticulação entre as três dimensões do tempo. O presente não se determina pelo passado nem o futuro se antecipa na idealização utópica de um projecto. Negri é um dos prosélitos do descontínuismo à maneira de Foucault, sendo como este - ou como Popper - também adversário do utopismo político. "A filosofia da história do poder constituinte como forma política da disutopia é igualmente singular. É propriamente uma não-filosofia da história. Porque os processos constitutivos do real são descontínuos (...) Não há nenhum finalismo, há só radical continuidade do descontínuo..."³. O poder constituinte é uma possibilidade totalmente aberta. Nenhuma "pré-figuração finalística" é compatível com o seu conceito. "Esta forma política do poder constituinte a que chamamos disutopia ... pode também ser chamada «democracia» ... Esta democracia opõe-se ao constitucionalismo, melhor ainda, é a negação pura do constitucionalismo"⁴, já que este, por seu lado, opondo-se à inovação imprevisível, ao "procedimento absoluto da liberdade"⁵, "nega o poder constituinte e a democracia"⁶.

Recusados os limites que a razão moderna prescrevia ao poder constituinte, é altura de passar à questão do "sujeito adequado": a quem deverá reconhecer-se a titularidade desta potência ilimitada? A preceder a resposta, diga-se desde logo que o verdadeiro titular não pode ser confundido com o sujeito gerado, baptizado e crismado pela "astúcia da razão capitalista". Assim, ele não é em primeiro lugar, a nação. Trata-se aqui de um conceito que procura exprimir uma unidade que só existe na imaginação. Associam-se a tal ideia elementos de jusnaturalismo mítico que anulam a liberdade inovadora do poder constituinte. E não é diferente quando o pretense titular muda de nome e passa a chamar-se povo. Também aí prevalecem as limitações que decorrem da intenção de classe que fez emergir historicamente o conceito. À nação e ao povo só lhes é permitido exprimir-se na forma condicionada da representação. Mas não iremos por

¹ Idem, *Fin de siglo*, Ediciones Paidós Ibérica, Barcelona, 1992, 116

² Idem, *El poder constituyente, ensayo sobre las alternativas de la modernidad*, ed. cit., 32.

³ Idem, *ibidem*, 390.

⁴ Idem, *ibidem*, 391.

⁵ Idem, *ibidem*, 33.

⁶ Idem, *ibidem*, 391.

melhor caminho seguindo a teoria jurídica que concebe o poder constituinte como simples mediador de uma constituição material que o limita do interior de si mesma. Em nenhum dos casos existe adequação entre a potência subjectiva a quem é atribuída a titularidade do poder constituinte e o procedimento absoluto pelo qual esse poder se define.

De acordo com Negri, se quisermos reconhecer o "sujeito adequado", de novo será preciso "ir além do moderno". E nada melhor para ajudar a esse reconhecimento do que o modelo foucaultiano da subjectivação indeterminada. "O homem aparece em Foucault como um conjunto de resistências que emanam, fora de todo o finalismo que não seja expressão da própria vida (e da sua reprodução), uma capacidade de libertação absoluta. No homem liberta-se a vida que se opõe a tudo aquilo que a encerra e aprisiona"¹. Num lado, temos os micropoderes difusos mediante os quais a sociedade disciplinária procura exercer o seu controlo sobre os corpos e as mentes; no outro, temos as reacções auto-afirmativas dos indivíduos que exprimem a sua liberdade constitutiva em manifestações de contrapoder nas esferas normalizadas da produção, do consumo e da política.

A essência da subjectividade é a liberdade. Mas uma liberdade em permanente risco de cerceamento por forças sociais organizadas que, por seu lado, só conseguem subsistir mediante a submissão dos sujeitos à norma homogeneizadora e teleológica da organização. O modelo configura a irredutibilidade do sujeito ao poder organizado, do poder constituinte ao poder constituído. Daqui decorre que o poder constituinte não pode ele próprio organizar-se, atribuir-se uma forma e uma finalidade. Por isso, Negri recorre para designá-lo à expressão hobbesiana: "multidão". Em Hobbes, a multidão está inteiramente excluída do poder político. Consumada a transferência da soberania para o rei, o povo dissolve-se numa multidão "confusa", numa massa politicamente anorgânica de indivíduos. É exactamente esse carácter não assimilado e desintegrado da multidão hobbesiana que parece seduzir Negri. Ela existe do lado de fora do poder instituído e não é portadora de nenhum projecto congregador que lhe desse a constituição unitária de um corpo. Só que a multidão de Negri não é a de Hobbes: se ela não é poder, "é sempre o anti-poder, o contra-poder, a negação criativa do poder"². Tudo isso em tempos descontínuos e sem estabilidade de identidades. Como

¹ Idem, *ibidem*, 49.

² Idem, *Fin de siglo*, cit., 38.

em Maquiavel e Espinosa, também em Negri a potência constituinte "se nutre da desunião e da luta ... entre a singularidade e a multidão"¹; é potência de «muitos», "potência das singularidades e das diferenças"², que se manifesta nos vários episódios da resistência social "contra a estabilização do poder e a neutralização dos sujeitos"³.

Negri recusa-se a conceber a história à semelhança de Hegel e de Marx (a história "não tem dialéctica nem continuidade teleológica"⁴). É essa posição epistemológica que lhe permite afirmar peremptoriamente que "o moderno chegou ao seu fim"⁵. O óbito tem data: 1968. Aí "a época do operário de massa terminou"⁶, começando a partir de então a época do "operário social".

O que terá, entretanto, mudado? O capitalismo libertou-se da burocracia estatal, evoluiu para uma economia de mercado global e deixou de se reproduzir na fábrica, aí onde também se reproduzia a simplicidade dicotômica da divisão da sociedade industrial em classes. "Capitalismo desorganizado" é a expressão que autores como Claus Offe ou Scott Lash e John Urry escolheram para designar o resultado destas mudanças. Significa que o Estado perdeu a sua função de orientação e controlo do processo de acumulação e que, simultaneamente, deixou de exercer o papel de Estado-providência na regulação e compensação dos custos sociais daquele processo.

Só que, em flagrante oposição aos que, com pessimismo, não enxergam na nova realidade senão a libertação do capital, Negri aplaude o rumo que as coisas foram tomando, pois, segundo ele crê, é por aí que passa a libertação do operariado. "Só a arrogância e a louca má fé dos velhos *lider-ship* do movimento operário, enrolados no corporativismo mais avesso, podia deixar à mistificação dos neoliberais, dos imperialistas, até dos fascistas, o monopólio da interpretação deste novo passo da libertação da força do trabalho! *Nós estamos pela desregulamentação a favor da luta de classes do operário social...*"⁷. Perderam-se as coordenadas sócio-espaciais da sociedade industrial: a luta deixou de ser dirigida contra a figura do patrão no quadro restritivo da relação salarial. Conforme observa Alain Touraine, na sociedade pós-industrial, o que dinamiza o antagonismo social já não é a exploração económica, mas a

¹ Idem, *El poder constituyente, ensayo sobre las alternativas de la modernidad*, ed. cit., 51

² Idem, *ibidem*, 375

³ Idem, *Fin de siglo*, cit., 38.

⁴ Idem, *ibidem*, 39.

⁵ Idem, *ibidem*, 37

⁶ Idem, *ibidem*, 61.

⁷ Idem, *ibidem*, 65 (sublinhado no original).

totalidade da dominação social que se estende a todos os lugares e ocupações da vida social e privada¹.

Sendo diversas as matérias do conflito na sociedade, diversificadas serão igualmente as partes da *multitudo* que, *ad hoc* (quer dizer: conjunturalmente), se organizam para a luta. A partir de Alain Touraine, generalizou-se o hábito de designar por *novos movimentos sociais* estas manifestações intermitentes da *multitudo*. Não será, pois, abusivo concluir que, para a teoria pós-moderna do poder constituinte, que interpreta a sociedade pós-industrial à maneira de Luhmann, isto é, como "uma sociedade sem vértice nem centro", é nos movimentos sociais que reside aquele poder. Ele emerge em cada situação geradora de conflito e encontra em cada novo movimento social o seu sujeito adequado (não, porém, um único sujeito, dado que nenhum movimento social protagoniza o conjunto dos conflitos ou representa a totalidade das forças da mudança²). Se quisermos usar a dicotomia própria da sociedade moderna, reduzindo as situações conflituais à oposição de dois adversários, de dois sujeitos antagónicos, não diremos que esses são a classe operária e a classe capitalista³, mas sim o poder constituinte e o poder constituído (o poder estabelecido). Se, na primeira dicotomia, era admissível a conquista do poder pela classe operária (e subsequente dissolução de ambas as classes), já na segunda nunca o poder constituinte poderia vir a ocupar o lugar do poder constituído: ele é rebelde e exterior a toda a constituição. O sujeito pós-moderno do poder constituinte não aspira a tornar-se poder político. Os movimentos sociais em que ele se manifesta "dão-se como objectivo principal, não a conquista e a transformação do Estado, mas, ao invés disso, a defesa do indivíduo, das relações interpessoais, dos pequenos grupos, das minorias, contra um poder central e sobretudo contra o Estado"⁴.

O poder constituinte *político* – o "grupo constituinte" – pretende ser poder constituído, isto é, exercer o poder de forma a realizar o seu projecto político constitucionalizado. Necessariamente, alcançados os objectivos da iniciativa constituinte, o poder emergente pretende silenciar qualquer outro poder que possa actuar

¹ ALAIN TOURAINE, *Critique de la modernité*, Fayard, Paris, 1992, 283 e ss.

² Idem, *Le retour de l'acteur*, Fayard, Paris, 1984, 149.

³ "Nós herdámos do período da industrialização a imagem de dois adversários, a classe capitalista e a classe operária (...). Hoje, pelo contrário, a imagem que se impõe é a de um aparelho central impessoal, integrador, tendo sob o seu controlo, para além de uma «classe de serviço», uma maioria silenciosa e que projecta em torno dela um certo número de minorias de excluídos, doentes, sub-privilegiados ou mesmo rejeitados" (idem, *ibidem*, 262-263).

⁴ Idem, *ibidem*, 322-323.

fora ou além da *sua* constituição. Neste sentido, Negri tem razão: a primeira coisa que o poder político faz, uma vez constitucionalmente estabelecido, é neutralizar o poder constituinte (desorganizado) encerrando-o numa "jaula de limitações". Por isso, o poder constituinte – a *multitudo* que se manifesta nos Novos Movimentos Sociais – não quer ser *poder constituído*. Ele é o reverso deste último e actua através de negações. Ele é somente poder constituinte *negativo*¹. Evocando Pierre Rosanvallon, poderemos dizer que, nesta perspectiva, o poder constituinte é, na actualidade, o que, afinal, sempre tem sido ao longo da história: um *soberano negativo*²

¹ “O sujeito produtivo é sempre o anti-poder, o contra-poder, a negação criativa do poder” (TONI NEGRI, *Fin de siglo*, cit., 38).

² PIERRE ROSANVALLON refere-se, de facto, à existência de uma “soberania negativa” de que é, e sempre foi, titular o povo. Mas, ao contrário de NEGRI, essa soberania não é incompatível com a soberania positiva que, após as revoluções constitucionais, passou a ter expressão no sistema representativo. O que acontece, segundo aquele autor, é que a soberania representativa não esgota, nem nunca esgotará, a soberania popular. A par da *democracia eleitoral* – e em oposição a ela – existe a *democracia negativa* dos contrapoderes pelos quais a soberania popular se manifesta fora da democracia de mandato. Esses contrapoderes configuram, segundo ROSANVALLON, uma *contra-democracia*: “Esta contra-democracia não é o contrário da democracia; é antes a forma de democracia que contraria a outra, a democracia dos poderes indirectos disseminados no corpo social, a democracia da desconfiança organizada face à democracia da legitimidade eleitoral” (*La contre-démocratie, la politique à l’âge de la défiance*, Seuil, Paris, 2006, 16). Na contra-democracia, o soberano exerce os contrapoderes de *povo-vigilante*, *povo-veto* e *povo-juiz*, sem que tal ponha em perigo o poder que ele, ao mesmo tempo, também exerce no quadro da democracia representativa na figura de *povo-eleitor*. O autor não fala em poder constituinte, mas se quisermos chamar aqui à colação esse conceito, diríamos que o soberano se desdobra em poder constituinte *democrático* (constitucional) e poder constituinte *contra-democrático*. Este desdobramento seria impensável no contexto da teoria do poder constituinte de NEGRI. Mas as afinidades podem encontrar-se na ausência de um projecto político que dê sentido à luta dos contrapoderes. A democracia negativa é *impolítica* porque o crescimento da desconfiança em relação aos políticos é simultâneo ao aumento da complexidade e subsequente declínio da apreensão global da acção política por parte do cidadão comum. “Isso tem um efeito de desconstrução e opacificação (...). A ideia de alternativa está erodida (...) Uma espécie de cepticismo generalizado marca a nossa época” (ibidem, 258-259).

6. O poder constituinte além da compreensão pós-moderna. A sua intencionalidade emancipatória

6.1. De novo a questão do sujeito adequado

Poderemos admitir, fazendo concessão às teorias do contrapoder, um conceito de poder constituinte que não implique a vocação para o exercício efectivo do poder político constitucional. Mas com a condição, porém, de reconhecer nele a vontade de ver positivado e realizado um direito de intenção e consequências emancipadoras. Há, então, também lugar para falar num poder constituinte *afirmativo*.

Assim, ao contrário do que Toni Negri expressamente sustenta, poder constituinte e constituição não se excluem, antes se implicam numa relação de recíproca necessidade: o poder constituinte é causa eficiente da constituição que, por sua vez, é causa final da iniciativa do poder constituinte¹. É absurdo, pois, pensar-se que possa haver contradição entre ambos. O que não quer dizer que a constituição não possa ser usada, manipulada pelas autoridades constituídas, contra o poder que a gerou. Rousseau registara esse facto como uma tendência inscrita na própria lógica do poder: “Tal como a vontade particular age incessantemente contra a vontade geral, assim o governo faz um contínuo esforço contra a soberania. Quanto mais esse esforço aumenta, mais a constituição se altera; e, como não há outra vontade de corpo que, resistindo à do príncipe com ela estabeleça equilíbrio, mais tarde ou mais cedo terá de acontecer que o príncipe oprima a soberania e rompa o tratado social” (*Du Contrat Social*, Liv. III, X). Quando tal acontece, uma força particular tomou o lugar do poder constituinte e a constituição deixou de exprimir a vontade geral originária para exprimir uma outra que lhe é oposta. Conforme diz Dogliani, “se um sujeito político (uma “parte” política)

¹ Mais exacto, porventura, será dizer que a causa final está para além da constituição, que é apenas causa mediadora de finalidades que, através dela, são cometidas aos órgãos constituídos. Recordem-se essas finalidades conforme vêm, por exemplo, expressas na Declaração de Direitos de Virgínia: “O governo existe e deve existir para o bem comum, a protecção e a segurança do povo, nação ou comunidade; de todos os modos e formas de governo o melhor é o que é capaz de produzir o maior grau de felicidade e segurança e está mais eficazmente organizado contra o perigo de má administração...”.

ocupa aquele lugar e exerce aquele poder, tornam-se necessariamente reduzidas as premissas universalísticas (os direitos humanos) sobre as quais se funda toda a organização social”¹. Rompeu-se então o pacto social e, conseqüentemente, o governo perdeu a sua legitimidade política e a constituição a sua validade normativa.

Regressamos, desta forma, à questão do *sujeito adequado*, ou, se quisermos, à clássica questão da titularidade do poder constituinte. E o que logo se nos impõe como adquirido é que, como se acaba de observar, o titular desse poder, na sua significação genuína, não é nem um sujeito parcial (“uma *parte* política”) nem um sujeito de vontade à deriva, sem projecto nem identidade. Ele surgiu na história como expressão da consciência de si de um povo que decidiu tomar nas mãos o seu próprio destino. Segundo Böckenförde, foi precisamente com tal sentido que Sieyès o descreveu. “O conceito de poder constituinte é, pela sua origem e conteúdo, um conceito democrático e revolucionário, que só tem o seu lugar em conexão com uma teoria da constituição democrática”². O mesmo se poderia dizer da constituição: também ela é um conceito intencionalmente democrático a postular igualmente uma teoria do poder constituinte democrático. Desta correspondência geneticamente axiológica nos dá conta Pérez Royo: “A Constituição não é a expressão de qualquer ordem, mas da ordem de uma sociedade igualitária e livre, para que ela continue a sê-lo (...) Nem todo o poder que produz um ordenamento jurídico estável para um Estado é um poder constituinte. Unicamente o é aquele que está na origem de uma Constituição digna de tal nome”³. É a cisão dos dois conceitos que faz perigar a democracia.

A despeito do que pensa Negri, um poder constituinte que fosse inimigo da constituição seria por esse facto inimigo da própria democracia. Um “soberano sem constituição” nunca poderá ser a fórmula de um governo democrático. Nem é mais fiável o princípio de uma “constituição sem soberano”. Uma constituição é o registo de uma vontade que quer ser respeitada pelos poderes que por ela são constituídos. A constituição não vale por si, não é fundamento de si mesma. “Tanto a sua pretensão de validade como a sua qualidade jurídica especial não derivam do mero *factum* do seu nascimento, mas de uma grandeza que a precede e que aparece como um poder ou

¹ MARIO DOGLIANI, *Potere costituente e revisione costituzionale nella lotta per la costituzione*, in *Il futuro della costituzione*, ed. cit., 276.

² ERNST WOLFGANG BÖCKENFÖRDE, *Estudios sobre el Estado de Derecho y la democracia*, Editorial Trotta, Madrid, 2000, 163.

³ JAVIER PÉREZ ROYO, *Curso de Derecho Constitucional* (undécima edición), Marcial Pons, Madrid, 2007, 102-103).

autoridade especial”¹. Dissociá-la da vontade constituinte seria fazê-la cair na disponibilidade dos poderes constituídos e, ao fim e ao cabo, submetê-la à contingente evolução da correlação de forças entre os partidos políticos. Nessas condições, e como observa Böckenförde, “a Constituição entraria inevitavelmente num processo de erosão: a sua normatividade desvanecer-se-ia entre convicções políticas constitucionais contraditórias (...) ou então ver-se-ia ignorada por uma apatia geral”². O que nos leva a dizer que “uma constituição sem soberano”, significando isso que ela dispensa a presença do poder constituinte, conduz, na prática, a um “soberano sem constituição”.

6.2. Definição prescritiva e descritiva de povo. Os défices das democracias reais

A pergunta pela identidade do poder constituinte não se limita, por conseguinte, a remeter para o autor da constituição, mas evoca também o sujeito que, latentemente, e por vezes de forma patente, garante à constituição a sua vigência e validade³. Sabendo-se que a resposta não pode ser outra senão aquela que identifica o poder constituinte com o povo (“O poder constituinte é conceptualmente o poder constituinte do povo”⁴) coloca-se, naturalmente, a questão de saber a que povo nos estamos a referir quando o classificamos de constituinte, quando pensamos nele como autor e fundamento da validade e eficácia da constituição. Reconhece-se a fluidez polissémica do seu conceito: “nome colectivo difícil de definir, pois que se formam ideias diferentes nos diversos lugares, nos diversos tempos e segundo a natureza dos

¹ E. W. BÖCKENFÖRDE, *Estudios sobre el Estado de Derecho y la democracia*, ed. cit., 160. Mais adiante, este autor prossegue: “É uma ideia surpreendente a de pensar que a legitimação necessária – reconhecendo expressamente que é necessária – possa reduzir-se a um único momento, ao da sua génese (revolucionária), e que a partir daí a Constituição possa valer de certo modo como algo autónomo, com independência da persistência desta legitimação” (ibidem, 168).

² Idem, ibidem, 168.

³ O poder constituinte “não é algo que actue de uma vez por todas, no acto de estabelecer a constituição, mas algo que se mantém dotado de existência permanente” (idem, ibidem, 51).

⁴ Idem, ibidem, 165. Já STEINER escrevera: “Apenas o povo deve ser considerado como o sujeito do poder constituinte, o poder constituinte é conceptualmente um poder constituinte do povo. O povo não é portanto aqui o sujeito actual do poder constituinte, que sucede ao poder constituinte do monarca ou dos príncipes: ele é o único poder constituinte legítimo. O princípio democrático designa o povo como o titular do poder constituinte” (*Verfassunggebung und verfassunggebende Gewalt des Volkes*, Duncker & Humblot, Berlin, 1966).

governos”¹. Daí a tentação para o definir, à maneira de Schmitt, por aquilo que ele não é: “Aqui fixa-se negativamente o conceito de povo, contrapondo-o ao sistema de autoridades e magistraturas oficialmente organizado”². O povo, titular do poder constituinte, não é, nem jamais poderá ser, uma autoridade constituída, uma magistratura, um órgão legal do Estado. Na dicotomia entre governantes e governados, a palavra “povo” designa estes últimos: “ele é a massa indeterminada que não participa no poder...”³. Mas isso não quer dizer que entre uns e outros exista qualquer diferença *qualitativa*, como a que existia no *ancien régime* entre nobres e plebeus. Precisamente, o constitucionalismo surgiu para pôr termo a essa discriminação política e social, transformando o *Estado de súbditos* num *Estado de cidadãos* (O. Beaud)⁴. Num regime constitucional democrático, ninguém governa por direito próprio, mas unicamente por consentimento e mandato dos governados. A dicotomia, sendo funcional e contingente, não desfaz a identidade e homogeneidade do “povo do Estado”. Não há governantes fora e acima desse povo. Os governantes são eles próprios governados porque estão, rigorosamente, sujeitos às mesmas leis⁵.

A dificuldade epistemológica em fixar a noção de povo numa definição positiva e inequívoca tem a ver com o paradoxo assinalado por Burdeau: são os próprios regimes políticos que “inventam” o povo que não podem deixar de invocar como suporte da sua legitimidade. Cada regime ou cada teoria política faz do povo a representação que mais lhe convém: “a comparação das doutrinas assim como a observação dos sistemas políticos concretos provam que nenhum conceito é mais

¹ Verbetes “Peuple” da *Encyclopédie ou dictionnaire raisonné des sciences, des arts et des métiers*, citado por ALESSANDRA FACCHI, “Popolo”, in *Le basi filosofiche del costituzionalismo* (a cura di AUGUSTO BARBERA), Editorial Laterza, Roma, 1998, 93.

² CARL SCHMITT, *Teoría de la constitución*, ed. cit., 281.

³ J. FREUND, *L'essence du politique*, ed. cit. 362. Melhor, porém, do que a definição negativa de povo (que supõe um poder fora e acima dele) é a que o identifica com o próprio soberano. “Neste último caso, o regime é democrático, o que significa dizer que o povo detém o poder constituinte. O termo toma então um sentido positivo, o da vontade política originária da qual derivam as instituições, as leis, os órgãos do Estado e, finalmente, o próprio Estado” (idem, *ibidem*, 362).

⁴ “Aqueles que governam diferenciam-se *através* do povo, mas não *frente* ao povo, e o projecto que Sieyès suscitou em 1789 contra os nobres tinha por base o facto de que o nobre não queria diferenciar-se *através* dos seus concidadãos, mas sim *frente* a eles” (CARL SCHMITT, *Teoría de la constitución*, ed. cit., 275).

⁵ “Numa Democracia, a inevitável diferença prática entre governantes e governados não pode passar a ser uma distinção e singularização qualitativas das pessoas governantes. Quem governa numa Democracia não o faz porque possua as condições de uma casta qualitativamente melhor, frente a uma casta inferior menos valiosa. Isto suprimiria, naturalmente, a homogeneidade e identidade democrática (...) A identidade democrática assenta na ideia de que tudo o que existe dentro do Estado como actuação do Poder estatal e como Governo permanece *dentro* da homogeneidade substancial” (CARL SCHMITT, *Teoría de la constitución*, ed. cit., 274-275).

instável nem mais sensível à mobilidade das contingências históricas”¹. No entanto, é possível, pelo menos em teoria, ultrapassar o carácter ideologicamente parcial das representações dependentes da diversidade dos regimes. Se nos reportarmos de novo ao tempo da revolução francesa, verificamos que o povo ao qual era atribuído o poder soberano – e, logo, o poder constituinte – era pensado como uma totalidade que não excluía nenhum dos governados, porque todos eram cidadãos (participantes iguais da autoridade soberana), nem admitia no seu seio ninguém que não fosse ao mesmo tempo súbdito (submetido às mesmas leis do Estado). O povo teórico do constitucionalismo é concebido como uma unidade substancial – politicamente indivisível – de todos os indivíduos que integram o Estado². Trata-se, portanto, de um povo politicamente constituído (ainda que o seja em permanente constituição). A esse *povo político* chamou Sieyès *nação*, assim o distinguindo dos povos sem vida política autónoma. O conceito, porém, carece de associação ao de Estado (Estado-nação), uma vez que factores culturais ou étnicos fazem de um povo uma nação, mas não necessariamente um Estado, uma comunidade com identidade e soberania³.

Facilmente se compreende que a definição positiva do povo como titular do poder constituinte não tem concretização plena em nenhuma democracia real. Sartori observou que, se quisermos definir completamente a democracia, é necessário que, a uma *definição descritiva*, acrescentemos uma *definição prescritiva*: “Um sistema democrático é determinado por uma deontologia democrática e isso porque a democracia *é* e não pode ser desligada daquilo que ela *deveria ser*”⁴. Se o poder (*kratos*) do povo (*demos*) não se esgota na descrição do seu referente empírico, o mesmo se dirá do próprio titular do poder, quer dizer, também a noção de povo comporta um elemento prescritivo que o projecta para além da sua efectividade política. Nas suas concretizações históricas, o povo jamais esgota o seu conceito, ou seja, jamais realiza a democracia em toda a extensão do seu conceito. Quer dizer que este é um conceito aberto, que cresce quantitativamente por inclusão (de imigrantes, por exemplo) e qualitativamente pelo aprofundamento da consciência de si, o mesmo é dizer: pela consciência das suas possibilidades e dos seus direitos. Por outras palavras, o povo que

¹ BURDEAU, *Traité de Science Politique*, T. II, ed. cit., 110.

² ROBERT A. DAHL considera o problema no âmbito de um princípio categórico de inclusividade: “o *Demos deve incluir todos os adultos sujeitos às decisões colectivas obrigatórias da associação*” (*La democracia y sus críticos*, Paidós, Barcelona, 2000, 147; em itálico no original).

³ Uma nação pode estar dispersa por vários Estados e, em contrapartida, um Estado pode comportar dentro de si diferentes nações.

⁴ GIOVANNI SARTORI, *Qué es la democracia?*, Taurus, Madrid, 2003, 18.

é tende a tornar-se, ao longo da história, no que *deveria ser* (o seu conceito *prescritivo*). O que justificará falar-se em povo constituído-constituente ("um constituinte *transcendens*") ou, na mesma ordem de ideias, em povo empírico e povo transcendental (Marcel Gauchet).

Na ordem social, o conceito democrático de povo postula uma radical igualdade entre os seus membros, com o sentido explicitado pelas diversas teorias contratualistas mediante a recorrente metáfora do “estado de natureza”. Essa *igualdade intrínseca* refere-se antes de mais ao “direito que todo o homem tem à sua liberdade natural sem estar submetido à vontade ou à autoridade de nenhum outro homem”¹. O mesmo conceito de povo pressupõe ainda a capacidade de autogoverno dos seus membros, o que vale por dizer que, na ordem política, todos estão em condições de participar na adopção das decisões colectivas obrigatórias com idêntica consciência dos seus respectivos bens e interesses. Aqui vai subentendida a presunção de que cada um é o melhor juiz para decidir, em cada momento, aquilo que mais lhe convém (*presunção da autonomia pessoal*). Robert Dahl confere a estes pressupostos da *crença racional na democracia* o estatuto kantiano de *princípio categórico da igualdade*. Conforme observação do citado autor, o princípio desdobra-se em duas premissas. A primeira justifica a democracia – o *governo do povo* – ao postular que todos têm suficiente competência para se governarem a si mesmos; a segunda exclui qualquer versão de governo por elites, já que, presumida essa competência, deixa de haver lugar para tutores do povo. “A primeira implica um limite *inferior* hipotético, um nível *mínimo* de idoneidade, que *todos* os membros possuem; a segunda, um limite *superior* hipotético, um nível *máximo* de idoneidade, que *nenhum* membro possui”².

Nesta ordem de ideias, o poder constituinte do povo significa a capacidade, o desejo, o direito natural que a totalidade dos seus membros (*princípio categórico de inclusão*) tem de se autoconstituir como povo, ou seja, de se organizar politicamente na forma de uma *democracia plena*. Definida etimologicamente como *governo do povo*, a democracia pode limitar-se apenas aos aspectos formais da participação popular. Os fins do Estado não entrariam na sua definição. É com uma tal premissa semântica que Robert A. Dahl reduz a autolegitimação das ordens políticas à questão da normatividade processual. Robert Dahl é categórico em afirmar que, na actualidade, mais precisamente

¹ LOCKE, *Segundo Tratado*, cit. in ROBERT A. DAHL, *La democracia y sus críticos*, ed. cit., 105.

² *Ibidem*, 121.

nas (por ele) designadas sociedades *Modernas, Dinâmicas e Pluralistas* (MDP), somente existem *poliarquias*, isto é, sociedades politicamente dotadas de instituições democráticas¹, todavia não inteiramente democráticas.

O facto é que, na perspectiva processualista sustentada por aquele autor, as eventuais aproximações da democracia real (poliarquia) à ideal só passam por exigências formais que são de todo compatíveis com decisões substancialmente antidemocráticas. Isso resulta da base egocêntrica e irracional dos “bens e interesses” em relação aos quais se estabelece a *presunção da autonomia pessoal*. O que cada um tem em vista nas decisões colectivas em que participa é o que ele julga ser mais benéfico para si em função das suas *preferências, apetências ou necessidades*. Se as escolhas individuais têm aí o seu fundamento, então nenhum juízo externo, pretensamente objectivo, é superior ao do próprio sujeito quanto ao que mais lhe possa convir. Só ele tem um acesso privilegiado à fonte íntima das suas motivações ou à singularidade total de si mesmo. Inquestionavelmente, uma tal visão individualista dos bens e interesses faz do povo a *multitudo dissoluta* de Hobbes. O povo dissolve-se num agregado atómico de indivíduos e o projecto unificador da vida colectiva numa miríade de projectos individuais, constituídos em torno de interesses divergentes ou só estrategicamente conciliáveis. Para o dizer de maneira resumida, Robert Dahl considera que as sociedades MDP são inoportáveis com a ideia de um bem comum. Logo, não poderá ser essa a ideia directriz da acção política numa poliarquia a caminho da democracia. É precisamente o que aquele autor pretende que se infira das perguntas que coloca na boca de um pluralista imaginário: “Em quem pensamos quando falamos do bem comum, ou do bem-estar geral, ou da justiça distributiva? O bem comum de que

¹ São sete as instituições da poliarquia, que podem não funcionar em pleno ou de forma devidamente articulada: funcionários eleitos; *eleições livres e imparciais*; *sufrágio inclusivo*; *direitos de acesso a cargos públicos*; *liberdade de expressão*; *variedade de fontes de informação*; *autonomia associativa*. “Os países do mundo podem ordenar-se, na verdade, segundo o grau em que esteja neles, num sentido realista, cada uma destas instituições” (ROBERT A. DAHL, *La democracia y sus críticos*, ed. cit., 267. O autor insiste na necessidade de não confundir a poliarquia (a democracia possível) com a democracia (como meta ideal): “é importante manter a distinção entre a democracia, como sistema ideal, e os estabelecimentos institucionais, que devem ver-se como uma espécie de aproximação imperfeita ao ideal” (*La poliarquia, participación y oposición*, Tecnos, Madrid, 1990, 19, nota). Esta relação entre a democracia empírica e a democracia ideal induz logicamente a pensar num processo histórico evolutivo (ver “secuencias históricas” in *La poliarquia*, ed. cit., 41 e ss.). Competição política e pluralismo social no âmbito de uma economia desenvolvida e aberta são, segundo DAHL, as condições que mais fazem aproximar a poliarquia da democracia.

conjunto de pessoas, especificamente? O bem-estar de quem? A justiça distributiva entre quem?”¹.

É inquestionável o facto de que a sociedade civil, desde Hegel, é adequadamente concebível como realidade socialmente plural e lugar de um incessante conflito de interesses privados. Mas há também outra dimensão que é necessário não esquecer e que é representada pela noção de povo. A unidade substancial é, para o filósofo, o espírito do povo. Se quisermos manter a expressão, identificaremos esse espírito com a consciência dos direitos que gerou a necessidade das constituições revolucionárias e que, em consequência da sua própria evolução, não se cansa de reivindicar renovados aprofundamentos e acrescentamentos dos direitos constitucionais. Não é por acaso que as declarações de direitos precedem a elaboração das constituições. Entre umas e outras não existe uma mera relação de anterioridade, mas uma indiscutível vinculação instrumental das segundas às primeiras. É por aquelas que o poder constituinte estabelece o fim constitucional do Estado, facto que aparece exemplarmente ilustrado na *Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão*: “O fim de toda a associação política é a conservação dos direitos naturais e imprescritíveis do homem. Esses direitos são a liberdade, a propriedade, a segurança e a resistência à opressão” (artigo 2).

6.3. Os direitos humanos como conteúdo normativo da intencionalidade emancipatória do poder constituinte

Textualmente, o artigo acabado de citar mostra que a razão de ser da constituição e actuação do Estado, concebido no quadro teórico do jusnaturalismo, é a “conservação” de direitos preexistentes, direitos que são comuns a todos os associados por inerência da sua condição humana². A doutrina do contrato social reforçou o

¹ *Ibidem*, 351.

² Deve, no entanto, dizer-se que os direitos *preexistentes* não eram concebidos de forma estática: eles eram passíveis de desenvolvimento e os poderes constituídos recebiam mandato precisamente para isso. Tal é claramente o que SIEYÈS afirma no seu Proémio à Constituição: “Os representantes da Nação francesa, exercendo as funções do Poder Constituinte, consideram antes de tudo que toda a união social e, por conseguinte, toda a Constituição política não podem ter por objectivo senão garantir, servir e *desenvolver* os Direitos do homem enquanto membro da sociedade, devendo começar-se, portanto, por reconhecer inequivocamente tais direitos” (“Proemio a la constitución. Reconocimiento y exposición

postulado jusnaturalista da anterioridade e superioridade daqueles direitos relativamente ao Estado, bem como a concomitante exigência ética da sua aplicação universal. Na rejeição de uma ordem política discriminatória, o povo – ou nação – emergiu como um conceito inclusivo: ele indica a igualdade de direitos de todos os indivíduos que o integram e precisamente tais direitos, como assinala Häberle, são o *bem comum do povo*. Tal é, segundo Étienne Balibar, o sentido da utilização do *nós* como auto-designação do povo soberano: *Nós, o povo... (we the people) Nós somos o povo... (Wir sind das Volk)*. Para esta auto-afirmação de identidade na génese do povo político contou muito, sem dúvida, o ensino que veio da teoria, desde logo através da metáfora dos direitos do estado de natureza, mas contou também a aprendizagem adquirida nos contextos da prática revolucionária. Nessas ocasiões é quando o pressuposto da *igualdade intrínseca* se converte em experiência de solidariedade numa luta de emancipação por direitos que precisam de ter expressão jurídica e eficácia vinculativa.

Alguns autores consideram que a imprescritibilidade dos direitos naturais é mais consistente na tradição constituinte americana do que na francesa. Segundo Baldassarre, por exemplo, aquela característica, embora afirmada na ordem dos princípios pelos franceses, acaba por ficar, no plano do direito positivo, refém da *volonté générale* do povo, já que esta, “personificando sem resíduos o poder soberano, podia, por conseguinte, reconhecer, garantir, limitar ou suspender, a seu bel-prazer, o gozo daqueles direitos”¹. É, porém, preciso lembrar que a revolução americana foi dirigida contra um legislador que era estranho ao povo, que era estrangeiro, ao passo que a francesa foi protagonizada pelo próprio órgão legislativo do país, com a transmutação do Terceiro Estado em Assembleia Nacional. Por outro lado, o legislador da França revolucionária, ao contrário do seu homólogo americano, que se limitou a actuar na tradição inglesa dos direitos naturais preexistentes, teve que edificar uma ordem constitucional nova a partir da destruição da velha, contexto em que antecipou outros impulsos emancipatórios do poder constituinte. “Como Dieter Grimm pôs lucidamente em evidência, a experiência revolucionária norte-americana diferencia-se profundamente da francesa porque a tarefa dos seus protagonistas não consistia em fundar direitos inéditos – inauditos, direi – mas em formalizar as garantias de direitos já adquiridos através da própria evolução plurissecular da mãe pátria inglesa. As

razonada de los derechos del hombre y del ciudadano”, em *Escritos y Discursos de la revolución*, ed. cit., 91; sublinhado nosso).

¹ “Diritti inviolabili”, *Enciclopedia giuridica*, Instituto della Enciclopedia Italiana, Roma, 1.1.

constituições dos revolucionários franceses eram projectores apontados ao futuro; as constituições dos revolucionários americanos eram radiossondas apontadas para o passado”¹. E por isso nem sempre o direito positivo inovador foi ou pareceu consentâneo com as liberdades e os direitos naturais individuais de todos, desde logo, obviamente, dos membros das ordens anteriormente dominantes.

Mas a questão é saber por que é que a Declaração francesa não preveniu os abusos da lei. A resposta, de acordo com Fioravanti, é simples: “o legislador *não pode lesar* os direitos individuais porque é *necessariamente* justo; e é tal porque encarna em si a vontade geral do povo ou nação. Explica-se assim que a Declaração de direitos esgote o sistema de garantias na remissão obrigatória para a lei ... O problema principal já não é limitar o arbítrio do legislador, como no modelo britânico, mas afirmar a sua autoridade ... Quanto mais forte é o legislador melhor reflecte a vontade geral e, em consequência, mais asseguradas estão as liberdades e o direito”². A soberania nacional, a partir da revolução, passa a ter a sua sede no legislativo (“o poder legislativo é o coração do Estado”³). E embora não se trate do povo “em pessoa”, os deputados que o representam não se distinguem psicologicamente dele: são o povo “em espírito”. Consequentemente, a sua vontade será expressão da vontade geral e, assim sendo, não pode errar: ela será sempre recta na perspectiva do interesse público. Pelo menos, conforme faz notar Fioravanti, esse foi o verdadeiro objectivo da revolução: “construir

¹ MASSIMO LUCIANI, “L’Antisovrano e la crisi delle costituzioni”, loc. cit., 157. Como observa HANNAH ARENDT – que, contudo, prefere a revolução americana pela moderação dos seus objectivos – a revolução francesa, pelo menos a partir de certa altura, respondeu ao apelo das necessidades vitais da “camada inferior do povo”, passando a priorizar a questão social da pobreza. Segundo a autora, a prioridade da *libertação* sobre a *liberdade* condenou a revolução francesa ao fracasso (*Sobre a revolução*, Relógio d’Água, 2001, 141 e ss). Nós diremos que o facto apenas demonstra que a obra do poder constituinte não foi concluída (nunca o será definitivamente). “Diferentemente do que aconteceu com a Revolução Americana, a Revolução Francesa não triunfou na fundação de um novo edifício constitucional e, por isso mesmo, perpetuou o problema do poder constituinte” (MIGUEL NOGUEIRA de BRITO, *A constituição constituinte, Ensaio sobre o poder de revisão da constituição*, Coimbra Editora, 2000, 70).

² FIORAVANTI, *Los Derechos Fundamentales*, Editorial Trotta, Madrid, 2003, 73 (são dele os sublinhados). Ainda sobre a continuidade da revolução americana e a descontinuidade ou ruptura da revolução francesa ver *ibidem*, 78-79. Escreve este autor: “Com efeito, a necessidade de construir um mundo novo e um novo sistema político fundado sobre o valor preeminente dos direitos naturais individuais, sobre os *Rights*, não excluía em nada o facto de que os protagonistas desta operação [a fundação do Estado americano] se sentissem orgulhosamente *Englishmen*, filhos de uma tradição histórico-cultural que tinha oferecido aportações de primeira ordem à causa dos direitos e liberdades. Esta porta aberta à valorização do passado, neste caso à tradição da *common law*, é o que diferencia desde logo a revolução americana da francesa” (*ibidem*, 78).

³ ROUSSEAU, *Du Contrat Social*, III, XI.

um legislador virtuoso, necessariamente respeitoso dos direitos para com os direitos dos indivíduos enquanto expressão necessária da vontade geral”¹.

Pondo de lado a tese de Rousseau sobre a intransferibilidade do poder legislativo (“Se a lei é a declaração da vontade geral, torna-se evidente que, no poder legislativo, o povo não pode ser representado”²), o certo é que o filósofo já vaticinava a corrupção da vontade geral e, conseqüentemente, a contradição entre a lei e as expectativas do povo, e, mais concretamente, entre a prática política dos governantes e as promessas contidas na *Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão*³. A história, infelizmente, veio dar razão ao filósofo. O poder constituinte e os poderes constituídos nem sempre coincidem nos mesmos interesses, pois que, com muita frequência, os governantes trocam a autêntica vontade geral pela vontade privada dos grupos sociais a que pertencem.

É compreensível, portanto, que o poder constituinte resista, como já fora observado por Toni Negri, a todas as tentativas de *domesticação* pela constituição. Nesse sentido, pode dizer-se que o poder constituinte do povo é sempre revolucionário enquanto puder ser projectado um futuro melhor e mais justo, isto é, uma realidade social com mais direitos reconhecidos e efectivados. Fioravanti observa que a ordem política emergente da revolução é assinalada por uma antítese não superada: por um lado, a afirmação da prioridade do poder constituinte face aos poderes constituídos e à própria constituição (“a vontade soberana do povo *evita constituir-se*”) e, por outro, a afirmação oposta da legitimidade superior dos órgãos de poder fundados em actos eleitorais. Enquanto as instâncias políticas da democracia representativa não conseguirem corresponder à consciência emergente dos direitos do homem e do cidadão, enquanto os poderes constituídos não forem capazes de satisfazer as expectativas e aspirações do titular da soberania, ou nisso não estiverem interessados, haverá sempre condições morais, e por vezes também políticas, para que, independentemente da modalidade do processo, se manifeste o poder constituinte do povo. Ele só entra na história para reclamar direitos – com conteúdo culturalmente

¹ MAURIZIO FORAVANTI, *Los derechos fundamentales*, Editorial Trotta, Madrid, 2003, 73 (sublinhado por ele).

² *Du Contrat Social*, III, XV.

³ “A vontade geral é sempre recta, mas o juízo que a guia nem sempre é esclarecido” (*Du Contrat Social*, II, VI); “O resfriamento do amor pátrio, a actividade do interesse privado, a imensidade dos Estados, as conquistas, os abusos do governo, permitem imaginar o que seja a influência dos deputados ou representantes do povo nas assembleias da nação ... E assim os interesses particulares ocupam o primeiro e o segundo lugares, enquanto o interesse público é atirado para o terceiro” (*Du Contrat Social*, III, XV).

evolutivo – e para, instrumentalmente, definir ou redefinir a arquitectónica constitucional do poder político que melhor possa realizá-los e garanti-los¹.

Logo, poderá dizer-se que é, sobretudo, nos momentos constituintes que o povo torna mais consciente a sua soberania e os indivíduos entendem eles próprios, enquanto cidadãos (fracções iguais da soberania) melhor a solidariedade que os une dentro do Estado por eles constituído. “Tomemos a indivisibilidade da comunidade ou a participação igual, equivalente, de todos na constituição do Estado. Esta indivisibilidade, que representa a afirmação do ‘nós’ na sua forma absoluta, está particularmente associada aos momentos a que chamarei ‘insurreccionais’ da cidadania”. Nesses momentos, anulam-se (pelo menos transitoriamente) as diferenças sociais para que todos reafirmem a sua identidade como povo, com igual estatuto de cidadania perante direitos a definir e a reivindicar colectivamente; “direitos que os indivíduos se conferem uns aos outros, ao conquistá-los todos juntos. Aí está, em certo sentido, a própria base da ideia de soberania do povo, que denega o mito na medida que corresponde a acontecimentos históricos reais, cuja significação consiste também em que o povo... não é a pura e simples coisa ou aparência do Estado. Não há democracia sem Estado, sem dúvida, mas tão-pouco há democracia se o povo não for mais do que a emanção do Estado, o nome colectivo que o Estado dá aos seus súbditos”². Em cada conquista colectiva de direitos, o povo histórico actualiza e dá novo impulso ao projecto fundador do povo constituinte.

E por aqui se vê que não é verdadeira a dupla equação formulada por Dogliani: “constituição *igual* a direitos fundamentais; poder constituinte *igual* a redução ou a negação desses direitos”³. É certo que ele tinha fundados motivos para reear o empenho com que as forças políticas do seu país, na crise constitucional da época, reclamavam pela activação do poder constituinte. Escoradas na teoria de Mortati, essas forças alegavam que a Constituição de 1948 já não reflectia a constituição real e que

¹ É o que, de uma vez por todas, a *Declaração de Direitos da Virgínia* exemplarmente esclarece: “O governo existe e deve existir para o bem comum, a protecção e a segurança do povo, nação ou comunidade; de todos os modos e formas de governo o melhor é o que é capaz de produzir o maior grau de felicidade e segurança e está mais eficazmente organizado contra o perigo de má administração; e, sempre que qualquer governo se mostre inadequado ou contrário a estes fins, a maioria da comunidade tem o direito incontestável, inalienável e irrevogável de o reformar, modificar ou abolir da maneira que for julgada mais conducente à felicidade geral” (secção III).

² ÉTIENNE BALIBAR, *Derecho de ciudad. Cultura y política en democracia*, Ediciones Nueva Visión, Buenos Aires, 2004, 177.

³ MARIO DOGLIANI, *Potere costituente e revisione costituzionale nella lotta per la costituzione*, loc. cit., 273.

era, portanto, necessário proceder à sua substituição. O objectivo era, sem dúvida, esvaziar a constituição das conquistas democrático-sociais que ela assimilou da cultura ideológica do fim da segunda guerra mundial. Só que, estabelecendo aquelas equivalências, Dogliani estava contraditoriamente a usar o que reprovava aos seus adversários, ou seja, um conceito schmittiano de poder constituinte, “carregado de significados decisionísticos e irracionalísticos”. Com efeito, ele faz pensar que estaria preparado para identificar *como poder constituinte* qualquer arranjo de forças políticas que viessem a mancomunar-se para retirar direitos fundamentais da constituição. E, no entanto, a sua teoria não repudia o paradigma jusnaturalista que apresenta o poder constituinte como mediador – e não autor – de direitos preexistentes, acrescentando-lhe, da sua parte, a ideia de que precisamente nessa mediação se esgotaria o papel histórico daquele poder. O que ele advoga com isso é que os direitos não são produto da subjectividade arbitrária do poder constituinte e que este, do mesmo modo que não é livre para os criar, também não é livre para os destruir. Mais certo estaria então Dogliani se tivesse optado pela fórmula equacional seguinte: poder constituinte *igual* a direitos fundamentais e, inversamente, redução ou negação desses direitos *igual* a negação do poder constituinte.

Com esta mudança de perspectiva, Dogliani já não teria que sustentar a tese segundo a qual o poder constituinte deve ser considerado um *poder exaurido*. O que desde logo lhe evitaria a incomodidade de passar por estar a defender “uma posição não só conservadora, mas antidemocrática”, já que essa posição tinha indiscutivelmente a aparência de uma agressão dirigida contra o princípio da soberania popular. Para combater os inimigos da constituição ainda “formalmente” em vigor, Dogliani decretava o fim da história do poder constituinte. Partia do pressuposto de que era logicamente impossível a coexistência entre aquele poder e os direitos fundamentais já positivados. É certo que o mesmo pressuposto o obrigava a admitir a presença e, logo, a acção do poder constituinte onde e sempre que fosse necessário edificar uma nova ordem política em substituição daquela que assentasse a sua existência na violação dos direitos humanos. E, por isso, não era sua intenção “cancelar” o conceito quando se referia ao esgotamento do poder constituinte. “Esta ideia não vai entendida como uma pretensão de bloquear o tempo, de encerrar a história, de cristalizar para sempre uma vontade concreta. Não é um embalsamamento”¹. O que ele pretendia dizer é que nas

¹ Idem, *ibidem*, 275.

democracias emergentes depois da segunda guerra mundial deixou de haver lugar para mudanças *de* constituição: aí só poderão ocorrer mudanças *na* constituição; e estas são da competência do poder de revisão, um poder constituído, quer dizer: constitucionalmente limitado. Dogliani subscreve assim as palavras de Luciani: “pois que os valores foram juridicamente positivados e se tornaram, por conseguinte, direito, é possível dizer (...) que todos os poderes são doravante constituídos”¹.

Por várias razões, porém, se justifica sustentar que o poder constituinte, mesmo no quadro de constituições democráticas, está presente e activo. Desde logo, porque se trata do poder constituinte *do Povo*. E porque este não é apenas o autor da constituição: é também o destinatário dos benefícios, em direitos e eficácia governativa, na expectativa dos quais se deve ver a raiz da norma do reconhecimento. Os poderes constituídos são funcionais em relação a essas expectativas que, por certo, são historico-culturalmente progressivas. Dogliani tem razão quando afirma que um sujeito político parcial não pode substituir-se ao poder constituinte e exercer tal poder *em seu nome* porque, dessa situação, sairiam contrariadas “as premissas universalísticas (os direitos humanos) sobre as quais se funda toda a organização social”. Não seria esse, com efeito, um poder “autenticamente constituinte”. Pelo que também a sua obra, necessariamente lesiva da universalidade dos direitos, nunca poderia valer como “constituição do Povo”. Seria apenas a constituição de uma “parte” política a qual, pela força e/ou pela manipulação, em todos os casos abusivamente em nome do soberano, exerceria aquilo a que podemos chamar poder *não constituinte* ou *anti-constituinte*², já que ele, em vez de proteger e ampliar o património de direitos alcançados ao longo da histórica epopeia do povo, delapida-o em benefício de interesses particulares.

¹ MASSIMO LUCIANI, “L’ Antisovrano e la crisi delle costituzioni”, loc. cit., 150-151, nota 117.

² *Não constituinte* ou *anti-constituinte*, porque, além de não ser representativo, seria destrutivo da obra já realizada pelo poder constituinte. Talvez fosse melhor dizer *desconstituinte*, não contudo à maneira de O. BEAUD, que usa a expressão para referir o momento da destruição de uma constituição em vigor, mas antes no sentido de que a constituição por ele produzida implicará sempre um empobrecimento do direito constitucional e uma espoliação do verdadeiro poder constituinte.

6.4. Desdobramentos do conceito de povo. Povo civil e povo constituinte. Povo empírico ou sincrónico e povo perpétuo ou diacrónico

Em função do que acaba de ser dito, achamos conveniente prosseguir com um desdobramento metódico do conceito de povo. Existe, por um lado, o povo integrado na sociedade civil, onde ele aparece como “grandeza pluralística” (formada por pessoas, partidos, associações, grupos de interesses privados, movimentos de opinião, etc.), vivendo, portanto, o dia-a-dia na figura da multiplicidade; vemos aí uma “democracia dos cidadãos”, tutelada pelo Estado. Existe, por outra banda, o *povo constituinte*, pressuposto da existência do Estado, autor da sua constituição, do seu programa de finalidades, sendo uma referência de unidade e identidade (“Nós, o povo...”) que fundamenta a exigência de realização dos direitos fundamentais – individuais e sociais¹. Com propriedade se poderá falar a propósito de uma “democracia do povo”, que se manifesta de forma cada vez mais normalizada nas possibilidades que os regimes democráticos oferecem. “Tais possibilidades – enuncia Böckenförde – estão dadas, por um lado, através da garantia da liberdade de opinião (pública), de imprensa e de reunião: com elas o povo não organizado pode articular-se, ainda que o faça de um modo difuso. Realizam-se também, por outro lado, através das eleições, consultas e decisões populares nas quais se dão para a cidadania activa, isto é, para o povo organizado, possibilidades jurídicas de influir e intervir. Sempre que o povo se põe em acção como uma grandeza organizada sob a forma da cidadania activa, nessa acção participa de algum modo e está presente o povo não organizado do *pouvoir constituant*. É evidente que na realidade política do Estado se pode estabelecer juridicamente uma diferença entre o povo como órgão e o povo como soberano; mas ambos não podem separar-se como se fossem duas grandezas reais distintas. Os dois são em última instância o mesmo «povo»”².

¹ Desta maneira se supera a aporia a que se refere É. BALIBAR: “que uma comunidade na sua realização efectiva deve sempre *continuar a ser multiplicidade ou tornar a ser multiplicidade* e representar-se como tal no momento em que ela instaura um ‘nós’ autónomo. Longe de poder ater-se à fórmula de um ‘Nós que é um Eu’, ou que tem por norma a identidade consigo mesmo...é preciso, pelo contrário, que ele se institua contraditoriamente, no curso do tempo, como um Nós que é (também) um Outro...” (*Derecho de ciudad. Cultura y política en democracia*, cit., 179).

² ERNST WOLFGANG BÖCKENFÖRDE, *Estudios sobre el Estado de derecho y la democracia*, Editorial Trotta, Madrid, 1993, 173.

Idêntico conceito desdobrado de Povo pode ser visto na perspectiva do tempo. Poderíamos, assim, associar o povo constituinte ao que Marcel Gauchet designa por *povo jurídico* ou *povo perpétuo* e, na mesma lógica, associar o povo da sociedade civil ao que o mesmo autor designa por *povo empírico* ou *povo actual*. “Com efeito, o povo que escolhe e que vota não é nunca senão o representante momentâneo do poder do povo perpétuo, aquele que perdura idêntico a ele mesmo através da sucessão das gerações e que constitui o verdadeiro titular da soberania”¹. É, sem dúvida, com um pensamento análogo que Étienne Balibar, parafraseando Derrida, alude à *existência espectral* da soberania do povo nos regimes de cidadania democrática². Marcel Gauchet faz aquele desdobramento conceptual no contexto da sua empenhada campanha a favor da função reguladora dos juízes enquanto mediadores entre os dois níveis de povo. Nesta mediação assenta, segundo esse autor, a legitimidade das eventuais sentenças antimaioritárias dos Tribunais Constitucionais. Acontece isso, por exemplo, sempre que as decisões do legislador, tomadas maioritariamente, possam lesar direitos individuais inalienáveis. Se, nessas circunstâncias, o juiz se opõe à vontade de uma maioria eleitoral, a intenção é evitar que o povo actual se ponha em contradição com a vontade verdadeiramente soberana do povo perpétuo. “É que há, de facto, o perigo de que um povo actual usurpe no presente da sua vontade um poder que não pertence senão ao povo transcendente...”³. Certamente, não faltará quem acuse de falácia mística a atribuição aos juízes de uma faculdade que, à maneira do papa nos assuntos divinos, lhes permitiria interpretar com infalibilidade os decretos trans-históricos do povo soberano, ajustar com sábia prudência essa interpretação às mudanças da realidade social e impedir pela via do controlo constitucional os abusos ou erros do poder político. Todavia, o que aqui importa é sublinhar que o povo civil, na sua diversidade *pluralística*, não deixa de ser, na unidade do conceito de povo, o titular do único poder que vai impregnando de justiça os ordenamentos jurídicos, ou seja, o poder constituinte.

Olivier Beaud, por seu lado, estabelece semelhante distinção com outros termos: *povo diacrónico* e *povo sincrónico*: “a vinculação do Soberano sucessor pelo Soberano anterior resulta da dissociação entre o Soberano sincrónico e concreto (o povo – *Populus*) e o povo diacrónico (o povo abstracto), titular da soberania do Estado”⁴.

¹ MARCEL GAUCHET, *La révolution des pouvoirs, la souveraineté, le peuple et la représentation, 1789-1799*, Éditions Gallimard, Paris, 1995, 45.

² ÉTIENNE BALIBAR, *Derecho de ciudad. Cultura y política en democracia*, ed. cit., 174-175.

³ MARCEL GAUCHET, *La révolution des pouvoirs*, ed. cit., 47.

⁴ OLIVIER BEAUD, *La puissance de l'état*, ed. cit., 445.

Esta terminologia tem a vantagem de, além de tornar mais clara a razão pela qual se afirma que “ambos são um só”, pôr em evidência a dimensão histórica do povo. Ele não é “perpétuo” no sentido de ser invariável a configuração social e a vontade dos pais fundadores: é-o na medida em que se reproduz na história em processo de permanente autoconstituição. O que permite distinguir, como fazem os discípulos de Maurice Hauriou, dois momentos nesse processo: o da *fundação constituinte (inicial)* e o da *fundação continuada*¹. Nesta ordem de ideias, dir-se-á então que o povo empírico de qualquer época não está apenas vinculado à obrigação de prosseguir na realização das *promessas fundadoras* – os direitos humanos – mas ainda à obrigação de aprofundar o seu sentido, aumentar o conteúdo do seu conceito e tornar cada vez mais efectiva a sua universalidade. Trata-se, portanto, de uma vinculação pró-activa: não a de conservar o historicamente adquirido, mas a de explicitar e realizar o *ainda-não* que vai potenciado na sua afirmação inicial. Isso significa, afinal, que o povo actual não pode deixar de ser constituinte². Eis, então, segundo o nosso ponto de vista, verdadeiramente identificado o *sujeito adequado* do poder constituinte. Esse é o soberano diacrónico que, nas oportunidades emergentes da cidadania democrática, procura levar mais longe o processo trans-histórico da emancipação, tornando mais amplos os direitos fundamentais e mais valiosa a dignidade humana.

6.5. A soberania popular e os direitos de cidadania

Vimos atrás a tese de Häberle segundo a qual o constitucionalismo evoluía no sentido de substituir a soberania do povo pela dos cidadãos que, assim, passariam a ser o actual referente etimológico da palavra democracia. É por demais evidente que a percepção desta tendência a partir da leitura de algumas constituições recentes está pré-orientada pela incondicional adesão daquele autor à teoria da democracia que Karl Popper desenvolve “contra, os dogmas ‘clássicos’ da soberania popular”³. Carlos de Cabo Martín não tem dúvidas em associar essa mutação semântica da democracia a uma alteração da correlação de forças a favor do capital no interior da constituição do Estado social: “A partir daqui produzem-se distintas consequências empobrecedoras da

¹ Idem, *ibidem*, 451.

² Somos, portanto, radicalmente contrários à afirmação de MASSIMO LUCIANI segundo a qual “o poder constituinte serve muito pouco ao direito” (“L’Antisovrano e la crisi delle costituzioni”, loc. cit., 154).

³ PETER HÄBERLE, “Potere costituente (teoria generale)”, *Enciclopedia Giuridica*, ed. cit., 11.2.

democracia constitucional (...) Na base de tudo isso está a deslocação do Trabalho e do trabalhador como princípio de articulação social, com um claro conteúdo de classe, para a cidadania e para o cidadão com um claro carácter individual”¹. O contexto é, efectivamente o da crise (política) do Estado social e o pretexto é o da incompatibilidade entre a soberania popular (com centralidade posta no Trabalho e no trabalhador) e a cidadania entendida como um conjunto de direitos de que são titulares os cidadãos individualmente considerados. Seja como for, devemos convir que não é fácil ficar insensível à chamada de atenção feita por Étienne Balibar para o paradoxo de uma democracia sem *demos*.

Do nosso de ponto de vista, não existe incompatibilidade entre a soberania popular e os direitos individuais nem entre as ideias de povo e os valores da democracia e da cidadania². Pelo contrário, são termos recíprocos: nenhum subsiste autonomamente. A favor da nossa tese parece-nos ser possível aduzir uma argumentação suficiente, passando por dois momentos. O primeiro é dizer que aqueles valores só se converteram em direitos fundamentais porque o Povo se assumiu como soberano e, simultaneamente, que o Povo só conseguiu tornar-se soberano porque tais valores foram, desde logo, afirmados como direitos constitucionais. Nesse sentido, a cidadania democrática é um efeito indissociável da soberania popular. “*O princípio da soberania popular não é apanágio exclusivo da doutrina schmittiana, mas parte integrante da teoria democrática e do constitucionalismo*. Daqui deriva que admitir a imprescindibilidade da relação entre povo e constituição, entre *Demos* e ordenamento, não significa render-se a uma concepção «anti-iluminística» e autoritária de povo, mas exactamente o contrário”³. O segundo momento passa por sublinhar que tanto o Povo como os valores – ou a sua tradução jurídica em direitos fundamentais – são realidades em processo.

Em relação à primeira ordem de argumentos, vale a pena começar por formular com Étienne Balibar a disjuntiva implicada na defesa da democracia dos

¹ CARLOS DE CABO MARTÍN, *Dialéctica del sujeto, dialéctica de la Constitución*, Editorial Trotta, 2010, 95.

² De resto, diríamos que a pretensão insistente em separar os direitos fundamentais da soberania popular (dito agora com palavras de A. PINTORE), comporta o risco de minar pela raiz o princípio da soberania popular, ou seja, no plano normativo, a fonte de legitimação do direito moderno e, no plano histórico, a fonte eminente dos próprios direitos fundamentais” (citado por CLAUDIO DE FIORES, “Il fallimento della Costituzione europea. Note a margine del Trattato di Lisbona”, *Costituzionalismo*, 1/2008, nota 179).

³ CLAUDIO DE FIORES, “Il fallimento della Costituzione europea. Note a margine del Trattato di Lisbona”, *Costituzionalismo*, 1/2008, loc. cit., 13-14 (sublinhado pelo autor).

cidadãos contra a democracia do povo: “Cidadania democrática ou soberania do povo?” (*Demokratische Staatsbürgerschaft oder Volkssouveränität?*). O primeiro elemento desta dilemática formulação anda associado à ideia dos direitos humanos como fundamento moral (pré-político, isto é, anterior ao contrato social¹) das garantias individuais incorporadas em todas as variantes do Estado constitucional (princípio da autonomia privada, princípio liberal); o segundo elemento, por seu lado, remete para a ideia da soberania do povo como fundamento político de uma legislação democrática independente dos interesses particulares (princípio da autonomia pública, princípio republicano). Observa Étienne Balibar, que nos debates relativos à construção da comunidade europeia, a preferência foi decisivamente dada ao primeiro elemento do dilema. Duas razões sustentaram a rejeição do segundo: por um lado, o povo, ex-sujeito da soberania, teria desaparecido por efeito da fragmentação social e política das sociedades pluralistas; por outro, a sua invocação era uma fórmula recorrente na legitimação de regimes totalitários, o que fazia dele um sujeito indesejável.

Só que o princípio liberal da democracia dos cidadãos não apaga a reminiscência das promessas e vínculos de solidariedade que fazem de um conjunto de indivíduos um povo, uma comunidade de cidadãos. Isto, naturalmente, implica que o Estado, na sua forma democrática, se empenhe em garantir aos cidadãos mais do que a simples moldura jurídica das liberdades individuais: “a democracia não está nunca vazia de conteúdo social, não se reduz nunca aos procedimentos, o que quer dizer que ela tem sempre por medida a realidade dos direitos efectivamente outorgados àqueles que, por herança ou posição social, estão desprovidos de toda a potência que não seja a potência colectiva ou a potência da comunidade. Isto não anda, precisamente, sem referência ao ‘povo’ como última instância da legitimidade e da decisão política...”². Com efeito, é invocando o seu estatuto de membro do povo soberano que os cidadãos desafortunados podem insurgir-se contra os défices da igualdade de oportunidades da sociedade civil e reivindicar do Estado uma intervenção correctora.

Sem dúvida, o mesmo estatuto é invocado para protecção da autonomia pessoal contra os constrangimentos da vontade colectiva, designadamente na esfera económica. Sabe-se que a constituição dos Estados Unidos da América foi sobretudo

¹ Segundo observa HABERMAS, os dois elementos interagem na interpretação que deles fazem ROUSSEAU e KANT, mas o primeiro filósofo prende-se mais ao princípio republicano da soberania popular, ao passo que KANT destaca sobretudo o princípio liberal da autonomia privada (*Normativité et facticité*, ed. cit., 116).

² ÉTIENNE BALIBAR, *Derecho de ciudad. Cultura y política en democracia*, ed. cit., 174.

concebida com a preocupação de reduzir o âmbito da intervenção do Estado, alargando, em consequência, a margem de liberdade deixada à iniciativa privada. “A este propósito, sustenta-se que o constitucionalismo moderno, entendido como *técnica específica de limitação do poder com finalidade de garantia* não nasce com as Declarações de direitos da revolução francesa, mas antes com a Constituição federal americana de 1787”¹. Seja como for, a perspectiva garantista contra eventuais excessos de coacção por parte do poder estatal tem sido, desde então, uma constante da democracia constitucional (*cidadania liberal* contra a violência do Estado). Assim, quando o Estado ameaça o sistema de liberdades em que se apoia o desenvolvimento da sociedade civil, faz sentido que os indivíduos ou grupos afectados recorram ao mesmo conceito de Povo que outros indivíduos ou grupos, igualmente membros da sociedade civil, invocam para resistir às injustiças de que são vítimas por efeito da lógica competitiva que ali reina ou para reivindicar a efectivação ou ampliação dos seus direitos constitucionais (*cidadania social* contra a violência da sociedade civil)². Ambos os lados contestatários desta dupla oposição só conseguem revestir de validade democrática as respectivas reivindicações na medida em que possam filia-las na vontade originária do povo fundador do Estado.

É por isso que a hipótese de uma “cidadania democrática” concebida no quadro teórico de uma democracia que, paradoxalmente, parece sonegar um dos componentes do seu próprio conceito (*Demos*) é, pelo menos, problemática. No entanto, a questão será resolúvel se deixarmos de apresentar a “democracia dos cidadãos” e a “democracia do povo”, a “cidadania democrática” e a “soberania popular”, como alternativas, como pares de antinomias inconciliáveis. A soberania popular é, em nosso entender, o fundamento originário e continuado da cidadania democrática, sendo que esta, em coerência com o sentido omni-emancipador daquela, comporta os direitos pelos

¹ MAURIZIO FIORAVANTI, *Los derechos fundamentales*, ed. cit., 77 (sublinhado por ele; FIORAVANTI remete para MATTEUCCI, “La Costituzione statunitense ed il moderno costituzionalismo”, in T. BONAZZI, *La costituzione statunitense e il suo significato odierno*, Bolonha, 1988).

² A “captura constitucional do político” terá sido a primeira finalidade do constitucionalismo, ou seja, estabelecer limites ao exercício do poder *político*; a “captura constitucional do económico”, a partir da Constituição de Weimar e, depois, do Estado social do pós-guerra, consiste no estabelecimento de limites ao poder *económico*. LUCIANI assinala o fim desta última função da constituição: “Se esta ambição perdurou por muitas décadas, a realidade actual mostra um quadro totalmente diverso no qual a crise da capacidade reguladora da constituição vem denunciada de modo impiedoso. Na raiz da crise estão dois fenómenos paralelos e interconectados: a dissolução dos liames entre economia e território e a sobreposição à constituição de regras ditadas por instituições internacionais ou supranacionais cada vez mais fortes e numerosas” (MASSIMO LUCIANI, “L’Antisovrano e la crisi delle costituzioni”, loc. cit., 160).

quais se exprime a emancipação política (direitos do homem *como cidadão*), mas também todos os outros que, culturalmente, se vão reconhecendo como factores da dignificação da vida de cada um (direitos do cidadão *como homem*). “A emancipação política representa, sem dúvida, um grande progresso. Não constitui, porém, a forma final da emancipação humana...”¹. As novas possibilidades derivadas da aplicação da ciência e da técnica à economia geram novas necessidades e estas convertem-se em novos direitos sociais. O exercício da cidadania democrática, identificada esta com a soberania popular, há-de garantir que os direitos em progresso se reconduzam sempre à totalidade do povo. Se a co-pertença a uma comunidade já não é sustentável por um monismo étnico e cultural, que deixou de existir por efeito da globalização, nem por isso os cidadãos de um Estado (ou de uma comunidade de Estados), vivendo sob o mesmo tecto democrático-constitucional, deixaram de ser “responsáveis uns pelos outros e cada um perante todos” (Habermas). É agora essa recíproca responsabilidade que, dizendo um pouco à maneira de Rousseau, faz com que um povo seja um Povo, ou melhor ainda, que o povo actual, na diversidade da sua composição étnica, cultural e social, seja nos limites de um Estado-nação ou no quadro de uma organização supra-estatal, continue a ser o mesmo Povo, um povo de cidadãos em “permanente atitude crítica e reivindicativa”, como postula Fernando Vallespín².

¹ KARL MARX, *Manuscritos económico-filosóficos*, Edições 70, Lisboa, 1989, 47.

² Na opinião deste autor, a solução de uma grande parte dos problemas políticos “passa necessariamente por uma implicação da cidadania no âmbito público, pela sua permanente atitude crítica e reivindicativa e, sobretudo, por estar disposta a considerar a política como outra das dimensões da personalidade (...) Renunciar a essa dimensão – a única, por certo, na qual aparecemos como «iguais» – não só equivale a uma negligente «cedência de soberania» como nos incapacita para sermos responsáveis pelo nosso futuro” (FERNANDO VALLESPÍN, *El futuro de la política*, Taurus, Madrid, 2000, 19).

6.6. O povo para além do Estado nacional. O povo constituinte na dimensão europeia

6.6.1. Tese: a União Europeia emana de um processo constituinte que pressupõe um poder constituinte europeu

Já sabemos que foi o processo da formação da União Europeia que fez entrar na agenda da doutrina o problema da constituição supra-estatal e transnacional. Uma boa razão para centrarmos a nossa atenção nessa comunidade. Já deixámos para trás a teoria da constituição que cristalizava a noção de povo na homogeneidade de uma etnia nacional, que não reconhecia a ligação umbilical da soberania popular aos direitos humanos e que identificava o poder constituinte como uma força de expressão violenta e de actuação circunscrita a episódios da história constitucional de um concreto Estado-nação. É, então, chegada a altura de abordar a problemática constitucional emergente de uma nova Europa ainda em construção. Donde vem a principal aporia epistemológica? Precisamente da inexistência de experiências constitucionais fora do contexto espacial do Estado. E a questão que a partir daqui logo se levanta é precisamente a de saber se é identificável um sujeito constituinte não estatal. A tal questão anda também associada a já referida troca do conceito de *democracia do povo* pelo de *democracia dos cidadãos*. Se essa troca serve, como veremos, o *processo de involução* do Estado social (Maestro Buelga), ela é também útil a quem, como Habermas, se bate por uma constituição para a Europa, achando-a imprescindível como factor de integração e identidade europeias.

Na ausência de um povo europeu, cria-se a “Europa dos cidadãos”. Este processo transfigurador comporta dois momentos: um de desconfiguração (ou desconstrução) e outro de reconfiguração (ou reconstrução). O primeiro consiste em dissolver a unidade do *Demos* nacional na diversidade dos indivíduos e grupos da sociedade civil (obra das teorias pós-modernas da sociedade civil). Argumenta-se desta forma contra a resistência de certos juspublicistas em admitir a possibilidade (melhor, a legitimidade) de um processo constituinte europeu sem povo europeu. Na opinião desse grupo de constitucionalistas eurocépticos, uma constituição remete sempre para um

acto, a montante, de soberania popular¹. A réplica passa por acusar esses mesmos constitucionalistas de permanecerem reféns da ficção metafísico-essencialista que representa o povo-nação como um sujeito uno e homogéneo, ficção que os factos terão vindo a desmentir desde que Sieyès a inventou com fins ideológico-revolucionários. “O argumento de que não existe nenhum ‘Povo’ europeu e que por esse facto tão-pouco pode existir um poder constituinte só adquire o carácter de objecção fundamental quando se utiliza um determinado conceito de ‘Povo’. O prognóstico de que não existe algo assim como um Povo europeu só seria plausível se a força fundadora da solidariedade do ‘Povo’ dependesse realmente da base de confiança prepolítica de uma comunidade criada conjuntamente e que os compatriotas, por assim dizer, herdariam na sua socialização como uma espécie de destino”².

Desde que se queira admitir que o Povo não é uma comunidade homogénea de existência pré-constitucional – na verdade, nem os críticos da constituição europeia, a despeito do que possam outros dizer por eles, pensam dessa maneira³ –, estar-se-á em

¹ “O eurocepticismo, no que concerne ao direito constitucional, resume-se a um argumento que se apoia numa base empírica: enquanto não existir um povo europeu que seja suficientemente «homogéneo» para configurar uma vontade democrática não deverá existir nenhuma constituição europeia” (HABERMAS, “Necesita Europa una Constitución? Observaciones a Dieter Grimm”, *La inclusión del otro. Estudios de teoría política*, ed. cit., 138). Como se sabe, HABERMAS tem por alvo sobretudo o texto de GRIMM reproduzido em *Il futuro della costituzione*, ed. cit., 339 e ss. (inicialmente publicado em *European Law Journal*, nº 1, 1995) com o título “Una costituzione per l’Europa?”. Aí, com efeito, pode ler-se: “Uma constituição, no sentido pleno do termo, deve necessariamente remontar a um acto do povo, ou, pelo menos, atribuído ao povo, mediante o qual este confere a si mesmo a capacidade de agir politicamente. Uma fonte análoga falta completamente ao direito comunitário primário...” (ibidem, 353).

² HABERMAS, *la constelación posnacional*, Paidós, Barcelona, 2000, 131-132. Noutro lado, HABERMAS prossegue o seu combate contra os eurocépticos que, como GRIMM, teimam em negar a existência de condições para a constitucionalização da Europa: “Os eurocépticos opõem-se a que o fundamento da legitimação se traslade do âmbito dos tratados internacionais para o de uma Constituição europeia sob o argumento de que «não existe nenhum povo europeu». Parece que o que falta é o sujeito necessário para pôr em marcha um processo constituinte, esse colectivo singular chamado «povo» (...) Esta *no-demos-thesis* foi objecto de críticas tanto conceptuais como empíricas. A nação dos cidadãos do Estado não deve confundir-se com uma comunidade pré-política de destino, marcadas pela procedência, pela linguagem e pela história compartilhadas. Se assim fosse, estar-se-ia a ignorar o carácter voluntarista inerente a uma nação de cidadãos, na qual a identidade colectiva não existe nem antes nem de forma independente do processo democrático a partir do qual nasce” (*Tiempo de transiciones*, ed. cit., 125; original alemão publicado em 2001). HABERMAS volta ao mesmo tema em *O Occidente cindido*, 2004 (*El Occidente escindido*, Editorial Trotta, 2006, 79).

³ De facto, o próprio GRIMM esclarece, sem lugar para dúvidas, que as objecções que ele levanta à hipótese de uma constituição europeia não assentam numa precompreensão redutora de povo. “À luz disto, a suspeita de que dentro desta avaliação se esconde a ideia de que a democracia só é possível na base de uma homogénea comunidade popular é de todo infundada. Os pressupostos da democracia vêm aqui desenvolvidos, não a partir do povo, mas da sociedade que se constitui como unidade política. Certamente, ela necessita de uma identidade colectiva se quiser resolver os seus conflitos sem violência, obedecer às regras da maioria, exercitar a solidariedade. Mas a identidade não tem nenhuma necessidade de se radicar numa etnia, podendo antes assentar noutros fundamentos; é necessário somente que a sociedade tenha formado um sentimento de pertença suficientemente idóneo para sustentar as decisões da maioria e as prestações da solidariedade, bem como comunicar entre si discursivamente objectivos e

condições de *aprender com a história* o carácter evolutivamente transitório das ideias de povo e de soberania popular: elas foram instrumentos da transformação do Estado (pré-moderno) de súbditos no Estado (moderno) de cidadãos ou, conforme observa Habermas, da transformação dos direitos que o príncipe outorgava de forma paternalista em direitos do homem e do cidadão. "Só a consciência nacional que cristaliza em torno de uma origem, de uma língua e de uma história comum, só a consciência de co-pertença a um povo converte os súbditos em cidadãos de uma mesma comunidade política, que se sentem responsáveis *uns pelos outros e cada um perante todos*"¹. Entretanto, o processo da globalização, o fenómeno das migrações e o subsequente pluralismo étnico e cultural das sociedades civis nacionais foram impondo a necessidade de que a pátria dos direitos ganhe primazia sobre a pátria das nações na determinação da identidade colectiva. "Uma política que aspire à coexistência de formas de vida com igualdade de direitos para diferentes comunidades étnicas, grupos linguísticos, confissões, etc., põe em marcha nos Estados-nação que se formaram historicamente um processo tão precário como doloroso. Para que todos os cidadãos possam identificar-se em igual medida com a cultura do seu país, a cultura maioritária que procede da cultura nacional deve desligar-se da cultura política *geral*. Na medida em que o processo de separação entre a cultura política em geral e a cultura da maioria seja logrado, a solidariedade entre os cidadãos do Estado terá de se situar num novo e mais abstracto plano, como o que é representado pelo 'patriotismo da constituição'. Se este fracassa, a comunidade política pode desintegrar-se em subculturas isoladas entre si. Em qualquer caso este processo socava a ideia substancial de nação como uma comunidade de origem histórica comum"².

Se, no plano interno, a história recente revela tanto a obsolescência como a perigosidade de uma identidade nacional fundada no mito da unidade do Povo e na "parábola da soberania", a mesma história também ensina a ver, no plano externo, a incompatibilidade entre a globalização e a continuidade de um poder circunscrito às

problemas" ("Una costituzione per l'Europa?", loc. cit., 363). No mesmo sentido, também BÖCKENFÖRDE afirma peremptoriamente que o povo (titular do poder constituinte) não é concebível "em sentido natural ou étnico, como um grupo de homens ligados por uma língua, uma procedência ou uma cultura comuns. Ao termo povo associa-se antes a ideia de povo em sentido político, de nação, isto é, de um grupo de homens que se delimita e se reúne politicamente, que é consciente de si mesmo como grandeza política e que actua na história como tal" (*Estudios sobre el Estado de derecho y la democracia*, ed. cit., 165).

¹ HABERMAS, *Más allá del Estado nacional*, ed. cit., 177.

² Idem, *La constelación posnacional*, ed. cit., 100-101.

fronteiras do Estado territorial¹. Uma vez que as nações europeias alicerçam actualmente a identidade colectiva, já não no conceito étnico e monocultural de Povo, mas no estatuto de cidadania que as respectivas constituições conferem aos nacionais (*nação dos cidadãos*), nada impede então de, analogicamente, se pensar na possibilidade de fundar uma identidade transnacional numa constituição europeia que proporcione a vivência – e a convivência – da cidadania democrática a todos os cidadãos das nações implicadas². “A cidadania democrática – no sentido de *citizenship* – estabelece uma solidariedade entre estranhos (...) mediatizada pelo direito; e este modo de integração social (...) é levado a cabo mediante a forma própria de um *contexto comunicativo* que intervém na socialização política”³. A identidade, não sendo um dado *a priori*, de mítica procedência pré-política, passa a ser um efeito induzido pela própria constituição. “O que une uma nação de cidadãos – em contraposição a uma nação étnica (*Volksnation*) – não é um *substrato* prévio, mas um contexto de entendimento possível partilhado intersubjectivamente”⁴. Esta é tanto a base do *patriotismo da constituição nacional* como do *patriotismo da constituição da Europa*, que já não depende da prévia

¹ “Com a desnacionalização da economia, particularmente dos mercados financeiros e da própria produção industrial e, sobretudo, tendo presentes os mercados de trabalho globalizados e em rápida expansão, os governos nacionais vêem-se hoje cada vez mais constrangidos a aceitar, por imperativo da competitividade internacional, taxas de desemprego de longa duração cada vez maiores, bem como a marginalização de uma crescente minoria. Se queremos salvaguardar o Estado social, pelo menos na sua substância, e se queremos evitar a segregação de uma subclasse social, então devem estabelecer-se instâncias com capacidade de acção a nível supranacional” (JÜRGEN HABERMAS, *La inclusión del otro*, ed. cit., 139). É nesse contexto que HABERMAS reclama uma constituição para a Europa. Os Estados nacionais perderam capacidade para enfrentar as consequências económicas e sociais da globalização. Precisamente esse facto foi impondo a transferência de competências soberanas para órgãos de decisão que funcionam acima dos Estados. Mas tais órgãos pecam, como todos reconhecem, de um défice democrático que manifestamente prejudica, a nível interno e externo, o desenvolvimento de uma política comum. Défice que uma constituição viria colmatar. Sem ela, os Estados continuarão a perder soberania, sem que, em contrapartida, a Europa ganhe eficácia na sua intervenção global. Por isso, parece a HABERMAS que os eurocépticos se resignam facilmente à erosão (*supostamente irresistível*) da democracia europeia para não ter que abandonar o (*supostamente seguro*) albergue dos Estados nacionais. “Na descrição que de Grimm, a União Europeia aparece como uma instituição *à qual nos devemos resignar* e com cujas abstrações temos que conviver” (ibidem, 140).

² A própria origem do constitucionalismo é algumas vezes invocada por HABERMAS como facto probatório do efeito identitário da constituição. Grupos de pessoas (ou Estados individuais) sem pertença a uma comunidade de origem podem transformar-se, voluntariamente, numa mesma comunidade de destino. Também INGOLF PERNICE e FRANZ C. MAYER usam este argumento a favor da fundação constitucional da comunidade europeia: “É útil lembrar, neste contexto, que, se a constituição dos Estados Unidos começa, no seu preâmbulo, pelas palavras: «*We, the people...*», esta expressão não visa – como já acontecera na *Virginia Bill of Rights* de 1776 – necessariamente a unidade de um colectivo preexistente, mas antes a pluralidade dos seres humanos e cidadãos dos Estados que se reuniram (...) Não há povo europeu num sentido étnico ou cultural. Todavia, a constituição europeia caracteriza-se como comunidade de direito, assente sobre valores comuns e um estatuto comum destes cidadãos que fundam uma nova identidade europeia que se acrescenta às suas identidades local, regional e nacional” (“De la constitution composée de l’Europe”, *Revue de droit européen trimestrielle*, nº 4, 2000, 637-638).

³ JÜRGEN HABERMAS, *La inclusión del otro*, ed. cit., 141.

⁴ Idem, ibidem, 141.

existência de um “povo europeu” nem da correspondente “soberania popular”, mas de “uma esfera pública integrada de âmbito europeu no horizonte de uma cultura política comum: uma sociedade civil com associações de interesses, organizações não governamentais, movimentos cidadãos, etc. e, naturalmente, um sistema de partidos apropriado para o cenário europeu. Dito de maneira concisa: um contexto de comunicação pública que transcenda as fronteiras das até agora limitadas esferas públicas nacionais”¹.

Por outro caminho, mas rumando ao mesmo fim, qual seja o de encontrar suporte teórico para uma constituição europeia, Ingolf Pernice e Franz C. Mayer optam por um regresso à gênese teórica do constitucionalismo, concretamente à doutrina do contratualismo². A ideia fundamental que daí se retira é a de que a constituição e o Estado que ela define resultam ambos de um contrato social celebrado entre indivíduos em coabitação num dado território. Tendo decidido associar-se politicamente, esses indivíduos, identificados como povo ou nação, produziram uma constituição política na qual fixaram a forma e organização do Estado, definiram as condições da legitimidade do poder público e proclamaram os seus próprios direitos e deveres enquanto cidadãos. Exerceram desse modo o poder constituinte. Ao contrário da escola “estatista” de Carl Schmitt, que postula a preexistência do Estado, a tradição contratualista concebe o Estado como obra da constituição. Segundo a escola schmittiana, pode haver Estado sem constituição, mas não é pensável uma constituição sem Estado. Diversamente, na óptica do contratualismo, não há Estado sem constituição, mas pode haver constituição sem Estado.

A conclusão é óbvia: se a constituição, estabelecida por acordo contratual, pode originar um Estado, ela pode igualmente dar origem a outra espécie de associação política. “A constituição pode ser o texto criador de outras formas de comunidade na medida em que ela é a expressão de um ‘contrato social’ pelo qual determinadas pessoas, num território delimitado, estão de acordo em atribuir-se o estatuto de cidadania no contexto de uma nova ordem política, de serem os cidadãos ou ‘o povo’, tomado no sentido largo de participantes, membros ou aderentes que partilham os valores consagrados na constituição. E é esse ‘povo’ que, pelo seu poder constituinte, cria instituições e processos, direitos e obrigações apropriados para desempenhar certas

¹ Idem, *ibidem*, 142.

² A diferença consiste nisto: para este autores, a Europa já possui uma constituição; para HABERMAS, trata-se de fazer uma constituição para a Europa.

tarefas e funções no interesse de todos”¹. Sendo assim, nada obsta a que uma constituição, em vez de fundar um Estado, faça nascer uma comunidade política de tipo diferente, quer dizer, nada obsta a que o acto criador do poder constituinte se traduza numa organização de cariz não estatal.

Basta então estender analogicamente à União Europeia a metáfora do contrato social. Em última instância, são sempre os indivíduos, enquanto cidadãos, quem decide e aprova, mediante procedimentos constitucionalmente previstos (ratificação parlamentar ou referendária), os tratados nos quais assenta a constituição (em devir²) da Europa comunitária. Esta perspectiva reconhece o poder constituinte como única fonte de legitimidade de qualquer poder público ou de qualquer forma de organização política. Pode existir uma constituição desestatizada, *una costituzione senza Stato*, mas não uma constituição sem poder constituinte.

O recurso à hipótese simbólica de um contrato social europeu serve para dar visibilidade à existência de um poder constituinte de alcance supranacional. Assim, o poder constituinte torna-se *europeu* quando, de acordo com as regras que lhe conferem *nacionalmente* esse estatuto, participa na criação de um poder público supranacional cujas decisões, na condição pressuposta da sua validade formal e material, devem ser reconhecidas e observadas por todos os cidadãos dos Estados aderentes. Assim também a soberania popular não se circunscreve à soberania de um povo estatalmente organizado. E esta afirmação implica logicamente considerar que a transferência de soberania dos Estados nacionais para uma estrutura política supra-estatal não constitui (ou não deveria constituir) uma redução da soberania popular, fundamento daquela

¹ INGOLF PERNICE e FRANZ C. MAYER, “De la constitution composée de l’Europe”, loc. cit., 627.

² Segundo AUGUSTO BARBERA, “não existe ainda uma constituição europeia, mas estamos face a uma *constituição europeia em devir...*”. Ele defende que essa constituição é “fruto do poder constituinte do Estados” (“Existe una «costituzione europea»?”, *Quaderni Costituzionali*, Anno XX, 1, 2000, 76). Para AUGUSTO BARBERA, o poder constituinte acaba por ser um poder *de facto* cujo titular varia conforme as circunstâncias históricas: “Como ensina a história, o poder constituinte pode ter bases mais ou menos restritas. Se do século XVIII em diante tende a estribar-se sobre sujeitos colectivos – o povo, a nação, a classe – noutras épocas ele tendia a escorar-se no Soberano (‘por grazia di Dio’) ou em restritas oligarquias (por exemplo, nos ‘príncipes eleitores’ ou nas famílias ducais)...” (ibidem, 76-77). Com esta concepção, compreende-se – embora não se aceite – que BARBERA possa afirmar que “o poder constituinte se ‘exaure’ logo que é exercido” e que “no caso da União tal poder está ainda em acto”. Observe-se, no entanto, que esse poder constituinte *em acto* é exercido pelos órgãos constituídos aos quais alguns autores reconhecem uma espécie de mandato constituinte latente. Esses órgãos vão dando expressão constitucional a decisões que comprometem os governos de todos os Estados membros. A ilustração pode ser feita com ANTONIO-CARLOS P. MENAUT: “O poder constituinte está disperso, em diferente proporção, pelo Conselho Europeu e pelo Conselho de Ministros (ou seja, pelos Estados membros), pelo TJCE, pela Comissão, pelo Parlamento e, em certa medida não demasiado grande, pelos povos do Estados membros” (“Invitación al Estudio de la Constitución de la Unión Europea”, *Revista de Derecho Político*, n.º 53, 2002, 210)

outra que é exercida pelo Estado, mas antes um reforço dessa soberania na justa medida em que a estrutura emergente representa (ou deveria representar) um avanço mais sustentado na efectivação (e na desideologização¹) dos direitos humanos.

Posto isto, devemos admitir que já não são poucos os autores a sustentar que a União Europeia, não sendo embora um Estado, possui uma constituição (ainda que não finalizada²). O que falta é caracterizar o “novo fenótipo político” da Europa (Gomes Canotilho). Giulano Amato, com manifesto humor, designou-o por “UFO, um *unidentified flying object*, cuja natureza não pode ser apreendida e que, todavia, voa”³. Alguns juspublicistas, porém, mitigam esta indefinição dizendo que a União Europeia é “algo mais do que uma confederação, mas menos do que uma federação”⁴. Se fosse uma

¹ HABERMAS, *la constelación posnacional*, ed. cit., 151: “A ideia desta *praxis* constituinte conecta o exercício da soberania popular com a criação de um sistema de direitos”. Mas a nossa experiência da história europeia oferece, infelizmente, vários desmentidos: “Os direitos supostamente iguais somente pouco a pouco é que se estenderam a grupos oprimidos, marginais e excluídos. E em consequência de tenazes combates políticos, também os trabalhadores, as mulheres, os judeus, os ciganos, os homossexuais e os refugiados foram reconhecidos como ‘seres humanos’ com direito a uma completa igualdade de tratamento. O importante é que por trás desses impulsos emancipatórios se tinha podido ver retrospectivamente qual era a função ideológica que os direitos humanos haviam desempenhado *até esse momento*. Pois a pretensão igualitária da validade geral dos direitos e a inclusão de todos serviu *também* para encobrir uma desigualdade *de facto* em relação aos tacitamente excluídos. Esta observação suscitou a suspeita de que os direitos humanos *se esgotam* nessa função ideológica” (ibidem, 154-155).

² Sirva de exemplo SABINO CASSESE: “Que exista uma Constituição europeia, não há dúvida. Pode dizer-se que os ordenamentos jurídicos nacionais dos...países que aderiram à Comunidade europeia são parte de um ordenamento unitário e que este ordenamento tem uma Constituição, seja no sentido substancial ou material, à maneira de Dicey ou Mortati, seja no sentido formal” (“La costituzione europea”, *Quaderni costituzionali*, anno XI, 3, 1991, 487). Outro autor, ANTONIO-CARLOS P. MENAUT, observa que “para identificar o que há de constitucional na Comunidade Europeia ou na EU, há que usar algo equiparável a um detector de metais: aí onde se detecte algo materialmente constitucional, haverá constituição, ainda que seja um fragmento” (“Invitación al Estudio de la Constitución de la Unión Europea”, loc. cit., 204). Nesta perspectiva, esse autor assevera que “já existe desde há alguns decénios uma Constituição da Comunidade Europeia em sentido material e já é possível identificá-la (...) Está nos artigos dos Tratados que *ratione materiae* são constitucionais, assim como em algumas sentenças do TJCE. Mas como a EU não é um Estado, e provavelmente nunca chegará a sê-lo, a sua Constituição também está nalguns artigos das constituições dos Estados membros” (ibidem, 205). Por seu turno, LUISA TORCHIA considera que o facto de se dizer que a constituição europeia é uma constituição *in fieri* não deve ser interpretado como negação da sua existência. “A Constituição europeia existe e tem características originais em relação às Constituições dos Estados nacionais. Ela distingue-se como Constituição pluralista e compósita, no interior da qual convivem e operam diversos sujeitos e níveis constitucionais” (“Una costituzione senza Stato”, *Diritto Pubblico*, 2001, nº 2, 451).

³ Citado por GIACOMO MARRAMAO, “L’Europe après le Leviathan”, *Lignes*, ed. cit., 58. Mas há mais designações para exprimir a mesma indefinição. Citamos a partir de LUISA TORCHIA (“Una costituzione senza Stato”, loc. cit., 405-406): uma organização internacional; uma organização supranacional compósita; uma união de Estados nacionais; uma confederação; uma federação; um sistema político federal não estatal; um consórcio; um condomínio; uma ordem constitucional sem constitucionalismo; um sistema político desnacionalizado; uma forma pioneira de governo transnacional; uma agência administrativa multifuncional; uma agência de regulação; um novo Estado em formação; um Estado internacional; uma *Commonwealth*; uma etapa na evolução do Estado moderno; uma etapa na crise do Estado moderno; um poder público não estatal, pós-nacional e pós-moderno.

⁴ “O processo de integração europeia desenvolveu-se até agora mediante uma construção assimétrica que, nas palavras de J. Weiler, permite descrever claramente a situação da União Europeia: uma *confederação* no plano político e uma *federação* no plano jurídico.... Isto explica que no plano jurídico os Estados

confederação, ela reger-se-ia por tratados internacionais que não beliscavam a soberania de cada um dos seus Estados membros. Estaria fora dos seus objectivos a formação de uma identidade acima das identidades nacionais. Se fosse uma federação, pelo contrário, a União Europeia assentaria a sua existência na perda da soberania dos Estados aderentes. Ainda que todos eles mantivessem a sua própria constituição, a determinante seria a constituição federal. Ora, ainda que possa ser essa a tendência (de acordo com o desiderato dos pais fundadores), o certo é que o último tratado, o Tratado Reformador de Lisboa (Dezembro de 2007), reflectindo o fracasso do projecto constitucional de Giscard D'Estaing, limitou-se a ser um catálogo de emendas dos tratados anteriores, que permanecem em vigor. Quer isso dizer que algumas competências soberanas foram transferidas para a União, mas o fundamental da soberania manteve-se nos Estados nacionais.

Não se criou, portanto, um Estado ou uma União federativa, mas deu-se à Europa uma constituição, já que os Estados membros não se relacionam entre si como sujeitos do direito internacional, mas como membros de uma mesma comunidade que, à luz das disposições contratualizadas, reconhece um poder público comum e aceita que, em certas matérias, o direito comunitário tenha primazia sobre o direito constitucional nacional. Mas, justamente porque não anula a soberania dos Estados-nação, a constituição europeia deve ser compreendida a partir da relação de família que mantém com a heterogeneidade das constituições nacionais. Entre outros, Ingolf Pernice e Franz C. Mayer sustentam tratar-se de uma *constituição compósita*, isto é, de uma constituição que se introduz como um novo referente de sentido para as normas constitucionais dos Estados membros e que, simultaneamente, tem nas constituições particulares desses Estados um condicionamento para a eficácia e validade do direito comunitário¹. “A perspectiva proposta de um constitucionalismo a várias escalas (*multilevel constitutionalism*) sugere que a União Europeia constitui um sistema constitucional composto de um nível nacional e de um nível supranacional de poder público legítimo,

sigam os princípios de articulação próprios de um Estado federal (princípio da primazia) sobre a base de decisões que adoptaram previamente no plano político mediante fórmulas de decisão próprias de uma confederação” (FRANCISCO BALAGUER CALLEJÓN, “El Tratado de Lisboa en el diván. Una reflexión sobre estatalidad, constitucionalidad y Unión Europea”, *Revista Española de Derecho Constitucional*, 83, 2008, 72).

¹ Segundo SABINO CASSESE, a união dos Estados europeus segue o modelo organicista do século XIX (“La costituzione europea: elogio della precarietà”, *Quaderni costituzionali*, Anno XXII, 3, 2002, 470). CASSESE remete para a obra de A. BRUNIALTI, *Unioni e combinazione fra gli Stati – Gli Stati composti e lo Stato federale*, in *Biblioteca di scienze politiche*, diretta da A. BRUNIALTI, vol. VI, I, Torino, 1891.

que se influenciam reciprocamente e que englobam os mesmos cidadãos ou sujeitos de direito (*Verfassungsverbund*)”¹. A unidade sistémica da *constituição compósita* que rege politicamente a integração da Europa comunitária exprime-se na interactividade semântica que se estabelece entre as constituições nacionais e a europeia. Integrando a mesma ordem constitucional, o sentido das disposições de cada um dos níveis não pode deixar de ser determinado pelo princípio da coerência do seu conjunto. Colhe aqui a teoria da interconstitucionalidade². “Daí decorre que, no quadro da constituição composta da União europeia, já não basta consultar e interpretar o simples texto das constituições nacionais para conhecer a extensão exacta e real dos poderes dos órgãos que elas instituem e dos direitos dos particulares relativamente à autoridade pública. Apenas uma vista de conjunto destes textos com os tratados, o direito derivado e a jurisprudência do TJCE revela o alcance exacto dos direitos e poderes atribuídos respectivamente aos órgãos nacionais e comunitários”³. No mesmo sentido, assinala Cassese: “O direito comunitário é *unum jus* face aos *jura propria* dos ordenamentos particulares. Isto tem por efeito graduar a validade das normas concorrentes que se medem pelo metro comunitário (...). Em suma, é o *jus commune* que fixa a ordem das fontes às quais deverão submeter-se os ordenamentos particulares”⁴.

¹ INGOLF PERNICE e FRANZ C. MAYER, “De la constitution composée de l’Europe”, loc. cit., 632. Já deixámos atrás assinalada a distinção entre governança multinível e constitucionalismo multinível, corroborando a posição crítica de LUCIANI à doutrina do constitucionalismo multinível (“Costituzionalismo irenico e costituzionalismo polemico”, loc. cit.) na medida em que tal doutrina anda associada à intenção de legitimar o regime de governança neoliberal consagrado pelo Tratado de Maastricht. Mas, no pressuposto de que Estados podem associar-se em defesa dos direitos fundamentais (e daquilo que FERRAJOLI designa por critérios axiológicos dos direitos fundamentais: paz, igualdade e protecção dos mais débeis), não podemos deixar de admitir a possibilidade de coexistirem arcos constitucionais com diâmetro e funções variáveis. Falaríamos aqui de um constitucionalismo autêntico a múltiplos níveis, de génese, processos e fins democráticos, como já temos falado de um constitucionalismo autêntico e de um poder constituinte autêntico a nível estatal.

² GOMES CANOTILHO privilegia a teoria da interconstitucionalidade para explicar esta correlação constitucional característica do processo de construção europeia: “Em vez de lidarmos com os conceitos de «constitucionalismo multilateral» (*multilevel constitutionalism*), de «constitucionalismo cooperativo e multidimensional», de «federalismo e confederalismo constitucional», preferimos servir-nos de uma teoria da interconstitucionalidade que, como o nome indica, estuda as relações interconstitucionais de concorrência, convergência, justaposição e conflitos de várias constituições e de vários poderes constituintes no mesmo espaço político” (“*Brançosos*” e *interconstitucionalidade. Itinerários dos discursos sobre a historicidade constitucional*, ed. cit, 266).

³ INGOLF PERNICE e FRANZ C. MAYER, “De la constitution composée de l’Europe”, loc. cit., 633. Esta tese, que exprime o já enunciado princípio da primazia, não impede os autores de afirmarem que “o direito constitucional europeu não está estruturado de maneira hierárquica como nos sistemas federais, não sendo, por consequência, exclusivo, mas de carácter inclusivo, baseado sobre a ideia de cooperação” (*ibidem*, 635).

⁴ SABINO CASSESE, “La costituzione europea: elogio della precarietà”, loc. cit., 476. Os defensores da constituição compósita e do constitucionalismo multinível encaram com notório pragmatismo esta articulação de ordenamentos: a acomodação das constituições nacionais à dinâmica da governação europeia por efeito da integração dispensa novos processos constituintes. “Considerando as incidências do

Por outro lado, no pressuposto de que a ordem constitucional europeia tem por fundamento a vontade democraticamente expressa dos poderes constituintes nacionais, o poder público que aí actua não exerce, *em tese*, uma soberania subtraída às soberanias nacionais, mas a mesma soberania originária exercida a outro nível em resultado de uma delegação de competências específicas. As competências não delegadas continuam a ser exclusivas dos órgãos de poder nacionais de acordo com as respectivas constituições. Não se trataria, portanto, de uma abdicação de soberania, mas de uma nova arrumação do poder soberano, significando esse facto que os povos nacionais se reorganizaram num novo *povo político* de dimensão europeia. “É neste sentido que os tratados podem ser entendidos como a expressão de um «contrato social europeu» e, no que concerne à constituição da União europeia assim estabelecida, os cidadãos dos Estados membros não são somente definidos como cidadãos europeus, mas, mais do que isso, definidos no seu conjunto como sendo o poder constituinte dessa União”¹. A teoria contratualista permite, assim, postular a existência de uma constituição europeia com “normas constitucionais a dois níveis” (expressão de um poder constituinte formado por associação dos poderes constituintes nacionais), um duplo estatuto de cidadania (nacional e europeia) e uma identidade mais (em processo de formação) a acrescentar às identidades nacionais e locais.

direito comunitário sobre o direito interno dos Estados membros, assim como a mutação do conteúdo de certas disposições das constituições, será necessário adaptar o texto das constituições para que elas reflectam mais exactamente a situação normativa? (...) Pensar a teoria constitucional no sentido de uma constituição compósita parece-nos uma solução mais satisfatória do que a modificação contínua dos textos” (INGOLF PERNICE e FRANZ C. MAYER, “De la constitution composée de l’Europe”, loc. cit., 632-633).

¹ “De la constitution composée de l’Europe”, loc. cit., 635. “Se se aceita a ideia de uma constituição composta europeia fundada sobre um “contrato social europeu” a legitimidade do poder público europeu pode ser estabelecida a partir da noção de cidadão da União, como foi demonstrado acima. Neste sentido, a modificação do sistema democrático ao nível dos Estados membros mostra-se nomeadamente no duplo papel do indivíduo, que faz tanto parte do *demos* nacional como do *demos* europeu, entendido funcionalmente” (loc. cit., 645). Admitindo que o poder público supra-estatal é uma emanção formalmente irrepreensível de um poder constituinte europeu (do *demos* europeu resultante dos vários *demos* nacionais), a questão do (justificadamente) propalado *défice démocratique* passaria, segundo PERNICE e MAYER, a ter outro significado (digamos, um significado mais benigno): “O que não pode ser resolvido pela perspectiva de uma constituição e que subsiste como um mal-estar europeu muitas vezes descrito como *défice démocratique* é o problema da transparência insuficiente dos processos e uma certa falta de clareza no que concerne às responsabilidades a nível europeu, mas tais questões não dizem respeito à legitimidade do poder público europeu propriamente dito” (loc. cit., 645). Mas, do nosso ponto de vista (*antítese* que, de seguida, apresentaremos), é claro que não se trata apenas de um problema formal de transparência dos processos: trata-se, isso sim, do problema material das decisões que os decisores têm necessidade de ocultar. Temos presente o princípio kantiano da publicidade: “Pois, uma máxima que eu não posso manifestar em *voz alta* sem que ao mesmo tempo se frustre a minha intenção, que deve permanecer inteiramente *secreta* se quiser ser bem sucedida, e que eu não posso *confessar publicamente* sem provocar de modo inevitável a oposição de todos ... serve apenas para conhecer por meio da mesma o que *não é justo* em relação aos outros” (IMMANUEL KANT, *A paz perpétua e outros opúsculos*, Edições 70, Lisboa, 1988, 165; sublinhado no original).

Inquestionavelmente tão sedutora como a de Habermas, esta teoria de Ingolf Pernice e Franz C. Mayer carece contudo – como, de resto, a do filósofo alemão – de ser validada pela análise das concretizações políticas do processo institucional da União Europeia.

6.6.2. Antítese: a União Europeia não é obra do poder constituinte europeu

Ora, se tivéssemos por posição doutrinária a tese segundo a qual o poder constituinte pode ser autor de uma constituição qualquer, seja qual for o valor ético dos seus fins políticos, então a questão de saber se a Europa dispõe já – ou não dispõe ainda – de um sistema constitucional seria decidida no patamar da análise dos seus aspectos formais. E se, pela visibilidade desses aspectos, chegássemos a uma conclusão afirmativa, então teríamos de admitir a existência contemporânea do criador dessa criatura. Estamos, porém, convictos de que a identidade do poder constituinte somente se denuncia nas suas exigências e decisões de conteúdo progressivo. Quer dizer que, se a constituição europeia deve ser considerada obra de um poder constituinte (“obra de um povo soberano autoconstituindo-se”¹), ela deve então representar um salto qualitativo no processo histórico da emancipação humana, ou, se quisermos, no processo da distribuição e realização dos direitos humanos e sociais segundo o entendimento que deles tem o constitucionalismo mais avançado.

Mas já é um acto desconstituente (ou *destituente*²), logo um acto de danificação da obra do poder constituinte, quando o mesmo direito, submetido à lógica da competitividade, sacrifica *in concreto* o Estado social (mesmo que possa mantê-lo no plano da retórica) à valorização do capital; quando, na onda do neoliberalismo, a acção do “governo constitucional” da União europeia se traduz num severo ataque aos “direitos adquiridos” dos trabalhadores, nivelando por baixo as políticas sociais dos

¹ A. CAILLÉ e A. INSEL, citados por CLAUDIO DE FIORES, “Il fallimento della Costituzione europea. Note a margine del Trattato di Lisbona”, loc. cit., 16.

² No contexto do debate aberto pelo projecto de uma constituição para a Europa, PEDRO CHAVES GIRALDO *et. al.* escreveram um livro a que deram o seguinte título: *la constitución destituyente de l'Europa, Razones para otro debate constitucional*, Catarata, Madrid, 2005 (*vide* designadamente de JUAN CARLOS MONEDERO, o subcapítulo: “El poder constituyente del pueblo y el poder destituyente de la constitución europea”, 27 e ss.).

Estados membros. Ora, a verdade é que nenhuma dissimulação semântica pode ocultar o intencional efeito de refluxo que a política europeia produz sobre os direitos sociais do constitucionalismo estatal. “Mau grado a cidadania social parecer afirmar-se politicamente no discurso europeu, interiorizando a lógica evolutiva que presidiu à sua afirmação no largo processo de construção do Estado social, ela, na União Europeia, sofre um processo de involução, «como se se quisesse voltar atrás, ao primeiro estágio da sequência evolutiva de direitos assinalada por Marshall»¹.

Existe, de facto, uma contradição insanável entre a lógica do mercado que esteve na origem da integração europeia (Comunidade Económica Europeia, Mercado Único) e a lógica da solidariedade que alimentou o constitucionalismo social do pós-guerra². Uma vez que o princípio inspirador e dinamizador do processo da integração reside na competição transnacional de interesses parciais, nos “interesses privados de mercado” (Pisarello), a progressão do ordenamento comunitário não pode deixar de implicar a marcha inversa do Estado social plasmado nos ordenamentos estatais. Porém, durante muito tempo, em tempo de prosperidade (os “trinta gloriosos”), esta contradição manteve-se invisível. Por um lado, o Tratado de Roma, que entrou em vigor em Janeiro de 1958, criara uma comunidade estritamente económica, o que significava abstenção relativamente à política interna dos Estados subscritores. Estes poderiam prosseguir na sua política social, não decorrendo da integração nenhuma perda formal de soberania. Por outro lado, as óbvias vantagens decorrentes da transformação dos mercados nacionais num mercado comum em sucessivo alargamento, e de que todos supostamente beneficiariam de forma igual, justificavam expectativas positivas acerca do reforço da capacidade redistributiva do Estado social. “Durante muito tempo, até à intensificação do processo de integração, a doutrina afirmava que a constituição

¹ GONZALO MAESTRO BUELGA, “La inaprehensible ciudadanía social europea”, *Revista de Derecho Político*, 71-72, enero-agosto, 2008, 748. Conceptualmente, segundo THOMAS HUMPHREY MARSHALL (*Citizenship and social class and other essays*, CUP, Cambridge, 1950), a cidadania moderna comporta três tipos de direitos: civis, políticos e sociais. Porém, na ordem histórica, eles não apareceram ao mesmo tempo. Os direitos civis foram os primeiros, estabelecendo-se no século XVIII; os direitos políticos vieram no século XIX; os direitos sociais completavam o desenvolvimento da cidadania no século XX. O autor toma por objecto do seu estudo de caso a Inglaterra.

² Segundo as palavras de CARLOS DE CABO MARTÍN, a solidariedade é o princípio básico do constitucionalismo do Estado social, mais precisamente, o “princípio constitucional definitivo e fundador do constitucionalismo do Estado social” (*Teoría constitucional de la solidaridad*, Marcial Pons, Barcelona, 2006, 45). No quadro de uma sociedade estruturalmente dividida entre o Trabalho e o Capital, a solidariedade garante também a dimensão social do Estado democrático e do Estado de direito. O que implica que “o princípio do Estado social seja considerado não só o «primeiro», mas também condicionante dos demais, de maneira que o resto dos bens constitucionalmente protegidos tenham de se configurar a partir dele” (*ibidem*, 50).

económica comunitária pressupunha os sistemas de direitos sociais dos Estados membros, reforçando-os. Proclamava-se a convivência entre sistemas que não se apresentavam como contraditórios e dos quais se afirmava a autonomia... Agora, esta interpretação revela-se como um discurso esgotado”¹.

A contradição foi-se tornando evidente a partir do célere processo da globalização capitalista que ocorreu a par da autoliquidação do sistema económico alternativo. Este último facto reduziu drasticamente a força legitimadora da tradição social dos Estados integrados na comunidade europeia. As políticas sociais nacionais passaram a estar cada vez mais dependentes de normas comunitárias, estas sendo instrumentais em relação às estratégias de acumulação do capital privado no quadro de uma verdadeira *Europe des Affaires*². Paulatinamente o direito comunitário, alicerçado na jurisprudência do Tribunal de Justiça das Comunidades Europeias, foi-se sobrepondo ao princípio da supremacia constitucional dos Estados. Constatando este facto, observa Javier Tajadura que “para o Alto Tribunal Europeu, as normas do direito comunitário, originário e derivado, impõem-se sempre face às normas de direito interno, qualquer que seja o nível destas, quer dizer, face também às normas constitucionais”³. E o mesmo autor acrescenta: “O Tribunal de Justiça configurou o Direito comunitário como uma espécie de «supraconstituição» que se impõe aos ordenamentos internos e, diante de cujas normas, as destes últimos têm de ceder sempre”⁴. É neste contexto que os governos dos Estados membros passaram a interpretar os direitos sociais constitucionais à luz da nova filosofia do modelo social europeu que as instâncias de decisão comunitárias vincularam às estratégias competitivas da economia de mercado. “O determinante, já desde a agenda de Lisboa [2000], é a perda da autonomia da política social que aparece subordinada à económica. Esta subalternidade expressa-se,

¹ GONZALO MAESTRO BUELGA; “La inaprehensible ciudadanía social europea”, loc. cit., 758.

² Como refere PHILIPPE SCHMITTER, a comunidade europeia valoriza, sobretudo, a acumulação do capital: “Descrevê-la como uma *Europe des affaires* não é exagero nenhum. Parte da inspiração para o projecto de 1992 parece ter sido gerada por um grupo de executivos de grandes empresas e a sua fundamentação lógica consiste manifestamente em melhorar a competitividade do capitalismo europeu e, por conseguinte, a sua capacidade de acumulação” (“A comunidade europeia: uma forma nova de dominação política”, loc. cit., 769). Sendo este o caso, a União europeia nunca poderia ser considerada uma “invenção” do poder constituinte europeu, mas somente uma *forma nova de dominação política* (SCHMITTER) inventada pelo *anti-soberano* global contra a soberania dos povos nacionais.

³ JAVIER TAJADURA TEJADA, “La crisis de la constitución en el proceso de integración europea”, *Revista de Derecho Político*, 53, 2002, 260.

⁴ Idem, *ibídem*, 261.

interiorizando, na própria definição do modelo social, o paradigma do *workfare* contraposto ao *welfare*, próprio da cidadania social do pós-guerra”¹.

Nesta lógica, todo o apoio social deve converter-se num investimento que tenha tradução num aumento da empregabilidade e do trabalho produtivo. “O modelo social europeu baseia-se num bom funcionamento da economia... Um Estado activo de bem-estar deveria encorajar as pessoas a trabalhar, posto que o emprego é a melhor garantia contra a exclusão social” (Conselho de Barcelona, 2002)². Daqui decorre também a definição do cidadão activo que perde o emprego: será activo aquele que procura adaptar-se aos efeitos da competição global, mostrando disponibilidade para adquirir novas competências, para mudar de ramo profissional e para trabalhar de acordo com as novas regras do mercado de trabalho (flexibilidade, polivalência, etc.). As prestações sociais devem apoiar os trabalhadores nessa adaptação (flexi-segurança³) e promover o rápido regresso dos desempregados ao trabalho, não pactuando com a inactividade voluntária. Enquanto beneficiários da segurança social, eles estarão sempre sob suspeita de oportunismo e ociosidade. Justifica-se, pois, a observação irónica de Antonio Cantaro: “Quem queira ainda o Estado social está forçado – caso pretenda ser politicamente correcto – a demonstrar que este ou aquele serviço social é estritamente «funcional» ao objectivo de colocar no mercado os «indolentes»”⁴.

Esta corrupção do Estado social só aparentemente tem uma origem externa. Na verdade, ela corresponde à vontade dos governantes de cada um dos Estados que integram a União Europeia. São eles que externalizam as decisões que estão dispostos a implementar no interior, em contradição com os fins que o poder constituinte nacional registou na respectiva constituição. Realizam uma “mutação constitucional”⁵ que politicamente não têm coragem de assumir, imputando a dureza das reformas a órgãos de poder supranacionais de que fazem parte ou à Comissão Europeia que, com maior ou menor margem de manobra, põe em prática as suas orientações. “Grande parte do poder

¹ GONZALO MAESTRO BUELGA; “La inaprehensible ciudadanía social europea”, loc. cit., 756.

² Citado por GONZALO MAESTRO BUELGA, *ibidem*, 756.

³ ROBERT JESSOP observa que as políticas de activação, implicando “uma crescente coacção sobre o desempregado para que encontre trabalho e uma maior insegurança para os já têm emprego”, transformam, na prática a flexi-segurança em *flexi-exploração* (*El futuro del Estado capitalista*, Catarata, Madrid, 2008, 193). O *welfare state*, observa o mesmo autor, é cada vez mais Estado de “bem-estar para o capital” e cada vez menos Estado de “bem-estar para o trabalho” (*ibidem*, 197).

⁴ A. CANTARO (“Diritti sociali e neocostituzionalismo europeo”, em *Diritti e società di mercato nella scienza giuridica europea*, Giappichelli, Turin, 2006, 91 e ss.) citado por GONZALO MAESTRO BUELGA, loc. cit., 759.

⁵ JAVIER TAJADURA TEJADA, “La crisis de la constitución en el proceso de integración europea”, loc. cit., 264 e ss..

[da Comissão], na realidade, reside na tendência dos governos para lhe atribuírem uma responsabilidade máxima em políticas cuja iniciativa no âmbito estatal comportaria uma carga considerável de «impopularidade»¹. Eles podem, assim, juntar ao argumento da competitividade económica global o argumento das prescrições comunitárias para justificar as inflexões economicistas da política social que vão implementando. Partilham, a nível europeu, de decisões para as quais não estão mandatados e que evitam submeter ao escrutínio da opinião pública, recepcionando-as e aplicando-as a nível nacional com a justificação de que elas dimanam de uma fonte de direito superior e de legitimidade incontestável.

É por isso que não é sustentável a posição de Pernice e Mayer, atrás descrita, segundo a qual a constitucionalização da União Europeia pode ser explicada a partir da teoria do contrato social na presunção de se tratar de um processo análogo ao da formação dos Estados nacionais. O problema não está na inexistência de um povo europeu; o problema reside na impossibilidade de reportar o processo da integração a uma decisão genuinamente constituinte. Esse processo foi sempre conduzido à revelia do princípio democrático. “De um ponto de vista formal, a neutralização e ocultação de qualquer poder constituinte popular foi um signo constante da construção europeia”². Nada, portanto, que dê credibilidade à ideia de um “contrato social europeu”; a menos que se queira reportar esse contrato a uma combinação elitista das forças políticas e económicas para sacrificarem a soberania do povo à soberania do mercado e os direitos sociais aos imperativos da competitividade. Os objectivos e os instrumentos dessa combinação inegável foram-se refinando nos sucessivos Tratados, com natural relevo para o Tratado de Maastricht (1992) que, finalmente, formalizou a União Europeia como uma entidade política supranacional. Esse último Tratado possui, por isso, as características de uma protoconstituição. Porém, dele não decorria ainda uma “ilusão constitucional” (Castoriadis) suficiente para conferir aparência de legitimidade democrática às intrusões da governança comunitária nas políticas constitucionais de cada Estado³.

¹ GERARDO PISARELLO, “Constitucionalismo sin constitución o constitución sin constitucionalismo? Elementos para una lectura de la construcción europea en clave post-estatal”, *Revista de Derecho Constitucional Europeo*, Enero-Junio, 2006, 256.

² GERARDO PISARELLO, “Constitucionalismo sin constitución o constitución sin constitucionalismo?...”, loc. cit., 251.

³ A ilegitimidade vem sempre referida em termos de défice democrático. Na realidade, há um duplo défice democrático: *político*, devido à não representatividade dos poderes supranacionais, que não receberam mandato popular para o que decidem: “executivos nacionais que agem como legisladores

Consequentemente, um passo mais havia de ser dado: a realização de uma Convenção (“a batalha nominal e substancial pela conquista da alma constitucional”¹). “Certamente, a evocação directa ou indirecta de conceitos como «Convenção» ou «Constituição» pretendia concitar a legitimidade simbólica que nem a fria burocracia de Bruxelas nem as geladas Cimeiras europeias haviam conseguido granjear-se”². Pois foi justamente numa dessas Cimeiras, concretamente a de Laeken, em 2001, que os Chefes de Estado ou de Governo deliberaram convocar a Convenção, estabelecendo a sua composição e competências e nomeando Giscard D’Estaing seu Presidente. São demasiado óbvios os défices da sua legitimidade processual. “Não houve uma Assembleia constituinte com um mandato surgido da discussão e do sufrágio popular. Apesar do seu carácter inovador na história da integração, «o método da Convenção» não pode considerar-se um instrumento de democratização real do processo constituinte na Europa”³. O texto proposto pela Convenção foi ainda sujeito a alterações da Conferência Intergovernamental que só com muita dificuldade chegou a acordo quanto às questões institucionais, designadamente as respeitantes à dimensão e composição da Comissão (Nota da Presidência, Bruxelas, 24 de Março de 2004). Finalmente a versão final do *Tratado que estabelece uma Constituição para a Europa* foi aprovado pelo Conselho Europeu e assinado na Cimeira Roma em 29 de Outubro de 2004.

supranacionais” (JAMES A. CAPORASO, “Si può parlare di democrazia per l’Unione Europea?”, *Rivista Italiana di Scienza Politica*, Anno XXXIV, 1, 2004, 81); o que também quer dizer que governantes de países estrangeiros, através dos órgãos supranacionais, de formação não democrática, comandam a política interna dos Estado individuais, designadamente dos mais frágeis); *social*, porque os interesses que se fazem reflectir nos outputs dos órgãos europeus são os que se organizam em lobbies: “Calcula-se que entre 12.000 e 20.000 lobbistas profissionais actuam diariamente em diferentes Comités e organismos ligados à Comissão ou ao próprio Parlamento. Deste total, uns 60% trabalham para empresas, uns 30% para os governos estatais e o resto para ONGs e outras instituições. Alguns dos grandes grupos de poder europeus, como a Confederação de Industriais e Empresários Europeus (UNICE, tiveram uma influência determinante na redacção de alguns artigos do Tratado constitucional, começando pelos que garantem a «livre concorrência», assim como uma economia de mercado «não falseada» e «altamente competitiva» (Corporate European Observatory, 2003, citado por PISARELLO, *ibidem*, 256).

¹ MIGUEL ÁNGEL GARCÍA HERRERA, “El Tratado de Lisboa o Europa sin europeos”, *Boletín de la Academia Vasca de Derecho*, Ano 6, 15, 2008, 27.

² GERARDO PISARELLO, “Constitucionalismo sin constitución o constitución sin constitucionalismo?...”, *loc. cit.*, 250. “Estamos, pois, numa situação paradoxal. Por um lado, convidam-nos a desprender-nos e a superar os conceitos ancorados na herança do constitucionalismo por considerá-los insuficientes para analisar as novas realidades; por outro, acode-se aos velhos conceitos legitimados historicamente para qualificar as novas realidades. Assim utilizam-se os termos direitos sociais, democracia, participação, Parlamento, Constituição, etc. para se apropriarem do prestígio acumulado, apesar da diferença entre, por exemplo, os direitos sociais estatais e os presumidos direitos sociais comunitários que são uma espécie diversa ...” (MIGUEL ÁNGEL GARCÍA HERRERA, “El Tratado de Lisboa o Europa sin europeos”, *loc. cit.*, 25).

³ GERARDO PISARELLO, “Constitucionalismo sin constitución o constitución sin constitucionalismo?...”, *loc. cit.*, 251.

Mas não são menores os défices no que concerne à sua legitimidade material. Na realidade, o Tratado constitucional não só reiterou o sentido neoliberal do Tratados anteriores como aumentou o poder de decisão da União Europeia, atribuindo-lhe competências exclusivas e consagrando expressamente o princípio da supremacia do direito comunitário que até então só tinha fundamento jurisprudencial ou simples abrigo na doutrina da constituição compósita. Dizendo-o com as palavras incisivas de Gerardo Pisarello¹, o Tratado constitucional impõe (ou pretendia impor) aos Estados nacionais uma constituição política tecnocrática e intergovernamentalista *sem constitucionalismo democrático* e uma constituição económica dirigente e fechada *sem constitucionalismo social*. A vertente tecnocrática concentra-se na Comissão à qual os governos nacionais delegam a promoção do interesse comunitário além e acima do que possa ser o interesse específico de cada Estado e no poderoso Banco Central Europeu que ninguém controla e que sobredetermina as políticas monetárias e económicas dos Estados. Aí impera o princípio da eficácia em detrimento do valor da democracia. Por outro lado, o espírito e a letra do Tratado sacrificam todos os *interesses universalizáveis* no altar de uma economia de mercado “altamente competitiva” e sem alternativa. A competitividade remete para a “reserva do possível” quase tudo o que dantes era reclamável no quadro da cidadania social. A esta luz neoliberal deve também ser lida a Carta dos Direitos Fundamentais incluída como parte segunda da Constituição². Ela reconduz os direitos à sua expressão individualista, fazendo interpretar a liberdade profissional e o direito de trabalhar à luz do mesmo conceito de iniciativa privada que é próprio da liberdade de empresa e do direito de propriedade³. Não é certamente por acaso que a Convenção lhe reservou um estatuto de manifesta subalternidade: “a Carta é literalmente «incrustada» na Constituição no sentido de que é alojada no interior desta sem que fosse feito o

¹ Ibidem, 255 e ss..

² Uma leitura atenta, como aquela que é feita JOSÉ MANUEL MARTÍNEZ SIERRA, faz pensar que a Carta emanada da Convenção de Niza (2000), contaminada pelo neoliberalismo da UE, nunca foi para ser levada a sério. “Convém sublinhar que os direitos da Carta, além de estarem circuitados pelas cláusulas horizontais da sua aplicabilidade, o estão e estarão na praxis pela própria natureza jurídica e pela configuração das liberdades básicas do mercado comum” (*La constitución destituyente de l'Europa*, ed. cit., 102). Expressivamente, o autor deu ao capítulo com que colaborou no citado livro o seguinte título: “La carta de derechos fundamentales: dos pasos atrás y uno al lado”.

³ Esta mutação conceptual é denunciada pela substituição do “direito ao trabalho” pelo “direito de trabalhar”. A substituição do substantivo pelo verbo não é inocente. A razão é que, conforme justamente observa JUAN CARLOS MONEDERO, o direito ao trabalho exigiria uma política de pleno emprego. Pelo contrário, o direito de trabalhar liberta o poder político de qualquer responsabilidade. Mas isso faz desta nova fórmula uma inutilidade ou, como diz ainda o mesmo autor, um *sarcasmo*. Com efeito, “seria possível que alguém na Europa estivesse privado do «direito de trabalhar»? A quem é que se iria impedir de exercer um trabalho?” (“La constitución destituyente de Europa {la zanahoría europeísta y el palo neoliberal}, *la constitución destituyente de l'Europa, Razones para otro debate constitucional*, ed. cit., 51).

menor esforço para adaptar o resto do texto constitucional à nova presença. Deste modo, a Carta incrustada como Parte II do Tratado/Constituição resulta...um documento *prescindível...*”¹.

Rejeitando uma constituição “outorgada”, os povos da França e da Holanda exerceram o seu poder constituinte na dimensão europeia. Razão para dizer, em discordância com Gonzalo Maestro Buelga, que não houve uma efectiva “apropriação do poder constituinte” por parte da Convenção mandatada pelo Conselho Europeu². O poder constituinte não é apropriável, replicaria Rousseau. Seja como for, os dirigentes europeus sentiram-se obrigados a abdicar da “legitimidade simbólica” que pretendiam, contentando-se com a solução mais modesta do Tratado Reformador³. No fundo, mantiveram-se os mesmos objectivos, já que o Tratado constitucional não visava senão reformar os Tratados anteriores na continuidade do esforço realizado, todavia sem sucesso, pelo Conselho Europeu de Niza em 2000-2001 (Tratado de Niza). E ninguém duvida de que o Tratado de Lisboa seja, no essencial, uma reprodução do conteúdo da abortada constituição. Do ponto de vista funcional, com efeito, o Tratado de Lisboa substituíra plenamente o Tratado Constitucional. Só não conseguia dar a mesma aparência de legitimidade que se pretendia e que era necessária para a eficácia do princípio da supremacia do direito comunitário sobre o estatal. Ele era, na expressão de

¹ PEDRO CRUZ VILLALÓN, *La constitución inédita. Estudios ante la constitucionalización de Europa*, Editorial Trotta, Madrid, 2004, 120. A sua debilidade normativa era congénita: “A este respeito convém assinalar que o propósito ou o princípio básico da Carta de «não molestar» se encontrava já na sua mera proclamação desprovida de eficácia jurídica” (idem, *ibidem*, 121). Quanto à sua subalternidade em relação às restantes partes do Tratado constitucional, ela vinha inequivocamente expressa no artigo II-55.2.

² GONZALO MAESTRO BUELGA denuncia, com efeito, a Convenção de se ter apropriado ilegitimamente do poder constituinte: “A apropriação do poder constituinte pela Convenção, com a pretensão de uma abertura participativa em contraste com as experiências anteriores de reforma dos Tratados, evidencia ainda mais o défice democrático...” (“Poder constituyente, principio democrático y continuidad en el Tratado Constitucional de la Unión Europea”, loc. cit., 135). Na nossa opinião, porém, o poder constituinte não é apropriável: ele manifestou-se precisamente, como prova da sua independência, nos referendos que inviabilizaram o Tratado Constitucional proposto pela Convenção (um órgão sem fundamento democrático).

³ Nas conclusões da Presidência do Conselho Europeu de Lisboa, anuncia-se que “O conceito constitucional, que consistia em cancelar todos os Tratados existentes e substituí-los por um único texto chamado «Constituição», foi abandonado”. A esse propósito, escreve FIORES: “No dia 13 de Dezembro de 2007, os chefes de Estado e de governo dos vinte e sete Estados membros subscreveram em Lisboa... o novo «Tratado que modifica o Tratado da União Europeia e o Tratado que institui a Comunidade europeia». De uma só penada, o processo constituinte, que nos anos imediatamente precedentes tinha dividido e apaixonado um conspícuo grupo de filósofos, juristas, historiadores, fica definitivamente cancelado” (CLAUDIO DE FIORES, “Il fallimento della Costituzione europea. Note a margine del Trattato di Lisbona”, loc. cit., 1).

García Herrera, a *constituição possível*, ou seja, “um tratado com conteúdos materialmente constitucionais, mas sem forma constitucional”¹.

Francisco Balaguer Callejón é categórico na formulação deste ponto de vista: “A reforma operada pelo Tratado de Lisboa não partiu da possibilidade, certamente legítima, de anular o limitado avanço constitucional suposto no Tratado Constitucional e de partir de novas bases na ordenação das normas fundamentais. O que se fez, pelo contrário, de maneira expressa, foi manter esse avanço constitucional chamando-lhe de outra maneira e tentando dissimulá-lo através de uma «desestruturação» formal dos conteúdos constitucionais que passaram agora para diversos instrumentos jurídicos rompendo a (também limitada) ordenação sistemática do Tratado Constitucional”². Num registo psicanalítico, Balaguer Callejón interpreta o Tratado de Lisboa como uma forma de sublimar medos de sinal contrário: o medo dos integracionistas de perderem os avanços expressos no Tratado constitucional e o medo dos eurocépticos de verem nesse Tratado a criação de um super Estado europeu. Em sua opinião, no entanto, “a tremenda operação de ocultação” visou, sobretudo, neutralizar o medo destes últimos³.

A terapia, porém, será contra-indicada porque, modificando a percepção da realidade e não a própria realidade, impede uma actuação ajustada às necessidades. Em primeiro lugar, vejamos o que, segundo Balaguer Callejón, deixa de ser percebido. São dois factos indesmentíveis: o primeiro é que a União Europeia, não sendo *um Estado* possui estatalidade, é já *Estado*, disponha ou não de uma constituição formal (possui território, poder político, direito com primazia); o segundo é que, no quadro da

¹ MIGUEL ÁNGEL GARCÍA HERRERA, “El Tratado de Lisboa o Europa sin europeos”, loc. cit., 11. Não possuindo o estatuto formal de uma constituição, o Tratado Reformador não poderia impor a sua supremacia sobre as constituições estatais. No entanto, o Conselho Europeu de 21-22 de Junho de 2007 encarregou a Conferência Intergovernamental de juntar ao Tratado que viria a substituir o Tratado Constitucional uma Declaração (Declaração nº 17) pela qual se consagraria a decisão do TJCE favorável ao princípio da supremacia. A Declaração ficou assim redigida: “A Conferência recorda que, de acordo com o bem definido case-law do Tribunal de Justiça das Comunidades Europeias, os Tratados e o direito adoptado pela União com base neles têm prevalência sobre o direito dos Estados membros, nas condições estabelecidas pela citada jurisprudência”. Desta forma, observa LUCIANO PATRUNO, “o princípio da supremacia do direito comunitário sobre o direito interno, posto por escrito, escapa à incerteza da flutuação jurisprudencial...” (LUCIANO PATRUNO, “Addio «costituzione» europea? I nomi: Trattato, Costituzione; la cosa: il diritto europeo”, publicado pelo Centro Italiano Studi per la Pace, 2007, em: <http://www.costituzionalismo.it/articolo.asp?id=250>).

² FRANCISCO BALAGUER CALLEJÓN, “El Tratado de Lisboa en el diván. Una reflexión sobre estatalidad, constitucionalidad y Unión Europea”, loc. cit., 61.

³ Com esse objectivo, os responsáveis políticos tiveram que dizer, no prazo de três anos, “que os mesmos conteúdos que antes eram «Constituição» já não o são... que o Tratado Constitucional era uma «Constituição para a Europa» e depois que o Tratado de Lisboa, com o mesmo conteúdo que o do Tratado Constitucional, já não era uma Constituição” (ibidem, 66).

globalização e da integração, os Estados nacionais do século XXI já não se moldam pelo que foram no século XIX (partilharam a sua soberania). Vejamos agora o que, no entender do mesmo autor, falta à União Europeia e que as inibições de foro psicanalítico não deixam colmatar: a formação de uma cidadania na dimensão europeia com as características que ela tem no interior de cada Estado. Existe uma *continuidade dos Estados* na medida em que o poder político europeu e o poder político estatal são basicamente os mesmos, mas paralelamente existe uma *descontinuidade da cidadania* na medida em que os cidadãos só podem exercê-la plenamente no espaço público do Estado nacional. Esta contradição é, por um lado, anacrónica já que grande parte das competências estatais foi transferida para os órgãos da União Europeia e, por outro, contraproducente porque, os cidadãos que actuam só no quadro da constituição nacional dificilmente aceitam políticas extra-estatais que interferem negativamente na sua vida quotidiana.

A integração económica sem a correspondente cidadania de âmbito europeu fez o seu caminho e, durante muito tempo, foi mesmo, segundo Balaguer Callejón, a condição da possibilidade do próprio desenvolvimento comunitário: “os Estados membros da União Europeia conseguiram adoptar na Europa as decisões que não podiam ou não queriam adoptar a nível interno porque teriam gerado um debate muito intenso no espaço público estatal”¹. Todavia, com o alargamento da comunidade e os crescentes desafios da globalização, deixou de ser possível manter esta assimetria antidemocrática entre um poder de decisão acima dos Estados nacionais e uma cidadania intra-nacional. “A consequência desta metodologia foi um desgaste terrível da ideia de Europa à qual se atribuem políticas traumáticas decididas pelos burocratas de Bruxelas, quando na realidade foram decididas pelos Estados com a veste europeia”². A solução estaria em conferir aos poderes públicos europeus a cobertura da legitimidade mediante a simples formalização de uma constitucionalidade já existente, embora não assumida. Dessa forma, esses poderes somariam *auctoritas* ao seu *imperium* ao mesmo tempo que os cidadãos encontrariam nessa mesma formalização constitucional o germe da sua identidade europeia. A continuidade da cidadania passaria a ser simétrica à continuidade dos Estados e, conseqüentemente, ficaria definitivamente suprido o défice democrático da construção e funcionamento da União Europeia.

¹ Idem, *ibídem*, 75.

² Idem, *ibidem*, 76.

Do ponto de vista de Balaguer Callejón, a questão só não ficou resolvida com o Tratado constitucional assinado na Cimeira de Roma por causa do erro estratégico que permitiu que o voto maioritariamente negativo de dois países fosse o bastante para bloquear o processo e privar a Europa da sua constituição. Incapazes de reconhecer o erro, os europeístas abdicaram da linguagem constitucionalista cedendo ao medo de novo fracasso. A isso se deve a “impostura inicial do Tratado de Lisboa...”¹. Tudo foi feito para convencer os incautos de que o Tratado não era o que efectivamente era, ou seja, uma pura reposição “desestruturada” dos conteúdos da malograda constituição para a Europa. “O surpreendente é que, na realidade, não se renunciou a essa ordenação constitucional, mas que se tenha pretendido somente escondê-la ou negá-la ritualmente”². Em que consistiu, então, o referido erro? Num equívoco processual que, aliás, se repetiu com a aprovação do Tratado Reformador e que se tornou evidente com o resultado do referendo irlandês: aplicar à decisão constituinte europeia o processo da ratificação dos tratados internacionais. O futuro da Europa ficou suspenso em consequência da fragmentação da cidadania europeia: pequenas maiorias nacionais puderam impor a sua vontade a toda a população europeia. “Há que ter em conta que o processo de ratificação do Tratado Constitucional não teve um carácter constitucional mediante a apelação para a cidadania num espaço público de decisão de alcance europeu. Não se intentou aprovar formalmente uma *Constituição* de acordo com os procedimentos próprios do Direito constitucional, mas ratificar um *Tratado* de acordo com os procedimentos ainda vigentes do Direito internacional”³.

Já se viu que a mudança do adjectivo “constitucional” pelo de “reformador” não trouxe alterações significativas à estrutura e eficácia da União Europeia. Houve desestruturação textual, que complicou inconcebivelmente a leitura do texto⁴, mas não desestruturação jurídico-política. Balaguer Callejón não hesita em dizer que o Tratado de Lisboa representou “um importante passo em frente na construção constitucional material da Europa”⁵. A primeira questão que se nos coloca é esta: mesmo que as palavras e os símbolos propostos pela Convenção de Laeken tivessem vingado, estaríamos nós perante uma autêntica constituição ou seria ela somente nominal? Já

¹ Idem, *ibidem*, 62.

² Idem, *ibidem*, 64.

³ Idem, *ibidem*, 82.

⁴ Bem nos antípodas do Tratado simplificado ou “minitratado” que a França exigia como condição para conceder a sua aprovação.

⁵ Idem, *ibidem*, 81.

atrás citámos Pisarello para observar que a Convenção não tivera génese nem composição democráticas. Voltamos a citá-lo para dizer com ele que uma constituição dever ser concebida como o resultado de uma ruptura e não como um meio simbólico de legitimação de uma ordem política preexistente: “a conquista de uma Constituição, quando forma parte de um impulso democrático mais amplo, supõe sempre a denúncia de uma ordem excludente e imperfeita e a instauração de vias para uma ordem melhor e mais inclusiva. Por uma combinação de limites empíricos e falta de antecipação institucional, o «tecto ideológico» do Tratado constitucional sempre se colocou, nos seus aspectos políticos e sociais fundamentais, como o do «Ancien Régime»”¹. Como é sabido, a crise financeira agravou ainda mais as medidas antipopulares do instalado regime neoliberal e tornou urgente um Tratado alternativo que reafirmasse a concertação dos Estados na adopção dessas medidas e reforçasse a disposição para o seu acatamento por parte dos cidadãos dos Estados subscritores. O Tratado de Lisboa visou esse duplo desiderato, mas, perante os manifestos hiatos da solidariedade dos governos no combate à crise e a crescente reacção popular aos efeitos de pobreza e exclusão do Plano de Estabilidade e Crescimento (PEC), há boas razões para duvidar do seu sucesso.

Outra questão pode ser formulada e é a seguinte: se a *Constituição para a Europa* não tivesse soçobrado em consequência da fragmentação da cidadania europeia, seria expectável que dela emanasse o sentimento de pertença a um espaço público comum? Sem rejeitar a teoria habermasiana do patriotismo constitucional, cremos que nem o contexto nem o texto do Tratado de Roma II (2004) induziriam à formação de uma consciência europeia que superasse os desencontros históricos dos povos europeus. Segundo Dieter Grimm, de quem nos socorremos, aquele documento exerceria plenamente uma das funções da constituição: a função jurídica, isto é, tornava legítimos os poderes que dela derivassem e válidas as normas produzidas em conformidade com ela. Todavia, para produzir esses efeitos, não seria necessário dar-lhe o estatuto de constituição. “Do mesmo modo que todas as reformas anteriores dos fundamentos jurídicos da União Europeia se tinham realizado no quadro de tratados internacionais, teria sido possível abordar as modificações agora convenientes mediante reformas do texto dos tratados. Nenhuma das reformas necessárias ou desejáveis dependia de que os

¹ GERARDO PISARELLO, “Constitucionalismo sin constitución o constitución sin constitucionalismo?...”, loc. cit., 253.

tratados se convertessem numa constituição”¹. Por isso mesmo é que o Tratado de Lisboa pôde substituir com eficácia o projectado Tratado Constitucional. Com efeito, as diferenças deste relativamente àquele não lhe adicionavam valor simbólico suficiente para que pudesse cumprir a função de integração das constituições. No caso da União Europeia, consistiria essa função em disseminar em comunidades de origem distintas o sentimento de pertença à mesma comunidade destino.

Ora, nem é preciso fazer qualquer concessão ao *constitucional scepticism* para se reconhecer a existência desse défice funcional na pretensa *Constituição para a Europa*². Não houve uma manifestação autêntica do poder constituinte nem os autores da “*non nata* constituição” propunham um rumo novo para a Europa; limitavam-se a ajustar a burocracia da *good governance* ao alargamento da União Europeia a países com grandes atrasos de desenvolvimento e sem nenhuma experiência no âmbito da economia de mercado. Em suma, não se vivia um *constitucional moment* (Bruce Ackerman). “Frente a isso, o documento proposto pela Convenção de 2003 não se impõe como símbolo para a história fundacional da integração europeia. O projecto europeu não está num momento fundacional, não se enfrenta a um novo começo após uma profunda cesura histórica. A integração europeia é mais um processo de progressivas ampliações e aprofundamentos, cujas etapas podem identificar-se mediante a adesão de novos Estados e as modificações dos tratados, sem que nenhuma delas até agora tenha tido a substância de um «constitutional moment»”³.

E nem colhe, neste caso, a convicção habermasiana de que a constituição, dotada de eficácia “performativa”, poderia contribuir para criar no futuro uma identidade europeia que era ainda inexistente no “momento constituinte”. É que ela, nem pelo conteúdo nem pelos objectivos, estaria em condições de corresponder ao modelo de constituição aspirado por Habermas para a Europa: dela, com efeito, não se esperaria uma integração social dos europeus baseada num direito que promovesse a “solidariedade entre estranhos” e num *contexto comunicativo* que favorecesse o

¹ DIETER GRIMM, “Integración por medio de la constitución – Propósitos y perspectivas en el proceso europeo de constitucionalización”, UNED, *Teoría y Realidad Constitucional*, 15, 2004, 56.

² NEIL WALKER considera que a posição de GRIMM é condicionado pelo seu cepticismo constitucional quando afirma que a União Europeia não é nenhuma entidade merecedora de uma caracterização em termos constitucionais (“After the constitutional moment”, *Online Paper* 32/03, The Federal Trust for Education and Research, November 2003, 4).

³ DIETER GRIMM, “Integración por medio de la constitución – Propósitos y perspectivas en el proceso europeo de constitucionalización”, loc. cit., 65.

desenvolvimento da democracia participativa no espaço europeu¹. E se era assim na proposta constitucional de 2004, assim acabou por ser no acordo abdicatório de 2007 que deu lugar ao Tratado de Lisboa. A esperança num crescimento da solidariedade dos povos europeus, que dessa forma ultrapassariam a estranheza remanescente do seu passado divergente, só poderia ser alimentada se o “ponto de maior densidade” do Tratado de 2007, o centro de irradiação de toda a normatividade, fosse o constitucionalismo social que deveria ser reforçado. Mas, como observa Carlos de Cabo Martín, esse “ponto de maior intensidade” prende-se exclusivamente com o funcionamento do mercado interno².

E nenhum contexto comunicativo é capaz de resistir aos imperativos desse funcionamento. Os males que dele decorrem para as classes que vivem do trabalho, desde logo a erosão dos seus direitos sociais constitucionais, não são factores de identificação, mas antes de desmotivação e repúdio os quais, no mínimo, se manifestam no abstencionismo eleitoral. A União Europeia não concita a apoio dos cidadãos e muito menos apela à sua participação num clima de transparência e discutibilidade. “Conserva a tradição e a aparência de um debate de elites e interesses, de uma tarefa na qual predomina a componente económica sem que a abertura aos direitos tenha conseguido superar o estigma da Europa dos mercadores e lograr a adesão activa dos europeus... A rigidez burocrática com a qual o Banco Central executa o mandato da luta contra a inflação e a estabilidade dos preços torna evidente a lógica autista de Bruxelas, gelidamente indiferente às consequências imediatas sobre a economia real: os postos de trabalho, as hipotecas, o desemprego”³.

Nestas circunstâncias, bem melhor é, de facto, evitar associar os tratados da União Europeia à tradição do constitucionalismo. Assim, a decisão tomada pelo Conselho Europeu em 2007 de eliminar todas as referências ao conceito de constituição

¹ Observa CLAUDIO DE FIORES que o falhanço da Convenção europeia não está na falta da evocação do *Demos* constituinte, “mas antes no facto de ter prosseguido, de maneira *funcional* e sinuosa, a ruptura do «velho» (mas virtuoso) círculo (mobilização democrática – processo constituinte – legitimação popular) que caracterizou a história do constitucionalismo moderno e contemporâneo” (Il fallimento della Costituzione europea. Note a margine del Trattato di Lisbona”, loc. cit., 7). E, referindo-se à tese voluntarista de HABERMAS sobre o efeito identificador de uma *constituição sem povo*, FIORES acrescenta: “Nem, por outro lado, será suficiente criar uma autoproclamada rede de intelectuais europeus para se formar, quase por encanto, a esfera pública europeia (...) Porque uma coisa é criar uma rede de intelectuais que têm uma língua comum e facilidade de comunicação no âmbito europeu e outra bem diferente é criar canais mediáticos e redes políticas *plurais* entre todos os cidadãos europeus” (ibidem, 8). “O *demos* é a fonte da legitimação «jurídica» de uma constituição e não o seu produto «legal» (ibidem, 13; sublinhado pelo autor).

² CARLOS DE CABO MARTÍN, *Dialéctica del sujeto, dialéctica de la Constitución*, ed. cit., 112.

³ MIGUEL ÁNGEL GARCÍA HERRERA, “El Tratado de Lisboa o Europa sin europeos”, loc. cit., 8-9.

deve ser encarada como uma vitória da verdade política sobre a hipocrisia. Fracassada a tentativa de legitimação pelo simulacro de um processo constituinte formal, a reafirmação pelo Conselho Europeu do princípio da subordinação do direito (e do poder) dos Estados ao ordenamento da comunidade europeia torna-se mais carecida de justificação. Ocorrem aqui as perguntas formuladas por Luciano Patruno: “se o *Sonderweg* europeu não produziu uma constituição, quais são as fontes de legitimação do direito comunitário? Como justificar, do ponto de vista do constitucionalismo democrático a supremacia do direito europeu sobre o direito interno e sobre as normas de organização constitucional dos Estados membros?”¹. Respostas realistas remetem, necessariamente, o ordenamento comunitário – e com ele o princípio da supremacia – para outros fundamentos, outras fontes de legitimação não constitucionais e não democráticas, a saber, o poder efectivo dos actores globais da “sociedade civil” europeia (“elites tecnocráticas, lobbies económicos, instituições neutrais da *governance*, a *neo business world class* continental”²) e para a sua estratégia (formalizada em Lisboa, no ano 2000, pelo Conselho Europeu) de transformar a Europa na economia do conhecimento mais competitiva e dinâmica do mundo.

A questão, observa García Herrera, é saber como se concilia a exigência de validade das constituições dos Estados com a efectividade do ordenamento comunitário? “Estamos, pois, perante um processo (...) de instauração *de facto* de um ordenamento que contende com a validade constitucional”. É possível que esta tensão se resolva a favor da eficácia que, assim, se transmutaria em validade³. Mas não está fora de questão a hipótese contrária. “Basta que cheguem os problemas – crise económica, de segurança, energética – para que se verifique a inconsistência da União Europeia a qual, presa nas suas contradições, prefere, sob a direcção das suas elites políticas e económicas, reiterar as suas insuficiências com o seu esquema fechado, em vez de se abrir aos europeus e estabelecer novas formas de integração”. Só que, enquanto essa situação perdurar, ou seja, enquanto as elites puderem impor a sua agenda neoliberal, a constituição social continuará a ser prensada pela constituição económica e a democracia postergada por estruturas de poder de alcance europeu que funcionam sem

¹ LUCIANO PATRUNO, “Addio «costituzione» europea?...”, loc. cit.

² Idem, ibidem.

³ “A menos que se altere este «processo constituinte», o seu resultado final resolve-se historicamente quando se dá o salto qualitativo que transforma a eficácia em validade” (GARCÍA HERRERA, “El Tratado de Lisboa o Europa sin europeos”, loc. cit., 28).

mandato nem controlo. O que daí resulta, segundo a observação de Claudio de Fiores, é “uma Europa sem alma, sem corpo, sem povo”¹.

Razão para dizer que o *poder constituinte europeu* ainda não se manifestou, que ainda não terá chegado a sua hora de assumir os destinos da Europa comunitária, uma Europa social aberta ao mundo.

6.7. O poder constituinte na dimensão cosmopolita. O soberano e o anti-soberano globais

Dito isto, podemos pôr metodicamente entre parêntesis a constituição real da Europa e reconhecer as potencialidades sinérgicas da integração das soberanias nacionais num projecto de desenvolvimento comum. É indubitavelmente neste sentido contrafactual que Habermas sustenta que, em todas regiões do globo, os Estados nacionais deveriam unir-se e formar regimes continentais semelhantes ao da União europeia. Sempre no pressuposto de que tais uniões e regimes se constituiriam com propósitos de cooperação cosmopolita, tornava-se dessa forma mais fácil encontrar em contextos negociais os consensos necessários para levar a efeito, designadamente nos âmbitos da economia e da ecologia, uma *política interior mundial sem governo mundial*². Significava isso que, acima das constituições integradoras, existiria uma metaconstituição, mais ética do que política, reconhecida pelos Estados federativamente associados como fonte superior de legitimidade e que uma organização acima dos Estados e das federações, com mais *auctoritas* do que *potestas*, seria capaz de consubstanciar as normas metaconstitucionais numa progressiva juridificação da comunidade cosmopolita dos seres humanos, a comunidade dos *cidadãos cosmopolitas*³.

¹ CLAUDIO DE FIORES, “Il fallimento della Costituzione europea. Note a margine del Trattato di Lisbona”, loc. cit., 4.

² JÜRGEN HABERMAS, *El occidente escindido*, ed. cit., 132-133.

³ Segundo a opinião de HABERMAS, só uma constituição de formato liberal pode funcionar para além de regimes continentais como a União Europeia, exactamente porque nessa dimensão já se desvaneceu a solidariedade que une os cidadãos das comunidades políticas estatais ou regionais. “As constituições deste tipo regulam a acção coordenada de actores colectivos com o objectivo de que estes limitem reciprocamente o seu poder, pacificado procedimentalmente, e confiam aos tribunais as tarefas de aplicar e desenvolver o direito sem uma sujeição directa a exigências e controlos democráticos. Portanto, aqui a «constitucionalização» do direito internacional não tem o sentido *republicano* de uma juridificação das relações internacionais” (*El occidente escindido*, ed. cit., 136).

Descrita a partir da pura factualidade, a globalização resume-se ao processo da mundialização do capitalismo desenvolvido de acordo com o programa neoliberal fixado pelo *Washington Consensus*. No entanto, não deixa de ser verdade que as fronteiras que se abrem para a circulação desregulada do capital igualmente se abrem para uma compreensão mais universalista das consequências nefastas do neoliberalismo e para uma conseqüente internacionalização dos processos de reacção emancipatória. Ora, se temos como certo que a globalização, no plano interno, não logrou produzir efeitos destrutivos sobre a identidade histórica dos povos estatais, temos, por outro lado, como desejo e expectativa que ela, no plano externo, venha a gerar condições para a formação de uma identidade humana acima de todas as pátrias nacionais.

Estando assente que o *sujeito adequado* da soberania popular é o que se manifesta em defesa dos direitos que dão razão à existência dos Estados democráticos, surge-nos agora a questão de saber qual é (ou deve ser) actualmente o *lugar adequado* para a actuação do poder constituinte. E o que desde logo se nos torna evidente é que, frente a um capitalismo estrategicamente apátrida e que ostensivamente alicerça o seu sucesso no desprezo pelos direitos das pessoas e dos povos, o “novo capitalismo mundializado, insolidário e desagregador”¹, esse lugar já não pode ficar confinado ao território do Estado-nação. Não se trata de repor o internacionalismo proletário do marxismo, mas de ser coerente com a dimensão universal dos direitos humanos. Onde seja necessário lutar pela realização desses direitos, aí está o *locus* apropriado para a actuação emancipadora do poder constituinte.

Justifica-se, assim, aplicar ao poder constituinte o que Julios-Campuzano afirma a propósito dos direitos humanos, já que consideramos serem aquele poder e estes direitos categorias jurídico-políticas absolutamente indissociáveis. “Frente à crise do paradigma espaciotemporal dos direitos humanos, ferreamente vinculado ao espaço geográfico do Estado-nação e à dimensão temporal do presente, reivindicamos um *novo paradigma espaciotemporal* baseado numa compreensão global dos direitos humanos de alcance planetário e na abertura dos direitos humanos para o futuro...”². Na ordem do tempo, já vimos que o poder constituinte não é uma figura do passado que tivesse esgotado o seu papel histórico na transformação genética de uma multidão informe

¹ FERNANDO VALLESPÍN, *El futuro de la política*, ed. cit., 226.

² ALFONSO DE JULIOS-CAMPUZANO, “La globalización y la crisis paradigmática de los derechos humanos”, *Revista de Estudios Políticos* (Nueva Época), 116, Abril-Junio, 2002, 212 (sublinhado no original).

(*dissoluta multitudo*) num povo político, na proclamação dos direitos e aspirações que justificaram precisamente essa transformação ou ainda na primitiva escolha instrumental dos dispositivos constitucionais. O poder constituinte tem presença em todas as dimensões do tempo, para garantir a realização dos compromissos assumidos no passado (as *promessas*) e a permanente actualização do sentido dos objectivos fundadores ou a incorporação de emergentes valores e ideais¹. Só em virtude desta responsabilidade transtemporal do poder constituinte é que ganha eficácia normativa o princípio enunciado por Julios-Campuzano segundo o qual *os direitos humanos da geração presente não podem realizar-se à custa dos direitos humanos das gerações futuras*². Nesse princípio vai implicada a exigência ética de uma política ecológica de contenção contra os excessos da *sociedade de risco* onde uma vontade desmesurada de progresso está manifestamente a pôr em causa a viabilidade futura do planeta.

Na ordem do espaço, os males produzidos pela actual lógica imperialista da globalização vieram lembrar o significado originariamente universalista dos direitos humanos (*Todos os homens nascem livres e iguais em direitos*). Conforme assinala Giacomo Marramao, a herança das revoluções setecentistas “não consiste somente na afirmação do eixo povo-soberania-Estado, mas também no fenómeno da desterritorialização do direito que representa – segundo a intuição de Hannah Arendt – a significação histórica decisiva dos processos revolucionários americano e francês dos finais do século XVIII. Bem vistas as coisas, a teologia política do poder constituinte dissimula o facto de que as constituições decorrentes destes processos são precedidas de declarações sobre direitos e princípios universais cujo valor não deveria conhecer nenhuma fronteira”³. Em nossa opinião, o que distraiu a dogmática continental do *jus publicum europaeum* do postulado universalista dos direitos humanos foi a sua fixação na forma e não nos conteúdos da manifestação revolucionária do poder constituinte. Daí resultou o velho paradigma espaciotemporal que agora se tenta superar: o de um poder constituinte encerrado nas fronteiras internas do Estado-nação e existencialmente

¹ É assim que o paradigma garantista procedente do Estado liberal intensificou o seu significado com o advento do Estado social: “De um ponto de vista garantista, com efeito, a lógica do constitucionalismo moderno continua a exigir a introdução de limites e controlos ao poder; mas já não só aos poderes públicos, como também aos poderes privados, desde logo os do mercado. E requer também a correlativa atribuição de direitos fundamentais, não só civis e políticos, mas também sociais, culturais e ambientais a todas as pessoas, mormente aos sujeitos mais vulneráveis” (GERARDO PISARELLO, “Constitucionalismo sin constitución o constitución sin constitucionalismo? Elementos para una lectura de la construcción europea en clave post-estatal”, loc. cit., 247).

² *Ibidem*, 214.

³ GIACOMO MARRAMAO, “L’Europe après le Léviathan”, *Lignes*, ed. cit., 54.

reduzido à instantaneidade de um relâmpago. Não se lhe reconhecia passado nem futuro e, sobretudo, havia total incapacidade para o identificar sem as vestes anti-sociais dos *Sans-Culottes*. Superado, porém, este constrangimento epistemológico, torna-se inevitável pensar a desterritorialização do poder constituinte como um corolário lógico da afirmação universalista dos direitos humanos e isso é dizer que a sua *morada apropriada* é o mundo humano em toda a extensão. “Existe uma consciência cada vez mais solidamente arraigada da dimensão planetária da emancipação...”¹.

Podemos desdobrar o conteúdo dessa consciência em dois enunciados: o agente da emancipação é o poder constituinte e não um outro poder qualquer; os direitos humanos, que são a sua obra, exigem uma realização de âmbito universal, ou seja, não podem ser realizados dentro de certos territórios nacionais em resultado de vantagens adquiridas sobre povos periféricos e economicamente dependentes. Dito com palavra de Julios-Campuzano: “Os direitos não podem ser o fruto das conquistas mercantis no *ringue* da economia, porque este é um combate ominoso, assimétrico, desigual e iníquo. A força normativa dos direitos não pode ficar sujeita a uma perversa vitória que condena à miséria três quartas partes da população mundial. A globalização coloca, assim, um desafio que não podemos iludir: continuar a entender os direitos humanos como subprodutos político-culturais, objecto de apropriação, ou, pelo contrário, abandonar os esquemas de uma realização parcial e fragmentária no modelo estatal-nacional para ceder lugar a uma concepção omnicompreensiva dos direitos humanos que contemple os problemas na sua radical complexidade, como algo que concerne a toda a humanidade”². Nesta última hipótese, a única moralmente defensável, podemos conceber a humanidade como se ela constituísse um só povo, conceber a união de todos os povos reais do mundo numa pátria comum, conceber, enfim, a universalização dos direitos humanos, equivalendo esse facto a uma humanização da globalização, como sendo a obra em projecto de um poder constituinte mundial. “Certamente, estamos a assistir hoje a uma crise do constitucionalismo e, mais em geral, da legalidade e dos direitos humanos, tanto dentro dos nossos ordenamentos como nas relações internacionais. E, no entanto, justamente a globalização e o crescimento da interdependência e das comunicações tornam possível – inclusive inevitável, se queremos impedir um futuro de guerras, de violências, de devastações humanas e

¹ ALFONSO DE JULIOS-CAMPUZANO, “La globalización y la crisis paradigmática de los derechos humanos”, loc. cit., 213.

² Idem, *ibídem*, 214.

ambientais, de fundamentalismos e de conflitos inter-étnicos – a perspectiva de um constitucionalismo mundial...”¹. Um objectivo desejável, sem dúvida, mas que carece ainda de clarificação no que respeita aos processos e instituições que poderão torná-la viável.

A questão, portanto, é agora a de saber qual possa ser a *organização adequada* para tornar a soberania popular efectiva no plano mundial. Luciani, como atrás se viu, advertira contra a existência de um *anti-soberano* (“sem investidura democrática”), associado a uma economia que cada vez mais escapa ao controlo do poder político e a instituições internacionais ou supranacionais que sujeitam os Estados a um número crescente de regras com eficácia superior à das respectivas constituições. O poder do *anti-soberano*, acompanhando a globalização, não cessa de crescer e isso com nocivas consequências para a soberania estatal (*lo Stato diviene non-Stato*²) e, *ipso facto*, para a *capacidade de sobrevivência da própria constituição*. “Em tudo isto, um primeiro aspecto dramático é a situação dos sistemas de protecção social que, por um lado, a nível estatal, ‘deixam de ser financiáveis...’, e, por outro, a nível internacional, não são objecto de atenção...”³. Luciani, como sabemos, expulsa da doutrina do direito constitucional a soberania popular e o *terrible pouvoir constituant*. Mas convictamente reconhece que a vitória do anti-soberano não está ainda garantida (“a partida continua por decidir”). Os seus estragos sobre o mundo da vida geram “uma espécie de efeito de rejeição em virtude do qual assistimos a sinais cada vez mais fortes de resistência...”⁴.

¹ LUIGI FERRAJOLI, *Democracia y garantismo*, Editorial Trotta, Madrid, 2008, 59.

² A expressão é de G. GUARINO, “Pubblico e privato nell’economia. La sovranità fra costituzione ed istituzioni comunitarie”, in *Quaderni Costituzionali*, 1992, 32. Ver também SILVIO GAMBINO, “multilevel constitutionalism e diritti fondamentali”, in *Diritto Pubblico comparato ed Europeo*, Torino, 2008, III, 1146: “A soberania, grande desafio do século passado, torna-se, assim, a imensa miragem do novo milénio, a cobertura ritual de um Estado que, privado dos seus fundamentos, da sua autoridade, transforma-se em ‘não-Estado’, em mero elemento constitutivo de uma realidade em contínua evolução. Corrompida a própria essência da estatalidade, este velho soberano, doravante sem ceptro, desestrutura-se e desagrega-se, caminhando para um lento e inexorável declínio, suscitando muitas dúvidas sobre a sua capacidade de sobreviver à crise”

³ MASSIMO LUCIANI, “L’antisovrano e la crisi delle costituzione”, loc. cit., 170.

⁴ Idem, *ibidem*, 171. É oportuno recordar aqui a distinção estabelecida por RICHARD FALK entre *globalização descendente* (as forças globais de mercado, ou seja, o anti-soberano) e a *globalização ascendente* (o activismo social, local ou global, contra a dominação económica). Neste quadro, a globalização ascendente revela a inconformidade do poder constituinte. Do nosso ponto de vista, as duas globalizações são incompatíveis. Para R. FALK, porém, elas são complementares, limitando-se a ascendente a corrigir os excessos da descendente: “A fim de contextualizar este argumento, é importante reconhecer que existem consequências e potencialidades fortemente positivas decorrentes dos vários aspectos da globalização descendente. Paralelamente, o papel histórico da globalização ascendente consiste em questionar e transformar os aspectos negativos da globalização descendente, não só proporcionando um espaço ideológico e político alternativo àquele que é actualmente ocupado pelas perspectivas orientadas para o mercado e estadistas, mas também oferecendo resistência aos excessos e distorções susceptíveis de ser, com toda a propriedade, atribuídos à globalização no seu estágio actual.

Ora, são justamente essas manifestações (contra a globalização, ou a favor de uma globalização *totalmente outra*¹), testemunho para nós óbvio da existência viva de um poder constituinte sem fronteiras, que mobilizam politólogos, cientistas sociais e juristas na procura de respostas válidas e eficazes contra a realidade e o expansionismo antidemocrático do *anti-soberano transnacional*. Bem podemos dizer, como Balibar a propósito da “construção europeia”, que uma situação deste género tem todas as características de um “momento constituinte”, exigindo uma “invenção colectiva” para um problema político que tem dimensão mundial². “Que respostas, em particular, no plano institucional?”³.

Na realidade, não há respostas consensuais; o que há é uma convergência de opiniões sobre a necessidade de contrapor à transnacionalidade predadora do anti-soberano formas transnacionais ou supranacionais de organização que, por um lado, assegurem internamente a prossecução (e o reforço) dos direitos adquiridos no âmbito da cidadania nacional e, por outro, permitam externamente evoluir no sentido de uma verdadeira universalização dos direitos humanos. No fundo, trata-se de transpor para a dimensão pós-nacional “a ideia de uma sociedade constituída democraticamente, cujas partes podem actuar reflexivamente sobre si mesmas como se fossem um todo...”⁴. Embora esteja por definir o modelo alternativo, a condição primeira é o pressuposto de que os problemas emergentes da globalização decorrem de decisões humanas e que, visto isso, podem (e, podendo, *devem*) ser superados mediante outras decisões de efeito inverso⁵. Estabelecida essa perspectiva, os problemas transformam-se em desafios para

Por outras palavras, a globalização ascendente não se opõe dogmaticamente à globalização descendente, mas rege-se pelo princípio de evitar os efeitos adversos e de garantir um contrapeso global à influência fundamentalmente não controlada exercida actualmente pelo sector comercial e financeiro sobre o processo de decisão ao nível do Estado e fora dele” (RICHARD FALK, *Globalização predatória, uma crítica*, Instituto Piaget, Lisboa, 2001, 234).

¹ Com expressão ilustrativa no Fórum Social Mundial ou nas – ora mais pacíficas, ora mais turbulentas – reacções contra as reuniões dos G7/8 ou contra o Fórum Económico de Davos, ou ainda, embora aparentemente despolitizadas, mas em contrapartida mais violentas, nas revoltas juvenis das periferias urbanas. Esta *outra* globalização desejável, que configuraria uma *democracia humanista* global, terá que ser totalmente incompatível com a persistência da *globalização descendente* de FALK.

² É. BALIBAR, “Quelle «constitution» de l’Europe?”, *Lignes*, ed. cit., 19. HABERMAS dirá que não é preciso uma invenção mas uma ampliação do modelo de Estado nacional (*El Occidente escindido*, ed. cit., 134; *Tiempo de transiciones*, ed. cit., 112).

³ MASSIMO LUCIANI, “L’antisovrano e la crisi delle costituzione”, loc. cit., 173.

⁴ JÜRGEN HABERMAS, *La constelación posnacional*, ed. cit., 84.

⁵ Na realidade, a globalização neoliberal tem escapado à rebelião em virtude da eficácia da sua justificação ideológica a qual, como observa CARLOS DE CABO MARTÍN, passa por: “Transmitir a ideia de que a globalização é, por um lado, um facto natural, conseqüentemente necessário, irresistível, devendo, por conseguinte, revestir-se de uma só forma; oculta-se, assim, ou não se explicita suficientemente, não só a sua base objectiva ou potenciadora (a revolução tecnológica e intercomunicacional), mas também o aspecto subjectivo, o que tem de «produzido», de opção

uma sociedade que actua politicamente sobre si mesma. Lembra Habermas que foi esta *leitura dinâmica* do processo democrático que guiou a Europa na construção do Estado social. Ora, não parece que haja outra leitura mais apropriada para iluminar o caminho da emancipação que é preciso prosseguir *além do Estado*, no contexto de uma economia globalizada que já não obedece à lógica reguladora dos Estados nacionais. “As sociedades actuais, constituídas em torno do Estado-nação, mas diminuídas nas suas capacidades por distintas fornadas de desnacionalização, não têm outro remédio senão ‘abrir-se’ a uma sociedade mundial que lhes foi imposta através da economia”¹. Admitido isto como um facto incontestável, logo surgem dúvidas a Habermas (e, necessariamente, a todos os que, como ele, indagam sobre qual seja a alternativa adequada) quanto a saber se o modelo da organização estatal faz sentido e tem viabilidade fora do seu quadro histórico de referências nacionais e territoriais. “É desejável uma nova ‘clausura’ política desta sociedade global? E, se sim, como seria possível? Em que poderia consistir uma resposta *política* aos desafios da constelação pós-nacional?”².

Sob a instigação de perguntas desta natureza, é inevitável o regresso a Kant³. Com efeito, numa altura em que o Estado nacional-constitucional, agora em plena crise, estava ainda em processo de consolidação, já o filósofo se interrogava sobre qual seria a forma da comunidade política internacional mais favorável a um estado de paz permanente, capaz de sustentar a “*torrente* da propensão para a injustiça e a inimizade”⁴, e antecipava, ele próprio, algumas opiniões geradoras de consenso entre os actuais adeptos da solução cosmopolita. Desde logo, opinava que a forma dessa comunidade não deveria ser a de um Estado político mundial, que não escaparia ao perigo de um “despotismo sem alma”, (“cemitério da liberdade”)⁵, mas antes a de uma federação de “Estados diferentes, que não devem fundir-se num só”⁶. Alargando-se paulatinamente a outros os Estados, à medida que eles fossem adoptando a constituição

voluntariamente exercida, com a consequência epistemológica evidente, e finalmente ideológica, de evitar a análise das suas causas ou actores e, portanto, a sua natureza original do fenómeno” (*Dialéctica del sujeto, dialéctica de la constitución*, ed. cit., 119).

¹ Ibidem, 85.

² Ibidem, 85.

³ “A noção de direito cosmopolítico, introduzida por Kant no seu célebre estudo *Em prol da paz perpétua*, reapareceu no seu auge como tentativa de encontrar uma moldura jurídica para satisfazer a exigência de respeito generalizado dos direitos humanos” (DANIELE ARCHIBUGI, *Cittadini del mondo. Verso una democrazia cosmopolitica*, Il Saggiatori, Milano, 2009, 123).

⁴ IMMANUEL KANT, *A paz perpétua e outros opúsculos*, ed. cit., 136 (sublinhado por KANT).

⁵ Idem, ibidem, 148

⁶ Idem, ibidem, 132.

republicana e reconhecendo o valor da paz, essa federação “englobaria por fim todos os povos da Terra”, sem nunca, contudo, poder transformar-se num “Estado de povos”. Uma outra aportação kantiana, facilmente assimilada pela doutrina do constitucionalismo cosmopolita, foi precisamente a ideia de um sistema constitucional que pode funcionar a múltiplos níveis: *a*) uma constituição enquanto *direito político* (*Staatsbürgerrecht*) dos cidadãos no interior de um Estado (*ius civitatis*); *b*) uma constituição enquanto *direito das gentes* (*Völkerrecht*) dos Estados nas suas relações recíprocas (*ius gentium*); *c*) uma constituição enquanto *direito cosmopolita* (*Weltbürgerrecht*) que assegura aos homens de qualquer Estado particular a condição de cidadãos no contexto global da humanidade (*ius cosmopolitanum*)¹.

É evidente que os problemas da época de Kant e os da actualidade não são de forma alguma comparáveis. Desde logo, no modelo estatal de Westefália, só as guerras de agressão de países inimigos poderiam pôr à prova a segurança e a autonomia do Estado dentro das suas fronteiras. Por outro lado, a protecção dos direitos humanos dos cidadãos era uma questão circunscrita à política e *accountability* dos governos nacionais. Hoje não é assim. Com a globalização, multiplicaram-se os vários factores externos que, ao ritmo do processo da globalização, têm vindo a restringir progressivamente a autonomia decisória da “pessoa artificial” do Estado moderno. Não é, pois, apenas a propósito da constituição da União Europeia que pode falar-se da emergência de uma ordem pós-hobbesiana.

O que nós depreendemos desta realidade é que a história – dito em oposição a Negri – tem *dialéctica* e (mais incertamente) *continuidade teleológica*. Assim, se, na transição para a modernidade, a soberania popular optou pela constituição do Estado nacional como meio de emancipação dos constrangimentos feudais, o que se espera agora é que ela venha a superar os limites do modelo estatocêntrico para fazer face, com outra solução jurídico-política, às novas contradições que foram inexoravelmente emergindo da evolução histórica. “Em cada nova fornada modernizadora, os mundos da vida intersubjectivamente compartilhados abrem-se para se reorganizar e conseguirem alcançar uma nova forma de integração”². É neste repetido esforço de reorganização e de integração social que se manifesta o poder constituinte inerente à soberania popular. E isso acontece cada vez mais de modo pacífico, por mediação e antecipação do

¹ Idem, *ibidem*, 127, nota.

² JÜRGEN HABERMAS, *La constelación posnacional*, ed. cit., 111.

trabalho teórico dos estudiosos da sociedade, da política e do direito¹. Só quando as mudanças necessárias são retardadas para além do razoável, só quando a dimensão das injustiças sociais ultrapassa o limiar do suportável, é que há o risco de, por necessidade intrínseca, não reflexivamente, aquele poder vir a manifestar-se de forma explosiva. Seja como for, tratar-se-á sempre de pôr na ordem um sistema que funciona na desordem, de reestruturar uma realidade desestruturada, de dar maior regulação jurídica a uma dialéctica de desenvolvimento que torna o direito cada vez mais ralo e menos justo.

No pressuposto consensual de que já não existem começos absolutos, é necessário buscar na experiência do tempo e nas instituições que entretanto se foram estabilizando a orientação para o caminho a seguir para um mundo que já não é tão simples como aquele que se oferecia aos olhos de Kant. Os *riscos civilizacionais* não se reduzem hoje à questão da guerra e, por isso, a simples reunião dos *Estados livres* numa federação para a paz (*foedus pacificum*) deixou de ser a solução adequada². A prevenção daquela espécie de riscos, a que se somam os *riscos financeiros* da globalização, exige a cooperação entre actores estatais e não estatais, bem como a conjugação do direito produzido pelos órgãos competentes do Estado com outro de procedência não estatal. No grande tabuleiro da globalização, os Estados deixaram de ser os únicos a jogar dentro e fora das respectivas fronteiras, seja na interioridade absoluta da sua ordem jurídica, seja no sistema das relações internacionais estabelecidas no modelo de Westefália. Ulrich Beck defende a tese de que “na actualidade está em curso uma autodestruição criativa da ordem mundial ‘legítima’ dominada pelos Estados nacionais”³. A *autodestruição* é um processo espontâneo, indesmentível, que pode ser

¹ Conforme diz DAVID HELD, as condições actuais impõem “o dever de trabalhar pelo estabelecimento de uma comunidade internacional de Estados e sociedades democráticas que se comprometam a respaldar o direito público democrático dentro e fora das suas fronteiras: uma comunidade democrática cosmopolita” (*La democracia y el orden global*, ed. cit., 273). Para CARLOS DE CABO MARTÍN, “trata-se de tornar inseparável o conhecimento (neste caso, a Teoria e o Direito constitucional) de um projecto claro de emancipação social... de optar pela beligerância face ao modelo dominante” (“El tratado constitucional europeo y el constitucionalismo del Estado social”, *Teoría y Realidad Constitucional*, 19, 2007, 199). “É o que – dentro do pensamento crítico – pode chamar-se a tese do «constitucionalismo beligerante»” (idem, *Dialéctica del sujeto, dialéctica de la constitución*, ed. cit., 104).

² “A humanidade é um lobo para a humanidade”, diz ULRICH BECK, parafraseando THOMAS HOBBS no momento em que nos adverte para a “auto-ameaça civilizacional da humanidade” (*Poder y contra-poder en la era global*, ed. cit., 332).

³ Idem, *ibidem*, 18.

visto nas disjunções descritas por Held¹; mas tal autodestruição nunca será *espontaneamente* criativa. A criatividade – entendida, obviamente, na perspectiva da construção de um mundo global mais justo – exige um esforço de racionalização e dinamização das estruturas e tendências com potencial de emancipação que já fazem parte da realidade existente. E a verdade é que podemos dar conta desse esforço criativo no pensamento de uma constituição cosmopolita concebida a três níveis: estatal, supra-estatal e mundial.

A nível estatal, a primeira verdade com valor axiomático que se impõe dizer é que a *autodestruição criativa* da actual desordem mundial não comporta o eclipse do Estado. No entanto, algo terá que mudar na sua autocompreensão e opções estratégicas para que possa defender os direitos dos cidadãos contra a lógica do mercado global, lógica impiedosamente agravada pela orientação neoliberal do capitalismo. Do ponto de vista da autocompreensão, a mudança passa pelo reconhecimento do anacronismo das vestes estritamente nacionais da soberania estatal; no plano estratégico, deve o Estado, antes de mais, seguir o caminho da desterritorialização há muito tempo desbravado pela economia (“A discrepância entre o espaço do Estado, territorial por definição, e o espaço do mercado mundial, desterritorial e transnacional por definição, *apenas* pode ser vencida – na óptica dos Estados – se as actividades estatais se estenderem para além das fronteiras territoriais”²). Além disso, é preciso que os Estados se tornem entre si cooperativos (“em vez de se limitarem a uma pura e simples «coordenação de esforços» e a uma mera coexistência pacífica”³), ao mesmo tempo que se devem aliar a todas organizações civis que igualmente estejam empenhadas na promoção de um “direito

¹ DAVID HELD designa por disjunções (*disjunctures*) as várias instituições, poderes e organizações que cada vez mais contrariam a soberania monocêntrica do Estado nacional. Resumindo com palavras do próprio David Held: “As «disjunções» revelam um conjunto de forças que se combinam para restringir a liberdade de acção dos governos e dos Estados, diluindo as fronteiras da política doméstica, transformando as condições do processo de tomada de decisões políticas, alterando o contexto institucional e organizativo das comunidades políticas nacionais, modificando o quadro legal e as práticas administrativas dos governos e obscurecendo as linhas de responsabilidade e *accountability* dos próprios Estados-nação” (*La democracia y el orden global. Del Estado moderno al gobierno cosmopolita*, ed. cit., 169). Daqui resulta, segundo o referido autor, a obsolescência do conceito de soberania (estatal) cujo ciclo de vida coincidiu com o da modernidade: “A soberania tem que ser concebida hoje em dia como uma faculdade dividida entre múltiplas agências – nacionais, regionais e internacionais – e limitada pela própria natureza desta pluralidade” (ibidem).

² Idem, ibidem, 239.

³ PETER HÄBERLE, *Pluralismo y constitución. Estudios de teoría constitucional de la sociedad abierta*, Tecnos, 2002, 283. “Abertura ao mundo e solidariedade são, pois, termos-chave próprios do Estado cooperativo...” (ibidem, 285).

social humanitário internacional”¹. Segundo Häberle, o *Estado nacional «soberano»* converte-se, dessa maneira, num *Estado constitucional cooperativo*.

O que pretendemos salientar é que os meios e fins da actuação dos Estados passam a ter por referência exclusiva e comum os direitos humanos no que eles pressupõem de igualdade, liberdade, justiça e capacitação². E que, inversamente, os Estados deixam de ser compreendidos e utilizados como instrumentos de poder em proveito de interesses ilegítimos, nacionais ou internacionais. Citando Gerardo Pisarello, diremos que, numa perspectiva cosmopolita, “um primeiro passo fundamental deveria consistir na reabilitação do Estado ao serviço do constitucionalismo social e democrático. E tudo isso porque, apesar das leituras dissolventes do globalismo³ e das prematuras orações fúnebres pronunciadas em seu nome, o Estado continua a ser, realisticamente, o actor político por excelência, o espaço concreto no qual se jogam um sem número de garantias vinculadas à liberdade e à igualdade das pessoas”⁴. Da nossa parte, assumimos decididamente o optimismo metodológico dos autores que sustentam a possibilidade de uma auto-superação do Estado no que concerne às intenções e práticas da sua acção interna e do seu relacionamento externo. É nesse sentido que entendemos as palavras de Julios-Campuzano: “Se se trata de superar a *estrutura política imperial* que o capitalismo transnacional desenhou à sua medida, ter-se-á que convir que os Estados, enquanto elementos integrantes dessa *estrutura política imperial*, devem ser superados a favor de espaços mais amplos de cooperação e entendimento

¹ Idem, *ibidem*, 277.

² FERNANDO VALLESPÍN terá razão em advertir contra o “*universalismo abstracto*” destes valores: “O problema [observa ele] é a tradução do seu *ethos* em medidas de acção política concreta ...” (*El futuro de la política*, ed. cit., 220). Espera-se, porém, que a “atitude crítica e reivindicativa” dos cidadãos consiga encaminhar as medidas resultantes das decisões políticas no sentido daqueles valores. Sem essa referência axiológica, que tem dirigido todos os impulsos emancipatórios da humanidade, não há juízo de valor possível. Talvez seja sensato desconfiar das possibilidades de realização (imediate) do “projecto maximalista do iluminismo”, mas dificilmente encontraremos “mapa” melhor para nos orientarmos politicamente “num mundo em plena reestruturação e mudança”.

³ É oportuno interpolar aqui a definição que ULRICH BECK dá deste termo: “Por globalismo entendo a concepção segundo a qual o mercado mundial desaloja ou substitui o político, ou seja, a ideologia do domínio do mercado mundial ou a ideologia do liberalismo” (*Qué es la globalización? Falacias del globalismo, respuestas a la globalización*, Paidós, Barcelona, 1988, 27). BECK liberta assim a palavra *globalización* para a teoría cosmopolita.

⁴ “Globalización, Constitucionalismo y derechos: las vías del cosmopolitismo jurídico” in ANTONIO DEL CABO e GERARDO PISARELLO (editores), *Constitucionalismo, mundialización y crisis del concepto de soberanía. Algunos efectos en América Latina y en la Europa*, ed. cit., 34.

entre os homens”¹. A superação, nestes termos, consoma-se na adopção de uma “prática democrática autenticamente emancipadora”².

A transnacionalidade e trans-soberania cooperativas configuram uma nova forma de estatalidade que U. Beck designa por *Estado cosmopolita*, um Estado “cuja força consiste em projectar *outra* globalização, *outra* modernidade”³. Remetido à sua dimensão nacional, introvertido, o Estado seria incapaz de se imunizar contra os efeitos destrutivos de uma economia mundial desregulada, inteiramente subordinada aos interesses imediatos e egoístas dos detentores do capital. Pelo contrário, “a capacidade de acção do Estado, recuperada cosmopoliticamente, *amplia* as suas possibilidades de intervenção no interior e no exterior, já que actua e governa em redes transnacionais que incluem outros Estados, além de ONGs, instituições supranacionais e consórcios transnacionais. O Estado cosmopolita, pois, livre de preconceitos sobre a soberania, aproveita a inestimável cooperação de outros governos, organizações não governamentais e consórcios económicos mundiais para solucionar problemas «nacionais», ou seja, problemas que, sendo transnacionais, são prioritários no espaço nacional”⁴. Cada vez mais esses problemas (tudo o que se relaciona com os direitos humanos e com a qualidade do ambiente) são ao mesmo tempo globais, nacionais, locais e individuais e isso significa que eles devem ser atacados em todos os lugares da geografia política e humana. Assim a desnacionalização do Estado – *o abandono da axiomática nacional* – tem por significado precisamente o oposto da sua aparência: ao invés de significar uma abdicação face ao metapoder da economia globalizada, inscreve-se antes numa estratégia de *auto-autonomização* e de *repolitização da política* que deve estar ao serviço dos valores cosmopolitas da humanidade. “*Renunciar à utopia significa renunciar ao poder*”⁵. E nessa renúncia (inimaginável), estaria a morte do poder constituinte.

Convém, no entanto, chamar a atenção para o facto de que um Estado só poderá dizer-se cosmopolita se a sua extroversão assentar na observância interna dos valores que proclama no exterior. Será assim se o seu sistema constitucional assegurar a igualdade e a plenitude dos direitos democráticos de modo a que todos os cidadãos

¹ ALFONSO DE JULIOS-CAMPUZANO, *En las encrucijadas de la modernidad*, Universidad de Sevilla, 2000, 193.

² Idem, *ibídem*, 193.

³ ULRICH BECK, *Poder y contra-poder en la era global*, ed. cit., 233 (sublinhado por ele).

⁴ Idem, *ibidem*, 291.

⁵ Idem, *ibidem*, 284 (em itálico no original).

possam desenvolver as suas capacidades individuais sem restrições ilegítimas. David Held reúne esses direitos em sete constelações ou esferas de poder: cuidados de saúde, bem-estar físico e psicológico, acesso aos meios da cultura, preservação da identidade cultural, filiação em associações cívicas, participação na actividade económica, protecção contra a violência organizada e protecção ainda contra os excessos reguladores do Estado. E sendo certo que, como diz Daniele Archibugi, a democracia global não é uma consequência directa da democracia existente em cada Estado¹, a verdade é que a condição *sine qua non* para que venha a instituir-se e a consolidar-se uma *comunidade cosmopolita* democrática é que preexistam *comunidades democráticas* cosmopolitas, comunidades estatalmente organizadas que promovam a justiça material em cada uma das mencionadas constelações de direitos. Aceitamos metodicamente a hipótese transpositivista de um *direito público da humanidade* aplicável em todas as partes do mundo independentemente das disposições em vigor nos Estados, mas temos a convicção de que só pelo exemplo é que um Estado pode ser indutor de uma progressiva união de comunidades democráticas. Uma vez que seria contraditório “globalizar” antidemocraticamente a democracia², só o efeito de atracção produzido pela legitimidade – formal e material – dos Estados democráticos é que poderá fazer crescer por adesão voluntária a *comunidade das comunidades cosmopolitas*³.

¹ DANIELE ARCHIBUGI, “Democracia cosmopolita e seus críticos: uma resenha bibliográfica”, *Política & Trabalho, Revista de Ciências Sociais*, 22, Abril de 2005, 10.

² Idem, *ibidem*, 15. Também DAVID HELD: “Estaria em contradição com a própria ideia de democracia que uma ordem democrática cosmopolita fosse criada por vias não voluntárias, quer dizer, coercitivas. Para que seja legítima, a inauguração de uma ordem internacional democrática deve ser baseada no consenso” (*La democracia y el orden global*, ed. cit., 276).

³ DAVID HELD, *ibidem*, 277. Ainda há pouco confessámos o nosso optimismo metodológico que assumimos como condição subjectiva para lutar, enquanto constitucionalistas, pela formação de uma comunidade cosmopolita assente num direito público universal. Estamos, porém, prevenidos contra as ilusões de uma superioridade moral que conferisse aparente legitimidade a uma militarização do processo de formação daquela comunidade ideal. Mas é um facto que nem sempre a teoria da democracia cosmopolita consegue escapar a essas ilusões. Veja-se, por exemplo, ULRICH BECK: “A reivindicação dos direitos humanos permite não só às ONG, mas também a um grupo de Estados comprometidos com o cosmopolitismo ignorar as fronteiras e ganhar autoridade e legitimação dentro de outros Estados. Por outras palavras, o espaço de influência dos Estados cosmopolitas cooperativos cresce enormemente, já que o regime de direitos humanos converte o fragmentário espaço de poder dos Estados nacionais num espaço de poder sem fronteiras (...) Neste sentido, as novas forças armadas são, em virtude dos seus objectivos e da sua forma de mobilização, as pioneiras das forças armadas cosmopolitas, o novo híbrido do «humanismo militar», os «Exércitos de Salvação» por assim dizer (agora realmente secularizados)” (ULRICH BECK, *Poder y contra-poder en la era global*, ed. cit., 108 e 117; em itálico no original). Mesmo com boas propostas de regulação e excepcionalidade para as intervenções militares, como as que DAVID HELD apresenta (*Global covenant. The social democratic alternative to the Washington consensus*, Polity Press, Cambridge, 2008), é praticamente impossível evitar a parcialidade na definição da “causa justa” em situações concretas. Em abstracto, aceita-se que TONY BLAIR pretenda ser “implacável contra o crime e as causas do crime” (*ibidem*, 144); no concreto, como evitar que o combate ao crime não se transforme ele mesmo num crime?

Muito naturalmente, ninguém deixará de atribuir o estatuto de uma metaconstituição à Carta das Nações Unidas (o *ius cosmopolitanum* de Kant), nem de ver na ONU a organização – mandatada pelo poder constituinte mundial (“Nós, os povos das Nações Unidas”) – para cumprir os compromissos da Carta: *preservar as gerações futuras do flagelo da guerra* e promover uma política interior mundial baseada *nos direitos fundamentais do homem, na dignidade e no valor da pessoa humana, na igualdade de direitos dos homens e das mulheres*. É, no entanto, evidente que a prova empírica da história não consente uma avaliação positiva deste terceiro anel de organização constitucional da sociedade mundial. Com efeito, desde o princípio que a guerra-fria converteu a ONU e o Conselho de Segurança em palcos da feroz competição geoestratégica entre os dois blocos que polarizavam o globo. E, nesse contexto, pouca força normativa foi deixada à Carta fundadora ou à Declaração Universal dos Direitos Humanos. Mas nada melhorou com o fim da guerra-fria, já que a concentração do poderio militar numa única potência, facto que inegavelmente determinou a actual forma da globalização, teve por consequência uma maior subalternização do papel pacificador das Nações Unidas e uma também maior instrumentalização da pregação dos direitos humanos. Seja como for, são ainda a ONU e a Carta as referências a ter em conta para a concepção de um modelo alternativo ao legado de Westefália.

Nesse sentido, David Held acredita que a ONU poderia recuperar as suas virtualidades cosmopolitas se, em complemento dela, fosse criada uma assembleia representativa, desta feita já não dos Estados, mas dos povos e dos movimentos sociais de todo o mundo, muitos deles em conflito com os regimes políticos dos respectivos países¹. Segundo o referido autor, as regras operatórias dessa assembleia seriam estabelecidas por uma *convenção constitucional internacional* para a qual concorreriam

¹ No mesmo sentido, lembra DANIELE ARCHIBUGI: “O sonho de um Parlamento mundial electivo que representasse os povos da Terra, mais do que os governos, é tão antigo quanto ambicioso”. Convicto de que tal sonho pode tornar-se realidade, o autor transfere para nível global a experiência parlamentar dos Estados nacionais: “Uma assembleia parlamentar mundial (Apm) resolveria os problemas da representatividade e da legitimidade existentes em qualquer projecto de democracia global, porque colocaria o poder nas mãos de um organismo que representaria todos os habitantes da Terra (...) As suas competências poderiam ser bastantes amplas, dado que seria uma tribuna destinada a debater os principais problemas mundiais, como o desenvolvimento económico e social, a defesa dos direitos humanos, a promoção da participação política, a protecção do ambiente. A Apm poderia iniciar-se como órgão consultivo da Assembleia Geral, do CdS [Conselho de Segurança], dos outros órgãos da ONU e das várias organizações internacionais, com competência, por conseguinte, de orientação. E se bem que privada de poderes efectivos, seria a prova visível e palpável da institucionalização dos cidadãos do mundo” (DANIELE ARCHIBUGI, *Cittadini del mondo. Verso una democrazia cosmopolitica*, ed. cit., 171-172). Para trás já D. ARCHIBUGI deixara as suas réplicas aos críticos que, como ROBERT DAHL e RALF DAHRENDORF, expuseram o seu forte cepticismo sobre a viabilidade de uma democracia global (ibidem, 126 e ss.).

os Estados, as organizações intergovernamentais (OIGs), as organizações não governamentais internacionais (ONGI), as associações cívicas e os movimentos sociais. A partir daí, passaria a existir “um centro de autoridade internacional disponível para examinar todos os problemas globais que condicionam a possibilidade da própria implementação do direito democrático cosmopolita – por exemplo, as enfermidades, a provisão e distribuição de alimentos, a dívida do ‘Terceiro Mundo’, a instabilidade das centenas de bilhões de dólares que circulam diariamente por todo o globo, o aquecimento da Terra e a redução dos riscos das guerras nucleares e químicas”¹.

Neste quadro organizativo, não deixaria de ser pertinente a proposta de Gerardo Pisarello de um constitucionalismo à escala mundial baseado em quatro contratos: *um contrato global para a satisfação das necessidades básicas*, enquanto condição de garantia da extensão do valor da dignidade humana a todas as regiões do mundo; *um contrato global para a paz, a tolerância e o diálogo entre culturas*, que não ceda lugar a nenhuma pretensão de hegemonia (“Isto suporia, antes de mais, abordar uma progressiva desmilitarização e desburocratização de todos os Estados – e não só dos débeis em benefício dos fortes – (...). Suporia, além disso, substituir as respostas repressivas e excludentes aos fenómenos massivos de refugiados e imigrantes periféricos por uma progressiva desvinculação dos critérios nacionais na atribuição da cidadania social e política”); *um contrato planetário para um desenvolvimento sustentável*, que responda adequadamente à preocupante constatação de que “os sistemas socioeconómicos humanos cresceram numa relação irracional com a biosfera que os contém, desencadeando uma crise ecológica que globaliza, aqui sim, os riscos para todos os habitantes do planeta”; e, por fim, *um contrato global democrático para*

¹ DAVID HELD, *La democracia y el orden global*, ed. cit., 325. Alguns passos da solução preconizada por D. HELD merecem-nos crítica. Um exemplo é a moratória por ele dada à implementação dos direitos sociais, justificando por razões de disponibilidade financeira as diferenças de tratamento de que continuarão a ser vítimas os povos dos países menos desenvolvidos: “ainda que o quadro legal da democracia cosmopolita estabeleça o princípio axial da política pública, alguns dos seus componentes não poderão satisfazer os níveis alcançáveis (para não falar dos ideais) a curto prazo, nem sequer nos países mais prósperos. A implementação dos direitos sociais, saúde e bem-estar, por exemplo, requer abundantes recursos financeiros que podem não estar sempre disponíveis.... Por conseguinte, os direitos terão que dividir-se em três categorias...” (ibidem, 326). Outro exemplo tem a ver com sinais de etnocentrismo cultural que parecem justificar a manutenção do estado de guerra preventivo (e activo). Considera D. HELD que é “perigosamente optimista” pensar num mundo sem armamento, “porque, ao privar o modelo cosmopolita de recursos coercitivos, não se poderá repelir os ataques tirânicos contra os direitos democráticos. Uma das lições mais perduráveis do século XX deve ser a de que a história não está encerrada e que os avanços humanos não são mais do que conquistas extraordinariamente frágeis. Além do mais, o fascismo, o nazismo e o estalinismo por pouco não liquidaram a democracia ocidental há apenas cinquenta anos. Sem os meios para executar a lei, o quadro institucional de uma nova ordem internacional democrática resulta inconcebível” (ibidem, 327-328). O perigo pode estar escondido no autoconceito idealizado de *democracia ocidental*.

um novo regime político internacional que projectasse “as exigências constitucionais e democráticas dos Estados para instâncias federais que permitissem fortalecer os sistemas regionais de protecção dos direitos humanos...”¹.

Reconhecida a importância indelével de uma superestrutura que tornasse exequíveis contratos deste género ou, doutra forma dito, que funcionasse a nível global a favor da paz e da realização e universalização dos direitos humanos (direitos civis, políticos, económicos, sociais e culturais), é bom descer do céu à terra e tomar consciência de que é sobre o solo firme do Estado constitucional que é possível edificar uma *boa sociedade* cosmopolita². A globalização ofereceu-nos, sem dúvida, a possibilidade de desfrutarmos de várias cidadanias, mas tem exigido por troca a astenia política da sociedade civil nacional e o esvaziamento do próprio estatuto de cidadania. Ora, se queremos evitar o efeito de retroacção do *défice democrático* das instituições supranacionais sobre as nacionais; se queremos, ao invés disso, inocular mais legitimação nessas instituições, o único meio consiste em reforçar as práticas da cidadania nacional potenciadas e reguladas pela constituição do Estado democrático. “A constitucionalização débil e desestatalizada continua a depender da legitimação procedente das ordens constitucionais centradas no Estado. Só nestas a parte organizativa da Constituição assegura aos cidadãos um acesso igualitário às decisões politicamente vinculativas do governo, através dos espaços públicos institucionalizados, das eleições, dos parlamentos e outras formas de participação. Só no seio dos Estados democráticos constitucionais existem disposições legais para uma inclusão igualitária dos cidadãos no processo de legislação. Aí onde faltam estas disposições, como sucede nas constituições supranacionais, existe sempre o risco de que os interesses «dominantes» em cada caso se façam valer hegemonicamente sob a cobertura de leis que regem imparcialmente”³.

Sabemos que Habermas coloca a “verdade” da justiça nas condições formais ideais da comunicação. Na hipótese, muito pouco provável (*Kontrafaktisch*), de uma discussão pública na qual os participantes não estivessem sujeitos a nenhuma espécie de coacção, excepto à “coacção não coactiva do melhor argumento”, a decisão consensual

¹ “Globalización, constitucionalismo y derechos: las vías del cosmopolitismo jurídico”, loc. cit. 37 e ss..

² Como bem observa PEDRO de VEGA, “a ninguém se oculta que a conversão dos homens em cidadãos do mundo, sem o estabelecimento dos contextos políticos nos quais efectivamente possam exercer e fazer valer essa cidadania, só serve para proclamar insolente e falsamente a aparição de uma sociedade civil universal sem Estado, como sucedâneo e compensação histórica do alarmante fenómeno de um Estado que está a ficar sem sociedade civil” (“Mundialización y derecho constitucional”, loc. cit., 17).

³ JÜRGEN HABERMAS, *El Occidente escindido*, ed. cit., 138.

que daí emanasse seria necessária e objectivamente justa. Segundo a doutrina deste autor, toda a lei que fosse resultado de uma interacção comunicativa sem constrangimentos nem distorções ideológicas só poderia ter por conteúdo e objectivo o interesse geral¹. Nesta perspectiva, o que as constituições estatais estão em condições de fornecer às não estatais é uma base de legitimidade assente nas formas democráticas de deliberação e representação que só ao nível do Estado são viáveis. “Por isso, o padrão normativo das constituições desestatalizadas deve permanecer conectado, pelo menos indirectamente, aos fluxos de legitimação dos *Estados* constitucionais, se pretende ser algo mais do que uma fachada do direito hegemónico”². Já tivemos, no entanto, a oportunidade de manifestar as nossas reservas quanto à utopia dos processos, pensando nós que o modelo da legitimação através de procedimentos democráticos, mesmo remetendo para a ideia regulativa de uma situação ideal de diálogo (*ideale Sprechsituation*), não serve para ultrapassar os limites do constitucionalismo liberal.

O que o Estado deve exportar para os níveis supranacionais de decisão não é (ou não é apenas) “a força produtora de legitimidade dos procedimentos” internos, mas o exemplo prático da superação das situações de opressão e exclusão social realmente vividas e agudizadas pela globalização dos mercados. É o negativo dessas situações que revelam a “verdade” da justiça. Por isso entendemos com Gilles Bréton (citado por Pedro de Vega³) que o Estado deve ser o espaço político onde os cidadãos, em nome da justiça, possam formular as suas reivindicações. Porque é (sobretudo) nesse espaço próximo que as reivindicações mais urgentes podem ser escutadas por quem tem o compromisso constitucional de providenciar a adequada solução política. E justamente aí onde se luta corpo a corpo pela justiça social, pelos direitos e liberdades universais, aí onde se luta contra uma dominação identificada e presente, é que vemos o poder constituinte em pessoa. Se, como observa Habermas, a desestatalização torna débeis as constituições supranacionais, o mesmo terá que acontecer com o poder constituinte que as sustenta. Diremos então que, inversamente, só no espaço político do Estado o poder constituinte conserva a sua energia emancipadora.

¹ Algo semelhante pensava ROUSSEAU: “Se, no momento em que o povo devidamente informado delibera, os cidadãos não trocassem nenhuma comunicação entre eles, do grande número de pequenas diferenças resultaria sempre a vontade geral e a deliberação seria sempre boa” (*Du contrat social*, II, III). A condição posta aos cidadãos de não trocarem entre si opiniões sobre a matéria da votação visava, como facilmente se depreende, evitar o constrangimento e a distorção ideológica que fizessem parecer geral o interesse particular.

² JÜRGEN HABERMAS, *El Occidente escindido*, ed. cit., 137.

³ “Mundialización y derecho constitucional”, loc. cit., 17.

7. O poder (auto)constituente do povo é, sempre foi e sempre será, o poder constituinte dos *ainda não* emancipados

É tempo de avançarmos para uma conclusão que seja o ponto de chegada desta nossa longa viagem. E o que agora ousamos dizer é que chegámos ao fim do nosso percurso com mais incentivo e capacidade para integrar “a resistência tenaz daqueles que se negam a prescindir do legado histórico forjado nas lutas pela liberdade e igualdade jurídica, pela democracia, pela redistribuição social e igualdade substancial”¹. Sempre interpretámos essas lutas como sendo o modo e o sentido das manifestações do poder constituinte. Na sua origem está um impulso inexaurível de emancipação que se vai traduzindo na eliminação progressiva ou revolucionária dos poderes fácticos e na subsequente *juridificação* e *politização* dos valores e aspirações comuns a *todo o mundo humano*. Sublinhamos esta nossa convicção tomando de empréstimo as palavras com que Luigi Ferrajoli faz semelhante constatação: “Pode afirmar-se que, historicamente, todos os direitos fundamentais foram estabelecidos, nos distintos textos constitucionais, como resultado de lutas ou revoluções que, em cada ocasião, romperam o véu de normalidade e naturalidade que ocultava uma precedente opressão ou discriminação: dos direitos de liberdade aos direitos dos trabalhadores, dos direitos das mulheres aos direitos sociais. Sempre estes direitos foram conquistados como limitações de correlativos poderes e em defesa de sujeitos mais débeis contra a lei do mais forte – igrejas, soberanos, maiorias, aparelhos policiais ou judiciais, empresários, poderes paternais ou maritais...”².

¹ MIGUEL ÁNGEL GARCÍA HERRERA, “El Tratado de Lisboa o Europa sin europeos”, loc. cit., 25.

² LUIGI FERRAJOLI, *Democracia y garantismo*, ed. cit., 51-52. Algumas páginas adiante o autor acrescenta (assinalando o que para nós é a verdadeira obra do poder constituinte, a obra pela qual se identifica inequivocamente o seu autor): “A história do Estado de direito, do constitucionalismo democrático e dos direitos humanos pode ser lida como a história de uma larga luta contra o absolutismo do poder, isto é, contra essa «liberdade selvagem» – fonte de guerras internas e externas, de desigualdades e de onipotência da lei do mais forte – de que fala Kant como própria do estado de natureza. Neste processo de limitação e regulação dos poderes foi derrotado em primeiro lugar o absolutismo dos poderes

A universalidade dos direitos (*do homem e do cidadão*), postulado axiológico e motivacional das revoluções setecentistas, pode ser expressa, de acordo com uma recorrente proposta de Étienne Balibar, na “proposição da igualdade” (*egaliberté*). “Uma tal proposição não se contenta com o facto de pôr a unidade do género humano e o valor originariamente igual de todos os indivíduos que o compõem, mas ela também enuncia que a instituição política tem por fim garantir o respeito efectivo dos direitos humanos, que são a sua norma imanente. É neste sentido que as declarações fundadoras, do mesmo modo que os textos constitucionais que delas derivam, identificam fundamentalmente as noções de «sociedade», de «povo» e de «nação». Elas desembocam na ideia de que, potencialmente pelo menos, «todo o homem é cidadão» (aí onde historicamente possa sê-lo)”¹.

Com a aglutinação da igualdade e da liberdade, pretende o referido autor sublinhar um fundamental pressuposto que as constituições revolucionárias assimilaram dos textos filosóficos e das declarações de direitos, a saber, que não existe igualdade sem liberdade nem esta sem aquela². São ambas *incondicionais*³. Não são, contudo, realidades emergentes por geração espontânea, quer dizer, que existam *ab initio*, a partir do momento em que o povo se constituiu como povo político. Bem, pelo contrário: aquela proposição remete para um processo sempre inacabado e não linear de conquistas evolutivas. Assentando nesta observação empírica, É. Balibar concebe *a*

públicos: dos poderes políticos, através da divisão dos poderes, da representação, da responsabilidade política e do princípio da legalidade; do poder judicial, através da sua sujeição à lei e pelo desenvolvimento das garantias penais e processuais; dos poderes administrativos e policiais, através da afirmação do princípio da legalidade e do controlo jurisdicional que opera sobre eles. De seguida, foi-se reduzindo progressivamente o absolutismo dos poderes económicos e empresariais através da legislação sobre o trabalho, das garantias dos direitos dos trabalhadores e das regras da tutela da concorrência e da transparência dos negócios. E diminuiu o absolutismo do poder doméstico através das reformas do direito de família e da afirmação da igualdade entre homens e mulheres. Em todos estes casos os direitos fundamentais se configuraram ao mesmo tempo como leis do mais débil e como contrapoderes, limites e vínculos em relação a poderes de outro modo absolutos” (ibidem, 58).

¹ ÉTIENNE BALIBAR, *Nous, citoyens d'Europe? Les frontières, l'État, le peuple*, Éditions La Découverte, Paris, 2001, 103.

² Segundo BALDASSARRE, “a base axiológica da renovada concepção da «dignidade humana» não é certamente a abstracta liberdade do homem isolado do «direito da razão», mas antes a ideia fundamental da *equal liberty*, da liberdade igual” (“Diritti sociali”, *Enciclopedia giuridica*, Instituto della Enciclopedia Italiana, 6). Recorde-se que já ROUSSEAU considerava os dois princípios indissociáveis: “Se averiguarmos em que consiste precisamente o maior de todos os bens que deve ser a finalidade de todo o sistema de legislação, veremos que ele se resume a dois objectivos principais: a *liberdade* e a *igualdade*. A liberdade porque toda a particular dependência é força retirada ao corpo do Estado; igualdade porque a liberdade não pode existir sem ela” (*Du Contrat Social*, II, XI).

³ Necessariamente, BALIBAR contrasta esta afirmação com a *Teoria da Justiça* de RAWLS (*A Theory of justice*, Cambridge Mass, 1971), onde vai estabelecida uma *ordem de prioridades* que faz da liberdade um valor incondicional e da igualdade um valor somente condicional.

política (no sentido que diz ser o da *Politeia* de Aristóteles: *constituição-de-cidadania*¹) como o modo político da autodeterminação de um povo (*demos*) que historicamente se constitui pelo reconhecimento e instituição dos seus direitos. “Quaisquer que sejam, de facto, as condições nas quais se encontrem colocados os indivíduos, as colectividades ou comunidades susceptíveis de se reconhecerem como sujeitos políticos, e quaisquer que sejam as causas das restrições aplicadas à liberdade e à igualdade, elas são por esse simples facto ilegítimas: a sua abolição é imediatamente exigível. Na interpretação mais profunda desta situação, não se trata tanto de afastar um poder opressivo exterior como *suprimir o que separa o povo dele mesmo* (da sua própria autonomia)”².

O sentido originário da *política* consiste, pois, na abolição das causas “ilegítimas” dos défices reais da *igualdade*, o que converte a história num processo de luta pela emancipação. Uma luta que diz respeito aos que objectivamente sofrem tais défices, sendo certo que eles não podem (quer dizer, não devem) ficar à espera de ser emancipados por concessão piedosa dos beneficiários das desigualdades existentes. “Os direitos que formam o conteúdo da igual liberdade e a materializam são por definição direitos individuais, direitos das pessoas. Mas não podem ser outorgados, eles devem ser conquistados, e não se conquistam senão colectivamente”³. Lembrando Karl Marx: “a emancipação dos trabalhadores deverá ser obra dos próprios trabalhadores”⁴).

A “proposição da *igualdade*” exprime uma ideia transcendental, um ideal; não assinala nem o princípio nem o fim da história. Por conseguinte, a luta pela emancipação não visa nem o regresso a um paraíso perdido nem a instauração de uma ordem jurídica definitivamente justa. Os direitos que lhe dão conteúdo, bem como o próprio conteúdo desses direitos, são realidades ou possibilidades históricas: representam progressos culturais de um povo constituinte em permanente devir (e, portanto, jamais exaurido). A história da *politeia* é um processo inacabado e inacabável, “precisamente devido ao deslocamento incessante das condições nas quais se coloca o problema da instituição da cidadania e o da sua relação com o ‘poder do povo’, formalizado em determinada altura como *soberania do povo*”⁵. Balibar partilha esta sua

¹ ÉTIENNE BALIBAR, *Derecho de ciudad. Cultura y política en democracia*, ed. cit., 187.

² Idem, *La crainte des masses*, Galilée, Paris, 1997, 21.

³ Idem, ibidem, 22. No mesmo sentido, observa PISARELLO: “A própria experiência histórica ensina que o reconhecimento de direitos nunca foi o produto de pacíficas e gratuitas concessões vindas de cima” (“Globalización, Constitucionalismo y derechos: las vías del cosmopolitismo jurídico”, loc. cit., 52).

⁴ KARL MARX, “Status généraux de l’Association Internationale des Travailleurs”, in *Oeuvres choisies*, 2, Éditions du Progrès, Moscou, 1970, 14.

⁵ ÉTIENNE BALIBAR, *Derecho de ciudad. Cultura y política en democracia*, ed. cit., 182.

perspectiva evolucionista com Olivier Beaud para quem a constituição *moderna*, com origem nas revoluções, marca um estágio superior face à constituição *antiga*. “Ele prolonga esta linha de evolução ao sugerir que o surgimento de um Estado que a si mesmo se define como ‘social’ representa o começo de um *terceiro tipo* ou *terceira idade* da constituição (...) Não se trata já, com efeito, de codificar a relação formal entre a extensão dos poderes públicos e as liberdades individuais ou colectivas (por exemplo, o direito das minorias), mas a materialidade das suas *intervenções* na reprodução das condições de existência dos indivíduos e na conservação do próprio «laço social»”¹.

Mas não é apenas pela produção de novos conteúdos jurídicos que o povo evolui: é também pela inclusão dos excluídos na “comunidade dos cidadãos”, pela exclusão da exclusão. O povo evolui quando uma parte ainda não abrangida pela universalidade do direito repudia com êxito a sua situação. “Esta parte (que se torna inevitavelmente um *partido*: o partido do universal ou o partido da abolição das particularidades e das classes) apresenta-se então, não somente como o porta-voz mais activo da cidadania, mas como a fracção que é susceptível de fazer valer a sua própria emancipação como o *critério* da emancipação geral...”². Os grupos sociais (ou até, simplesmente, as pessoas) que protagonizam a reclamação dos princípios da igualdade e da justiça nas realizações do direito – assim travando a sua *luta pelo reconhecimento* – vão variando sociologicamente no decurso da história. Mas, em cada caso, eles representam, na sua força propulsora, *o povo do povo* (É. Balibar). Ou, na expressão de Cabo Martín, os *sujeitos colectivos débeis*³. Nós poderíamos dizer que eles são, no *tempo metamórfico do direito* (F. Ost) e nos espaços contextuais da vida quotidiana, a vanguarda conjuntural do poder constituinte do Povo.

Ao associarmos o poder constituinte a uma vontade de emancipação, estamos a dizer que ele pressupõe uma situação de dominação ainda não superada. Isto

¹ Idem, *ibidem*, 184.

² Idem, *La crainte des masses*, ed. cit., 24.

³ O princípio constitucional da solidariedade (no Estado social) prescreve a *entrada na constituição* dos grupos sociais mais débeis. E isso quer também dizer que a constituição do Estado social, enquanto *constituição dos débeis* (que são a maioria), prescreve o contrário do constitucionalismo débil que é próprio do liberalismo ou do neoliberalismo. “Daí que o desenvolvimento das potencialidades da Solidariedade como princípio constitucional nesta matéria tenha por objectivo transformar esse ‘constitucionalismo débil’ num ‘constitucionalismo forte’, deduzindo todas as possibilidades que alberga, não tanto o uso alternativo da constituição (...), como as que se contêm no que se pode considerar como ‘constituição alternativa’ e que tem como base este outro pressuposto teórico: no constitucionalismo do Estado social toda a situação de desigualdade que se traduza numa situação de debilidade deve ter relevância constitucional” (CARLOS DE CABO MARTÍN, *Teoría constitucional de la solidaridad*, ed. cit., 64).

implica, conseqüentemente, colocar o poder constituinte do lado dos oprimidos. Ora, o que a história dos historiadores tem dado a conhecer é somente o poder constituinte dos vencedores. Segundo Walter Benjamin, é com esses "que entra em empatia o historiador historicista". Aqui não se pretende que a empatia dos juspublicistas vá para os vencidos, desde logo se estes eram os opressores da ordem jurídica anterior, mas que a escolha recaia sobre os que foram menos contemplados pela nova ordem, se é que não foram dela excluídos pura e simplesmente. O poder constituinte emancipador, entendido numa perspectiva metapolítica e meta-histórica (perspectiva ética ou antropológica), será, para nós, o poder constituinte dos oprimidos.

Para tornar mais compreensível o conceito de poder constituinte emancipador que temos em mente (o *poder constituinte autêntico*), é preciso dizer que ele se afasta daquilo a que B. Sousa Santos designa por *ortodoxia conceptual*. E esse afastamento concerne, desde logo, à própria semântica da palavra emancipação: "é óbvio que só por uma simplificação grosseira poderemos falar de emancipação social. Na prática, a transição paradigmática irá traduzir-se em emancipações sociais"¹. Saber-se-á hoje, com saber de (dolorosa) experiência feito, que o ideal de uma sociedade emancipada não se realiza de uma só vez, em todo o lado, e num qualquer momento datável da história. Aceitaremos, assim, trocar a macro-história por micro-histórias, a racionalidade global por uma "miríade de mini-racionalidades"² e, subseqüentemente, a emancipação global por emancipações locais. Com a firme convicção, porém, de que o sentido racional dessas micro-histórias e micro-racionalidades está, em última instância, na hipótese transcendental de uma emancipação humana global. Pode ser que esta nunca aconteça – e seguramente nunca acontecerá. Mas Kant fez-nos perceber a importância dessa crença que, segundo ele, é racional precisamente pelo seu efeito mobilizador.

Lyotard, no seu anti-iluminismo, presume que a renúncia à ilusão das metanarrativas unificadoras nos colocará a salvo do terror das experiências totalitárias: "O século XIX e o século XX saciaram-nos de terror. Já pagámos o suficiente pela nostalgia do todo e do uno..."³. É, no entanto, necessário estarmos conscientes de que não se ganhará maior segurança colocando a teoria do desenvolvimento histórico sob a

¹ BOAVENTURA SOUSA SANTOS, *A crítica da razão indolente, contra o desperdício da experiência*, Edições Afrontamento, Porto, 2000, 309.

² Idem, *Pela mão de Alice. O social e o político na pós-modernidade*, Edições Afrontamento, Porto, 1994, 91.

³ JEAN-FRANÇOIS LYOTARD, *O pós-moderno explicado às crianças*, Publicações Dom Quixote, Lisboa, 1987, 27.

presunção oposta de uma "irracionalidade global", como, por exemplo, aquela que Maihoffer vislumbra na totalidade do mundo: "Hoje duvidamos da nossa concepção tradicional de Deus na medida em que se torna mais penetrante a nossa visão das monstruosidades da natureza, com a sua diabólica crueldade que o pior espírito não poderia imaginar mais perfeita e mais perfidamente. Um olhar sobre o mundo deixa-nos ver a monstruosidade e o aspecto inquietante das leis que actuam nele, leis às quais o homem também está submetido"¹. O que Maihoffer oferece não é indubitavelmente senão uma fonte metafísica de más desculpas para injustiças que têm causa humana e remédio político.

É por isso que, embora sem subestimar o alerta lançado por Karl Popper contra a vocação totalitária dos *utopismos*, continuaremos, por nosso lado, a preferir as metanarrativas ao vazio axiológico deixado pela sua ausência. Trata-se, pois, de uma opção epistemológica, eticamente assumida, o facto de interpretarmos com Habermas, o curso dialéctico da história como um processo de aprendizagem orientado para a emancipação. Será isso certamente uma ilusão, mas ela é uma ilusão *necessária* no sentido kantiano. O ideal de uma humanidade universalmente libertada do fenómeno da dominação é um fundamento de sentido e um critério de validade para todas as normas da interacção humana, mormente as que se exprimem na ordem jurídico-política. Só por referência a esse objectivo último – intangível, mas irrenunciável – é que se poderá julgar do carácter emancipador ou alienante, progressivo ou regressivo, de qualquer projecto constituinte.

Esta posição permite-nos ultrapassar a visão simplesmente negativa do poder constituinte que nos era oferecida por Toni Negri ou que nós detectámos na figura do *soberano negativo*. Reforça-se em nós a convicção de que o poder constituinte não se define por uma reacção cega, sem finalidade construtiva, às arbitrariedades malévolas dos poderes constituídos, mas por aquilo que positivamente faz para construir uma sociedade emancipada das múltiplas facetas da opressão e da dominação (“A história do Estado de direito, do constitucionalismo democrático e dos direitos humanos pode ser lida como a história de uma larga luta contra o absolutismo do poder...”²). O fim não está à vista, mas os passos da nossa história podem e devem ser teleguiados por ele. É com esse sentido que interpretamos a *transição paradigmática* a que se refere B. Sousa

¹ W. MAIHOFFER, “El derecho natural como derecho existencial”, *Anuario de Filosofía del Derecho*, IX, 4, 1962, 24.

² Ver *supra* citação de LUIGI FERRAJOLI.

Santos: um processo de transformação social que tem sentido, ainda que não tenha termo. "Na prática, a transição paradigmática irá traduzir-se em emancipações sociais (...) Seja como for, à medida que a transição paradigmática progredir, as lutas emancipatórias deixarão de combater as formas de regulação social que agora existem para combaterem as novas formas de regulação entretanto surgidas das próprias lutas emancipatórias paradigmáticas"¹. Poderemos não saber adiantar a configuração das novas formas de regulação, mas sabemos para que objectivo se encaminha a nossa *pulsão utópica*: "Em cada um dos espaços estruturais, o paradigma emergente constrói-se a si mesmo através de uma tripla transformação: a transformação do poder em autoridade partilhada; a transformação do direito despótico em direito democrático; a transformação do conhecimento-regulação em conhecimento-emancipação"².

Admitimos sem dificuldade que o ciclo de vida do poder constituinte na sua expressão revolucionária, aí onde se consolidou o Estado de direito (e aí somente), chegou ao fim. Afinal, a revolução acabou, não embora quando Napoleão quis, mas quando se tornou verdadeiramente impensável a existência de um governo não vinculado aos princípios da democracia formal. Actualmente, as questões formais da democracia dirão apenas respeito à necessidade do seu aperfeiçoamento e tal será tarefa, não para um poder constituinte fundador, mas para um poder de revisão constitucionalmente regulado (poder constituinte *constituído*). Mas a intenção originária da democracia não se esgota nas garantias da legalidade constitucional. Rejeitamos a identificação reducionista do conceito de democracia com o modelo liberal representativo do Estado de direito, porque, como vimos, ele não inibe (diríamos que, em muitos casos, promove) as práticas "legais" da dominação. Os direitos humanos, em

¹ *A crítica da razão indolente, contra o desperdício da experiência*, ed. cit., 309.

² *Ibidem*, 309. Segundo BOVENTURA SOUSA SANTOS (o. c., 253 e ss.), não existem lugares privilegiados para o combate às injustiças que se manifestam nas relações de poder. Partindo desta premissa, ele desenha um mapa descritivo no qual distingue seis espaços que tanto são a matriz das múltiplas dimensões de desigualdades e opressões que aí se produzem como são a matriz das lutas emancipatórias que, também aí, em réplica, se desenvolvem. Esses espaços são os seguintes: o *espaço doméstico* ("conjunto de relações de produção e reprodução da domesticidade e do parentesco ..."); o *espaço da produção* ("conjunto de relações sociais desenvolvidas em torno da produção de valores de troca económicos e de processos de trabalho, de relações de produção em sentido amplo ..."); o *espaço do mercado* ("conjunto de relações sociais de distribuição e consumo de valores de troca através das quais se produz e reproduz a mercadorização das necessidades e dos meios de as satisfazer"); o *espaço da comunidade* ("constituído pelas relações sociais desenvolvidas em torno da produção e reprodução de territórios físicos e simbólicos e de identidades e identificações com referência a origens ou destinos comuns"); o *espaço da cidadania* ("conjunto de relações que constituem a «esfera pública» e, em particular, as relações de produção da obrigação política vertical entre os cidadão e o Estado"); o *espaço mundial* ("matriz organizadora dos efeitos pertinentes das condições e das hierarquias mundiais sobre os [outros espaços internos]").

todas as suas dimensões, não transitam do plano das declarações para o da realidade pelo simples facto de existirem constitucionalizadas as condições formais para a sua realização. Ora, é precisamente na exigência inabdicável dessa transição que o *povo perpétuo* (o povo universal e, em cada circunstância, o *povo do povo*) manifesta a sua soberania como *poder constituinte permanente*.

Adquirido este ponto de vista, estaremos perante uma nova autocompreensão do poder constituinte. Talvez seja correcto dizer com palavras de Ulrich Beck que o poder constituinte passou da política à subpolítica. "A subpolítica significa, portanto, configurar a sociedade *a partir de baixo*"¹. Não se trata de um poder organizado, com consciência de si, portador de um projecto e muito menos de um programa, em busca de meios estatais para impor a todo o corpo social os seus valores e concretizar as suas aspirações, porventura não universalizáveis. Antes se trata de pessoas que, no mundo da vida, implicadas em qualquer sistema de relações sociais, de forma sistemática ou circunstancialmente, exigem mais direito onde ele é ainda pouco, direito mais justo onde ele é ainda torto e maior aplicação do direito justo onde ele é ainda pouco eficaz².

Trata-se, afinal, de um poder constituinte que existiu sempre, antes, durante e depois das revoluções constitucionais. É poder constituinte porque, subestimado embora pelos *historiadores historicistas*, é ele que, directa ou indirectamente, mais depressa ou mais devagar, muitas vezes a uma enorme distância no tempo, acaba por provocar os decisivos saltos emancipatórios da história. Podemos vê-lo a manifestar-se, por exemplo, nas medievas lutas de libertação dos camponeses que tiveram resultados adiados até à decisão constituinte tomada na noite de 4 de Agosto de 1789; ou ainda a manifestar-se na luta pela igualdade de direitos políticos no interior das cidades medievas que só veio a ter expressão de âmbito nacional no constitucionalismo moderno; ou, noutros exemplos mais recentes vindos dos Estados Unidos da América, a manifestar-se no movimento das mulheres sufragistas, no trágico episódio das operárias

¹ ULRICH BECK, "La reinención de la política: hacia una teoría de la modernización reflexiva", in U. BECK, A. GIDDENS y S. LASH, *Modernización reflexiva. Política, tradición y estética en el orden social moderno*, Alianza Editorial, Madrid, 1997, 39.

² Podemos associar-nos às palavras de GOMES CANOTILHO: "A nosso ver, a reflexividade pós-moderna não elimina a compreensão racional da modernidade constitucional. A consciência projectante dos homens e a força conformadora do direito permanecem como *background* filosófico-político do constitucionalismo moderno. A constituição de um estado de direito democrático terá de continuar a propor uma melhor organização da relação homem-mundo e das relações intersubjectivas (entre e com os homens) segundo um projecto-quadro de «estruturas básicas da justiça»" (*Direito Constitucional e Teoria da Constituição*, ed. cit., 1371).

de 8 Março, hoje comemorado como dia mundial da mulher, e na luta dos negros pelo reconhecimento dos seus direitos humanos. Os objectivos destas lutas foram – ao menos formalmente – alcançados mediante consagração constitucional em todos os países onde as lutas se desencadearam.

É este poder constituinte de emancipação que começa a emergir na hora em que, com tanta segurança, se tem anunciado a morte do poder constituinte das revoluções fundadoras. Sem deixar de reconhecer a importância dos fenómenos de poder e de direito que se desenvolvem fora do poder e do direito estatais, cremos que a luta pela emancipação não pode dispensar a cobertura e o incentivo da legalidade constitucional. Se no *espaço doméstico*, por exemplo, existem relações revestidas de uma juridicidade lateral àquela que tem raiz no poder do Estado e se o direito que assim funciona é reprodutor de condições desiguais "dado que assenta em desigualdades de base patriarcal", então é bom que a constituição o torne inequivocamente ilegítimo. É o que faz a Constituição da República Portuguesa (CRP) prescrevendo no artigo 36º a igualdade dos cônjuges em direitos e deveres. E o mesmo se poderia dizer relativamente às interacções que se processam noutros espaços estruturais. Assim, dito ainda a título de exemplo, se o poder sexista se projecta em termos de desigualdade nos lugares de trabalho, é bom que a constituição enuncie, como faz a CRP no artigo 13º, que ninguém pode ser, em domínio algum, discriminado por razões de sexo. A constituição é o modo jurídico de expressar a vontade emancipadora do poder constituinte.

Conclusões

1. As mudanças de paradigma não ocorrem por geração espontânea. As rupturas revolucionárias que fizeram emergir o Estado constitucional foram o ponto de chegada de um processo de transformações que ocorreram ainda no interior do antigo regime. A revolução francesa só se tornou possível depois que a fragmentação feudal deu lugar à centralização do poder e à unificação nacional. A transição paradigmática ocorre simultaneamente nos signos linguísticos que exprimem a realidade. Também aqui as novidades não deixam de ser dependentes da evolução semântica de signos preexistentes. Assim, o novel conceito de poder constituinte é tributário das metamorfoses evolutivas da ideia de soberania. Esta ideia começou por ressaltar o poder do rei para, depois, servir de veículo ideográfico ao poder do povo-nação: a soberania real tornou-se soberania popular. O contexto cultural desta viragem coperniciana é o da secularização do poder público. O mandato real deixa de ser divino para ser popular: o rei deixa de servir Deus, ele serve agora o povo ou a nação. Os termos do *pactum subjectionis* invertem-se. É neste quadro que se desenvolve a teoria contratualista nas suas diversas versões. Em primeiro lugar, a de Hobbes, que justifica o poder absoluto do rei pela transferência plena da soberania que originariamente é popular; os indivíduos realizam entre si um *pactum societatis* pelo qual se constituem como povo, mas regressam irreversivelmente à forma inorgânica da *multitudo* logo que geram o Leviathan (*deus mortalis*) e abdicam do seu direito natural a favor do monarca. Em segundo lugar, a de Locke, que distingue entre exercício e titularidade da soberania, subordinando a actuação do governo à vontade do poder soberano (observa-se aqui a *quase-invenção* do poder constituinte, faltando-lhe apenas o nome); o povo não abdica dos seus direitos naturais (*life, liberty and property*) e reserva-se o direito de resistência contra os abusos do poder político. Por fim, a de Rousseau, que torna mais explícitos os direitos da soberania, revelando-os como direitos inalienáveis de cada um à liberdade e à igualdade; as desigualdades que se reportam à liberdade do estado de natureza, onde impera a lei do mais forte, devem ser supridas pelo estado de direito que se exprime na vontade geral. A teoria contratualista desagua na teoria da constituição e do poder

constituente elaborada, em clima já revolucionário, pelo abade Sieyès no seu opúsculo *Qu'est-ce que le Tiers État?*. Nessa pequena obra fica claramente estabelecida a divisão conceptual e política entre o poder constituinte do povo e os poderes constituídos. Não sendo viável a democracia directa, é necessário delegar o poder público em órgãos que o exercerão segundo as formas organizativas, os fins e os modos de exercício que a nação estipule. “C’est ce qu’on appelle la *constitution* de ce corps”. Independentemente dos particularismos da história real, da instrumentalização ideológica de circunstância, o facto é que a gestação do conceito de poder constituinte não deixa de assinalar um momento irreversível da evolução da autoconsciência política da humanidade. Assim o entendemos e, em conformidade com isso, fizemos aqui a sua recepção como um irrenunciável referente de sentido e validade para todas as decisões da vida colectiva e um inesgotável indutor da emancipação universal.

2. Não pudemos, no entanto, ignorar os particularismos da história das revoluções e a inerente instrumentalização ideológica dos valores universais. Partindo de uma apreensão empírico-sociológica dos fenómenos políticos, muitos autores denunciaram a “hipocrisia burguesa” que, numa operação de mistificação metonímica, fazia tomar os interesses de uma classe pelos de toda a nação. Percorremos a doutrina mais significativa deste horizonte epistemológico, designadamente a que, reduzindo o poder constituinte ao domínio político das forças socialmente dominantes, declina a ilusão do consenso veiculada pela teoria do contrato social. Nesta perspectiva, já não se reporta a constituição à vontade de uma nação homogénea, mas às contingências de uma realidade política de configuração variável. A constituição *real* precede e fundamenta a constituição *formal*, sendo que esta não passará de uma *folha de papel*, sem eficácia, se não for a reconversão jurídica daquela. No seu positivismo, Lassalle não reconhecia juridicidade à correlação de forças que configurava, na ordem dos factos, a constituição real. Com a sua noção de *constituição em sentido material*, Mortati introduz uma novidade na concepção dualista: os interesses e fins políticos dos partidos que se confrontam pela tomada do poder fazem já parte do próprio sistema jurídico. Este é mais do que o direito que se consagra nos textos. A luta que as forças políticas travam por esse objectivo é, em si mesmo, um processo revestido de normatividade. A força política triunfante determinará o conteúdo da constituição material e, conseqüentemente, também o conteúdo da constituição formal, já que esta deve ser mera declaração daquela. O poder

constituente deixa, portanto, de ser identificado com a nação na sua totalidade, para o ser apenas com parte dela.

Neste quadrante doutrinário, a revolução é o contexto mais comum e natural da manifestação do poder constituinte. Uma fenomenologia do processo revolucionário permitiu-nos distinguir dois momentos (O. Beaud): o *desconstituente*, que consiste na abolição da constituição até então vigente, e o *reconstituente*, que consiste na constitucionalização formal da nova ordem política. Embora ilegal, pelo critério do ordenamento em vigor, a revolução não deixa de ser, segundo Burdeau, um facto jurídico. Não se trata de uma ruptura do direito, mas da tentativa de mudar uma ideia de direito, supostamente em decadência, por outra supostamente em fase de ascensão. Se o poder constituinte é, assim, reduzido à dimensão da força política vencedora, nem por isso a nação perde o seu estatuto de fundamento último da legitimidade do poder público. Com efeito, se a unidade mítica da nação é desmentida pela observação empírica da história e da sociologia, não é menos verdade que, em todas as situações revolucionárias, as forças vitoriosas procuram consagrar os seus programas e ideologias numa constituição aprovada directamente pelo povo ou por uma *representação extraordinária* desse mesmo povo. Esta é uma herança imperecível das revoluções fundadoras da democracia e das teorias que as justificaram. A fixação dos procedimentos através dos quais se manifestará a vontade constituinte da nação será determinante para o grau de correspondência entre o projecto revolucionário e o texto constitucional. É em torno dessa questão que se travam os confrontos políticos após o derrube do velho regime. Com efeito, a determinação do colégio eleitoral – quem vota (sufrágio universal ou restrito); como vota (sufrágio indirecto ou directo, voto plural ou múltiplo); para que vota (escolha do órgão representativo ou votação do projecto da constituição) –, a escolha do sistema eleitoral, o local de funcionamento do órgão, a data das eleições, etc., a que acresce, quando é o caso, a fixação de regras condicionantes do funcionamento das assembleias constituintes, tudo isso tem iniludível e decisiva repercussão no produto final. A história constitucional é fértil na ilustração destas diversas modalidades. O realismo epistemológico do positivismo sociológico terminou com os mitos da nação homogénea e da assembleia constituinte onipotente. Porém, a apreensão dos processos de mudança constitucional num registo puramente descritivo torna-nos cativos da imagem redutora de um poder constituinte alicerçado na força e de um povo inexoravelmente condenado à manipulação política e ideológica.

3. Entretanto, a cultura teórica e prática do constitucionalismo evoluiu. O paradigma ocidental de democracia foi-se consolidando a partir do fim da segunda guerra mundial, abrindo caminho a transições constitucionais sem ruptura constitucional. Regimes de ditadura metamorfosearam-se em regimes democráticos sem solução de continuidade jurídica. O recurso à revolução violenta para mudar de constituição tornou-se prescindível. No capítulo dedicado a este tema, fizemos uma ronda pelos processos constituintes que, iniciados a partir de meados dos anos setenta na Europa do sul, foram na década seguinte igualmente experimentados na América latina, culminando nos anos noventa na elaboração das constituições dos países de leste e de alguns países africanos. Em todas essas zonas do globo, velhas constituições geraram dentro de si mesmas as novas constituições que as suprimiram. Arditosamente, utilizaram-se os mecanismos de revisão previstos na constituição repudiada para criar o novo ordenamento constitucional. Mas a suavidade da mudança só foi possível pela auto-abdicação e participação das forças hegemónicas do velho regime. Fez-se a prova prática da eficácia do diálogo. A negociação (pactos, mesas redondas) tomou, por consenso táctico, o lugar do conflito e da violência. Iludiu-se, assim, a descontinuidade radical, a ruptura ideológica, formal e institucional, que era apanágio dos processos constituintes da primeira geração.

Perante estas “novidades radicais” que de maneira tão gritante fogem à ortodoxia da teoria do poder constituinte, os autores dividem-se no nome a dar à coisa: uns falam de “fraude à constituição” e outros de uma “revolução legal”, recuperando conceitos que tinham sido forjados particularmente entre as duas guerras para enquadrar teoricamente a transição das democracias liberais para os regimes autoritários de Mussolini, Hitler e Pétain. Sendo o conceito de revolução legal acolhido pelos adeptos incondicionais deste novo modo de produzir constituições, fica claro que são os críticos do processo (só do processo e não da mudança política por ele mediatizada) quem classifica as transições constitucionais de fraude à constituição. Ora, o que separa uns e outros é a diferença das suas precompreensões relativas ao estatuto funcional do poder de revisão. E por isso fizemos uma explanação historiográfica e técnica dos problemas implicados no conceito daquele poder. Pode o órgão de revisão, dentro do procedimento constitucionalmente previsto, modificar livremente a constituição? E pode rever-se a revisão: órgão, procedimento, limites temporais e circunstanciais? Podem ultrapassar-se os limites materiais expressos? Há limites materiais imanentes? Por outras palavras, a divergência consiste no facto de que uns defendem a subordinação do poder de revisão

ao poder constituinte originário (teria sido introduzido nas constituições para assegurar a continuidade constitucional mediante actualizações que a evolução social viesse a tornar necessárias), ao passo que outros professam a teoria da paridade segundo a qual a vontade constituinte do poder de revisão é tão incondicionada quanto a do poder constituinte originário. A verdade é que tudo parece conduzir-nos à conclusão de que, ao mesmo tempo que se foram consolidando as democracias pluralistas, foi-se igualmente acentuando a ideia de que os processos de substituição das constituições podem dispensar o poder constituinte originário, ou, doutra forma dito, a ideia de que este poder pode agora ser exercido nas vestes do poder de revisão. As transições democráticas do fim do século passado parecem ser a confirmação empírica de tal ideia. Quer isto dizer que se detecta um *movimento* no sentido da racionalização progressiva do acto de editar constituições. Racionalização esta que comporta uma *desdramatização* da problemática do poder constituinte *lato sensu*. E a questão com que finalizámos o longo excurso que fizemos sobre as transições constitucionais é precisamente a de saber se ainda haverá futuro para a figura com a qual se construiu a democracia dos tempos modernos. *Quo vadis, poder constituinte?*

4. O campo do direito constitucional não escapou à crise da modernidade. A morte do autor proclamada noutros domínios da cultura atingiu igualmente o sujeito constituinte. A descrença nas metanarrativas da liberdade e da emancipação, associada à emergência do pluralismo social, tornou irrealista e inadequada qualquer pretensão de submeter toda a sociedade a um projecto político comum. O povo, a nação ou qualquer outro signo linguístico de efeito homogeneizador perderam o seu referente empírico. A sociedade está pulverizada em grupos sociais em competição, cada um possuidor de um projecto próprio, com interesses e objectivos inconciliáveis com os interesses e objectivos que mobilizam os grupos rivais. Neste contexto, a doutrina postula uma constituição ideologicamente débil (*mitezza costituzionale*). Consagrada a percepção de uma sociedade fragmentada, o que agora se exige é que a constituição seja facilitadora do processo social e não que o dirija impondo-lhe unilateralmente um sentido. Dela se espera apenas que assegure as condições de possibilidade da vida colectiva no quadro de uma democracia pluralista em permanente processo de renegociação. Aquilo que se perderá nas determinações do conteúdo pré-dado da constituição poderá ser ganho no domínio processual das concretizações constitucionais. Assim, a legitimidade

constitucional deixa de ser aferida pelo bem social que produz para o ser tão-somente pelos processos que garante.

Dispensados dessa preocupação, os governos assimilam o modelo de gestão próprio das empresas privadas (*New Public Management*), limitando as suas obrigações constitucionais à “redução da complexidade” induzida pela dinâmica dos processos da integração europeia e da globalização. Neste contexto, certa doutrina sustenta a existência de um “novo paradigma constitucional”, fazendo incidir as suas investigações sobre o conceito de *Governance*, considerado mais ajustado às actuais práticas da governabilidade estatal. O processo decisional deixou de assentar na estrutura vertical do governo (*government*) para passar a sê-lo no contexto de uma relação horizontal de deliberação (*governance*). Por outras palavras, trata-se agora de um governo sem política (embora com actores políticos). De acordo com a ordem de interesses em causa, intervêm no processo decisório actores de diversa procedência social ou profissional, grupos económicos, delegados de comunidades locais, ONGs nacionais ou transnacionais, representantes de movimentos de opinião ou de estilos de vida, associações do terceiro sector, etc.. Esta participação, que em nada é motivada por valores altruístas, é o avatar pós-moderno da democracia, ao passo que a eficácia das decisões é o almejado substituto da justiça. Para conferir alguma intencionalidade prescritiva ao termo, alguns autores, designadamente constitucionalistas, passaram a juntar um adjectivo à governança, vislumbrando na *good governance* um conjunto de boas práticas (transparência, participação, etc.) que viriam reforçar normativamente os princípios tradicionais do Estado de Direito. A opinião que emitimos a esse propósito, e que reiteramos nas nossas conclusões, foi a de que, nos países de nula ou pouca tradição democrática, a “boa governança” poderá, de facto, imprimir um movimento de aproximação ao modelo do Estado de direito, mas que, nos países de democracia avançada, a marcha tem sido inversa, isto é, tem servido, provadamente, para delapidar as conquistas constitucionais do Estado social.

A desvalorização do político, a par do enfraquecimento da estatalidade, recrudescer com o *constitucionalismo societal*, variante jurídica da teoria dos sistemas. Teubner, discípulo de Luhmann, é o grande obreiro deste novo *mainstream*. Considera ele ser necessário actualizar o conceito de constituição, fazendo-o corresponder aos emergentes desafios da *digitalização, privatização e globalização*. Segundo o referido autor, a complexidade e a dimensão dos problemas emergentes

desses processos deixaram de ser comensuráveis com a capacidade de regulação dos Estados nacionais. A solução preconizada começa por separar a constituição do Estado para advogar uma *constitutionalisation without the State*. Segundo Teubner, é isso que se verifica na realidade: ao lado da constituição do Estado, confinada ao seu domínio próprio, existem já em actividade muitas outras de procedência exterior à esfera política. Elas reportam-se a uma grande variedade de subsistemas autónomos da sociedade mundial. A novidade está na *civilização* e na despolitização dessas constituições, ou seja, na sua referência a domínios da vida civil (a subsistemas sociais não políticos) e na sua autonomia em relação aos poderes políticos nacionais e à respectiva constituição estatal. Mas os regimes privados auto-constitucionais não gozam apenas de autonomia na ordem política, fruem dela também na ordem das finalidades: estas são absolutamente intrínsecas à lógica autopoiética do respectivo subsistema. Para reforçar o sentido da nossa conclusão relativamente a este quadro teórico, parece-nos pertinente seleccionar esta citação de Teubner e Fischer-Lescano: “Através da sua própria clausura operativa, cada um dos sistemas globais funcionais cria a sua esfera dentro da qual fica livre de intensificar a sua própria racionalidade sem olhar para os outros sistemas ou mesmo para o seu meio natural ou humano. Os sistemas levam esta lógica tão longe quanto puderem, isto é, tão longe quanto isso for tolerado pelo seu meio ambiente” (loc. cit., 146). Não há, pois, lugar para o encontro de valores com os quais a constituição outrora garantia a coesão e a unidade acima da diversidade. Fora da dinâmica sistémica, o mundo da vida só tem a possibilidade do protesto através de movimentos sociais que, na melhor das hipóteses, poderão provocar alguma auto-limitação (*self-limitation*) no subsistema agressor, caso consigam ultrapassar a fronteira dos sensores de irritação (*sensors of irritation*) desse particular subsistema. Daqui concluimos que a teoria do *constitucionalismo societal* torna ainda mais negros os efeitos já bastante sombrios da *governança sem governo*, a saber: o empobrecimento sociológico da democracia (o estrutural défice democrático), a ruptura dos laços da solidariedade social e humana e o desterro da justiça.

5. Feita a decodificação da crise da modernidade, saímos dela com a convicção reforçada de que é imperioso voltar à tradição do constitucionalismo gerado no contexto das revoluções libertadoras e reinventar a ideia do poder constituinte como projecto de continuada afirmação, ampliação e realização dos direitos humanos. Com esse desígnio,

começámos por, ainda dentro do pensamento da pós-modernidade, reconhecer o valor prático de uma teoria que concebe o poder constituinte como contra-poder face aos poderes funcionalmente organizados. A teoria pode buscar confirmação na experiência histórica. Na verdade, sempre as situações de dominação produziram efeitos de inconformidade no seio dos dominados. Temos então identificado o titular do poder constituinte, o *sujeito adequado* desse poder indomesticável. Neste ponto, fizemos uma aproximação a Toni Negri, um dos académicos que mais se empenharam em valorizar a dimensão crítica do poder constituinte. O conceito é incompatível com qualquer forma de repressão ou restrição do direito à liberdade. Mas não pudemos segui-lo no cepticismo histórico inerente à sua mundividência pós-moderna. A disutopia, e não a utopia, é o horizonte onde, na opinião do autor, se move o poder constituinte: ele é o “conceito de uma ausência”, uma “ausência de finalidade”. Qualquer projecto assumido equivaleria à transformação do poder constituinte em poder constituído, ou seja, à reconversão de si mesmo no seu contrário. Igualmente rejeitamos a descrição pós-moderna do sujeito adequado. A concepção fragmentária da sociedade conduz à dissolução do *sujeito adequado* em grupos de indivíduos que se associam conjunturalmente em contextos de protesto, de “negação criativa de poder”, mas que, com a mesma facilidade se dissociam logo que alcançados (ou frustrados) os seus objectivos, regressando à categoria hobbesiana de *multitudo*. Estas manifestações intermitentes da *multitudo*, apenas reactivas, configuram os *novos movimentos sociais*, o único lugar do sujeito, segundo A. Touraine.

6. Do nosso ponto de vista, o poder constituinte não pode reduzir-se a uma pura e esporádica manifestação do *soberano negativo*. É necessário ver nele também o *soberano positivo*: ele é o soberano que constrói o seu futuro sobre a superação das contradições sociais remanescentes do passado. Ele surgiu na história como expressão da consciência de si de um povo que decidiu tomar nas mãos o seu próprio destino. Será sempre por essa autoconsciência e autodeterminação que o poder constituinte se torna realidade em movimento tão perpétuo quanto o progresso possível da emancipação humana. O que quer dizer que nunca será um poder exaurido. Diríamos então que o sujeito adequado, isto é, o verdadeiro titular do poder constituinte é o *soberano diacrónico* que, através das sucessivas gerações, vai tornando cada vez mais amplos os direitos fundamentais e, conseqüentemente, mais valiosa a dignidade humana. É esse projecto comum que, em nossa opinião, faz com que um povo seja um Povo. Para

escapar a um entendimento étnico deste conceito, tivemos o cuidado de sublinhar o seu carácter evolutivo, dizendo que ele designa uma realidade dinâmica, aberta à inclusão demográfica e ao crescimento dos valores partilhados. O que nos fez dar dele uma dupla definição: descritiva (o povo que é) e prescritiva (o povo que deve ser). Também foi necessário torná-lo conceptualmente compatível com os processos emergentes da formação da União Europeia e da globalização. A questão era a de saber se a soberania popular e o poder constituinte, ambos tradicionalmente circunscritos ao Estado-nação, poderiam sobreviver fora e além desse âmbito. Revisitámos as polémicas em torno da possibilidade de uma constituição europeia sem o suporte legitimador de um *demos* europeu. Por aí passaram as teorias da constituição sem Estado e da constituição multiníveis e aí se confrontaram os eurocépticos e os euro-optimistas. Desdobrámos o assunto numa tese e numa antítese. Do lado da tese, enunciámos as razões para crer na consistência constitucional de uma união política supranacional fundada na cedência ou partilha de partes das soberanias dos Estados membros. Do lado da antítese, expusemos as razões da desconfiança suscitada pela experiência de práticas políticas europeias que se traduzem na recessão do modelo social europeu. Não hesitámos em tomar partido a favor deste lado da controvérsia. Em coerência com o que temos defendido ao longo desta tese, considerámos que os ataques neoliberais aos direitos sociais adquiridos não podem ter o aval de um poder constituinte autêntico e que uma constituição que legitime tais ataques não pode, conseqüentemente, ser uma constituição juridicamente válida. Esta posição em nada contradiz a possibilidade de se falar de um poder constituinte europeu e de uma constituição europeia: os sinais identificadores estão no progresso dos valores pelos quais se define o Estado social. Sendo assim, também é possível falar de um poder constituinte e de uma constituição globais. Nesta linha de pensamento, seguimos o trajecto das doutrinas que assimilaram e aprofundaram a filosofia cosmopolita de Kant. Na relação filial que fazemos entre os direitos humanos (em progresso) e o poder constituinte, a dimensão cosmopolita é um corolário lógico da universalidade daqueles direitos. Propugnando por uma comunidade jurídica universal, não perdemos de vista o facto de que as situações de opressão e exclusão são territoriais e que, por consequência, é no espaço político de maior proximidade que as lutas de emancipação se desenvolvem e resolvem. Não é possível construir uma comunidade cosmopolita justa sem vencer as injustiças locais. É, portanto, aí e desse modo que o poder constituinte se torna universal.

7. Se atribuimos ao poder constituinte uma intencionalidade emancipatória, é então na *luta pelo reconhecimento* dos *ainda* não emancipados que vemos esse poder em pessoa. E se o vimos no passado a combater os poderes fácticos, a eliminar injustiças, a transformar aspirações humanas em direitos constitucionais, e se esse é um movimento universal, como cremos, então poderemos dizer que esse é o sentido que ele confere à história e à política em todo o mundo e para sempre. Esta é a metanarrativa que fomos assumindo ao longo da tese que agora concluímos.

Conclusão Final

Tal como aconteceu com outras ideias motrizes do desenvolvimento histórico, também a ideia de poder constituinte, tem a sua sobrevivência (e eficácia) dependente de uma renovação semântica adaptada às circunstâncias da globalização e da desestatização. Mudam-se os tempos, mudam-se os “pressupostos mentais” da nossa compreensão da realidade. Esta máxima exprime a intuição que nos fez, primeiro, defender a legitimidade do processo constituinte português contra os que, aferrados ao modelo latino das assembleias constituinte onipotentes, verberavam as normas constitucionais mais revolucionárias da Constituição da República Portuguesa, alegando que esta fora feita sob coacção; e, depois, nos fez contrariar a posição daqueles que, não conseguindo libertar-se do *fantasma schmittiano*, se apressaram a dizer adeus ao poder constituinte, convictos de que ele teria esgotado já a sua função histórica. Por nossa parte, consideramos tratar-se de uma ideia tão imperecível quanto o é a ideia de direitos humanos: ambas são, como atrás dissemos citando Pérez Luño, “uma amostra eloquente do trabalhoso esforço dos homens para *fazerem* a história, para serem senhores do seu destino emancipatório”. Assinalam um estádio irreversível da evolução da consciência jurídica universal. Não são, porém, imutáveis: o seu *corpus* conceptual cresce e melhora com a cultura. A nossa conclusão final é, pois, esta: o poder constituinte é um impulso de autoconstituição da humanidade, impulso que a evolução cultural vai tornando cada vez mais reflexivo, e que se mediatiza pela constante superação das relações de dominação existentes. *O sujeito adequado* do poder constituinte é – como, aliás, sempre foi e sempre será – o sujeito socialmente oprimido, esse ao qual E. Balibar chama o “povo do povo”. E o *lugar adequado* da sua actuação é qualquer espaço de sociabilidade humana (doméstico, local, nacional ou mundial) onde persistam sujeições por abolir, direitos por realizar, potencialidades reprimidas por emancipar. E, nesse entendimento, todos estamos, no quadro das várias cidadanias do mundo globalizado, solidária e indeclinavelmente implicados. Mormente como juristas e constitucionalistas.

Bibliografia

- ACKERMAN (Bruce), *El futuro da revolução liberal*, Ariel, Barcelona, 1995.
 - *La política del diálogo liberal*, Gedisa, Barcelona, 1999.
- ACOSTA SÁNCHEZ (José), *Teoría del Estado y fuentes de la constitución. Introducción a la teoría de la constitución*, Servicio de Publicaciones, Universidad de Córdoba, 1989.
 - “Transformaciones de la constitución en el siglo XX”, *Revista de Estudios Políticos*, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Abril/Junio, 1998.
- Actas das Cortes Gerais e Extraordinárias da Nação Portuguesa de 1821/22.*
Actas da Assembleia Nacional Constituinte de 1911.
- AGUILERA DE PRAT (Cesareo R.), “Ambigüedades de la transición italiana”, *Revista de Estudios Políticos* (Nueva Época), 89, Julio-Septiembre, 1995.
 - “Existe un «demos» europeo?: Una propuesta normativa”, *Revista de Estudios Políticos* (Nueva Época), 89, Julio-Septiembre, 2004.
- ALÁEZ CORRAL (Benito), *Los límites materiales a la reforma de la Constitución española de 1978*, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, 2000.
- ALEXY (Robert), *El concepto y la validez del derecho*, Gedisa Editorial, Barcelona, 1997.
- ANGIOLINI (Vittorio), *Costituente e costituito nell’Italia repubblicana*, CEDAM, 1995.
- ARAGÃO (Alexandra), *A governância na Constituição Europeia: uma oportunidade perdida?*, Boletim da Faculdade de Direito, *Studia Iuridica*, 84, Coimbra Editora, 2004.
- ARCHIBUGI (Daniele), “La democrazia cosmopolitica: una prospettiva partecipante”, *Rivista Italiana di Scienza Politica*, Anno XXXV, 2, 2005.
 - “Democracia cosmopolita e seus críticos: uma resenha bibliográfica”, *Política & Trabalho, Revista de Ciências Sociais*, 22, Abril de 2005.
 - *Cittadini del mondo. Verso una democrazia cosmopolitica*, Il Saggiatori, Milano, 2009.
- ARENDT (Hannah), *Sobre a revolução*, Relógio d’Água, 2001.
- ARNÉ (Serge), “La prise du pouvoir par le Maréchal Pétain (1940) et le Général De Gaulle (1958)”, *Revue du droit public et de la science politique en France et a l’étranger*, LXXV, 1969.
 - “Existe-t-il normes supra-constitutionnelles? Contribution à l’étude des droits fondamentaux et de la constitutionnalité”, *Revue de droit public et de la science politique en France et a l’étranger*, 2, 1993.
- ARRIAGA (José de) *História da Revolução Portuguesa de 1820*, 1-3, Livraria Portuense, Porto, 1889.
 - *História da Revolução de Setembro*, Companhia Nacional Editora, Lisboa, s/d. I-III.

- ATGER (Frédéric), *Essai sur l'histoire des doctrines du contrat social*, Félix Alcan, Paris, 1906.
- BACHOF (Otto), *Normas constitucionais inconstitucionais*, Atlântida Editora, Coimbra, 1977.
- BALAGUER CALLEJÓN (Francisco) “El Tratado de Lisboa en el diván. Una reflexión sobre estatalidad, constitucionalidad y Unión Europea”, *Revista Española de Derecho Constitucional*, 83, 2008.
- BALDASSARRE (Antonio), “Diritti sociali”, *Enciclopedia Giuridica*, Instituto della Enciclopedia Italiana, Roma.
- “Il ‘referendum’ costituzionale”, *Quaderni Costituzionali*, Anno XIV, n° 2, Agosto 1994.
- BALIBAR (Étienne), *Nous, citoyens d'Europe? Les frontières, l'État, le peuple*, Éditions La Découverte, Paris, 2001.
- “Quelle ‘constitution’ de l'Europe?”, in *Lignes*, Février 2004.
- *Derecho de ciudad. Cultura y política en democracia*, Ediciones Nueva Visión, Buenos Aires, 2004.
- BALL (Terence) e POCOCK (J. G. A.) (ed.), *Conceptual change and the constitution*, University Press of Kansas, 1988.
- BARBERA (Augusto), “Dentro la «Rivoluzione costituzionale», in FUSARO (Carlos), *La rivoluzione costituzionale, alle origini del regime post-partitocratico*, Rubbetino Editore, 1993.
- “Existe una ‘costituzione europea’?”, *Quaderni Costituzionali*, Anno XX, 1, 2000.
- BARBERIS (Mauro), “Neoconstitucionalismo, democracia e imperialismo de la moral”, *Neoconstitucionalismo(s)*, Editorial Trotta, Madrid, 2003.
- BARON (Catherine), “La gouvernance: débats autour d'un concept polysémique”, *Droit et Société*, 54, 2003.
- BARTHÉLEMY (Joseph) e DUEZ (Paul), *Traité de droit constitutionnel*, Paris, 1933.
- BARTHES (Roland), *Mitologias*, Edições 70, Lisboa, 1978.
- BARTOLE (Sergio), *Riforme costituzionali nell'Europa centro-orientale, da satelliti comunisti a democrazie sovrane*, Il Mulino, Bologna, 1993.
- BASTID (Paul), *Sieyès et sa pensée*, Hachette, Paris, 1970.
- BASTIEN (François), *Naissance d'une constitution*, Presses de la Fondation Nationale des Sciences Politiques, Paris, 1996.
- BEAUD (Olivier), *La puissance de l'État*, PUF, Paris, 1994.
- “Les mutations de la V. République ou comment se modifie une Constitution écrite”, *Pouvoirs*, n.º 99, 2001.
- BECK (Ulrich) *Qué es la globalización? Falacias del globalismo, respuestas a la globalización*, Paidós, Barcelona, 1988.
- “La reinención de la política: hacia una teoría de la modernización reflexiva”, U. BECK, A. GIDDENS y S. LASH, *Modernización reflexiva. Política, tradición y estética en el orden social moderno*, Alianza Editorial, Madrid, 1997.
- *Poder y contra-poder en la era global*, Paidós, Barcelona, 2004.
- BENZ (Arthur) e PAPADOPOULOS (Yannis), “Introduction: governance and democracy : concepts and key issues”, *Governance and Democracy, Comparing national, European and international experiences*, Ed. by Arthur Benz and Yannis Papadopoulos, Routledge, New York, 2006.

- BERLIA (Georges), “La Loi Constitutionnelle du 10 Juillet 1940”, *Revue du droit public et de la science politique en France et a l'étranger*, T. 59, 1943.
 - “De la compétence des assemblées Constituantes”, *Revue du droit public et de la science politique en France et a l'étranger*, 1946.
- BISCARETTI DI RUFFIA (Paolo), *Diritto Costituzionale*, Casa Editrice Dott. Eugenio Jovene, Napoli, 1983.
- BÖCKENFÖRDE (Ernst-Wolfgang), *Estudios sobre el Estado de Derecho y la democracia*, Editorial Trotta, Madrid, 2000.
- BODIN (Jean), *Los seis libros de la República*, Tecnos, Madrid, 1985.
- BON (Pierre), “La légitimité du Conseil Constitutionnel Français”, *Legitimidade e legitimação da justiça constitucional*, Coimbra Editora, Coimbra, 1995.
- BONAVIDES (Paulo) e ANDRADE (Pais de), *História Constitucional do Brasil*, 2.^a Ed., Paz e terra política, Brasília, 1990.
- BOUTMY (Émile), *Études de Droit constitutionnel*, Librairie Armand Colin, Paris, 1909.
- BRITO (Miguel Nogueira de), *A Constituição constituinte, Ensaio sobre o poder de revisão da constituição*, Coimbra Editora, Coimbra, 2000.
- BRYCE (James), *La République américaine*, t. 1, *Le gouvernement national*, M. Giard & E. Brière, Paris, 1911.
- BURDEAU (Georges), *Traité de science politique*, I-IV, Librairie Générale de Droit et de Jurisprudence, Paris, 1949-1950.
- BURNS (J. H.), *Histoire de la pensée politique moderne 1450-1700*, Presses Universitaires de France, 1997.
- CABO MARTÍN (Carlos de), *La Reforma constitucional en la perspectiva de las fuentes del derecho*, Editorial Trotta, Madrid, 2002
 - *Teoría constitucional de la solidaridad*, Marcial Pons, Barcelona, 2006.
 - “El tratado constitucional europeo y el constitucionalismo del Estado social”, *Teoría y Realidad Constitucional*, 19, 2007.
 - *Dialéctica del sujeto, dialéctica de la Constitución*, Editorial Trotta, 2010.
- CAETANO (Marcelo), *Manual de Ciência Política e Direito Constitucional*, 5^a edição, Coimbra Editora, Lisboa, 1967.
- CALAMENDREI (Piero), *Opere Giuridiche*, a cura de Mauro Capelletti, Morano Editore, Napoli, 1968.
- CAMPOS (Bidart de), *Filosofía del Derecho Constitucional*, Ediar, Buenos Aires, 1969.
- CANOTILHO (Gomes), *Entrevista al professor JOSÉ JOAQUIM GOMES por ELOY GARCÍA*, *Anuario de Derecho Constitucional y Parlamentario*, Universidad de Murcia, 1998, n° 10.
 - *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*, 5^a edição, Almedina, Coimbra, 2002.
 - “Brançosos” e interconstitucionalidade. *Itinerários dos discursos sobre a historicidade constitucional*, Almedina, Coimbra, 2006.
- CAPITANT (René), “Le droit constitutionnel non écrit”, in *Recueil d'études en l'honneur de F. Génny*, III, Paris, 1934.

- Prefácio a L. Hamon, *De Gaulle e a República*, Paris, Plon, 1958.
- CAPORASO (James A.), “Si può parlare di democrazia per l’Unione Europea?”, *Rivista Italiana di Scienza Politica*, Anno XXXIV, 1, 2004.
- CARLASSARE (Lorenza), *Conversazioni sulla costituzione*, CEDAM, 1996.
- CASSESE (Sabino), “La costituzione europea”, *Quaderni Costituzionali*, a. XI, 3, 1991.
- “La Costituzione europea: elogio della precarietà”. *Quaderni Costituzionali*, a. XXII, 3, 2002
- CATTANEO (Mario A.), “Hobbes théoricien de l’absolutisme éclairé” in *Hobbes-Forschungen*, Duncker & Humblot, Berlin, 1968.
- COHEN (Jean L.) e ARATO (Andrew), *Sociedad civil y teoría política*, Fondo de Cultura Económica, México, 2000.
- COLOMBO (Paolo), *Governo e costituzione*, Giuffrè Editore, Milano, 1993.
- CONDORCET (Nicolas de), *Sur la nécessité de faire ratifier la Constitution par les citoyens, Oeuvres de Condorcet*, tome neuvième, Firmin Didot Frères, Paris, 1847.
- CONTINI (Giuseppe), *La revisione costituzionale in Italia*, A. Giuffrè, Milano, 1965.
- COSSIGA (Francesco) *Messaggio alle Camere del Presidente della Repubblica*, Atti Parlamentari, Camera dei Deputati, Doc. 1, 11, 1991.
- COTARELO (Ramón), “La transición política”, in TEZANOS (J. F), COTARELO (R.) e BLAS (A. de), eds., *La transición democrática española*, Editorial Sistema, Madrid, 1993.
- CHANTEUR (Janine), “Notes sur les notions de ‘Peuple’ et de ‘Multitude’ chez Hobbes”, *Hobbes-Forschungen*, Duncker & Humblot, Berlin, 1968.
- CRUZ VILLALÓN (Pedro), *La Constitución inédita. Estudios ante la constitucionalización de Europa*, Editorial Trotta, Madrid, 2004.
- DAHL (Robert A.), *La poliarquia, participación y oposición*, Tecnos, Madrid, 1990.
- *La democracia y sus críticos*, Paidós, Barcelona, 2000.
- DAHRENDORF (Ralf), FURET (François), GEREMEK (Bronislaw), *La democrazia in Europa* (a cura di Lucio Caracciolo), *Le rivoluzioni del 1989 e i paesi postcomunisti*, Editori Laterza, 1992.
- DAHRENDORF (Ralf), *Reflexões sobre a revolução na Europa*, Gradiva, 1993.
- DERATHÉ (Robert), *Jean-Jacques Rousseau et la science politique de son temps*, J. Vrin, Paris, 1974.
- DÍEZ-PICAZO (Luís Maria), “Reflexiones sobre la idea de Constitución Europea”, *Revista de Instituciones europeas*, v. 20, 1993, n.º 2.
- “Limites internacionales al poder constituyente”, *Revista Española de Derecho Constitucional*, 76, Año 26, Enero/Abril, 2006.
- DOGLIANI (Mario), *Interpretazione della Costituzione*, Angeli, Milão, 1982.
- *Introduzione al diritto costituzionale*, Il Mulino, Bologna, 1994.
- “La lotta per la costituzione”, *Diritto Pubblico*, 2, 1996.
- “Potere costituente e revisione costituzionale nella lotta per la costituzione”, in *Il futuro della costituzione* (a cura de Zagrebelsky, Portinaro e Luther), Einaudi, Torino, 1999.
- DREYFUS (FRANÇOISE), “La constitution intérimaire d’Afrique du Sud”, *Revue française de droit constitutionnel*, 19, 1994.
- DUGUIT (Léon), *Traité du Droit Constitutionnel*, T. II, Librairie Fontemoing & C^a Éditeurs, Paris, 1923.
- DUNN (John), *La pensée politique de John Locke*, PUF, Paris, 1991.

- DUVERGER (Maurice), "Contribution à l'étude de la légitimité des gouvernements de fait" *Revue du droit public et de la science politique en France et à l'étranger*, T. soixante, 1945.
- ELSTER (Jon), "Argumenter et négocier dans deux assemblées constituantes", in *Revue française de science politique*, 44, 2, 1994.
- «Lo studio dei processi costituenti : uno schema generale», in *Il futuro della costituzione* (a cura de Zagrebelsky, Portinaro e Luther), Einaudi, Torino, 1999.
- *Ulises desatado. Estudios sobre racionalidad, precompromiso y restricciones*, Gedisa Editorial, Barcelona, 2002.
- ELY (J. H.), *Democracy and distrust: Theory of judicial review*, Harvard Paperback, 1981.
- ELLUL (Jacques), *Histoire des institutions*, Presses Universitaires de France, Paris, 1971, 1-2.
- ENGELS (Friedrich), *Anti-Düring*, Ediciones Pueblos Unidos, Montevideo, 1960.
- *L'origine de la famille, de la propriété privée et de l'État*, inserto em MARX-ENGELS, *Oeuvres Choisies*, 3, Éditions du Progrès, Moscou, 1970.
- ENRIQUEZ (Carmen González), "Las transiciones a la democracia en Europa del Este", *Revista de Estudios Políticos* (Nueva Época), Octubre-Diciembre, 1992.
- ESMEIN (Adhémar), *Éléments de Droit constitutionnel français et comparé*, sixième édition, Librairie Sirey, Paris, 1914.
- ESTEBAN (Jorge de), "El proceso constituyente español, 1977-1978", in Tezanos (J. F), Cotarelo (R.) e Blas (A. de), eds., *La transición democrática española*, Editorial Sistema, Madrid, 1993.
- ESTÉVEZ ARAÚJO (J. A.), *La constitución como proceso y la desobediencia civil*, Editorial Trotta, Madrid, 1994.
- FABBRINI (Sergio), "L'Unione Europea come democrazia composita?", *Rivista Italiana di Scienza Politica*, Anno XXXIV, 1, 2004.
- FACCHI (Alessandra), "Popolo", in *Le basi filosofiche del costituzionalismo* (a cura di AUGUSTO BARBERA), Editorial Laterza, Roma, 1998.
- FALK (Richard), *Globalização predatória*, Instituto Piaget, Lisboa, 2001.
- FARR (James), "Conceptual change and constitutional innovation", in Ball e Pocock (ed.), *Conceptual change and the constitution*, University Press of Kansas, 1988.
- FAVOREU (Louis), "Souveraineté et supraconstitutionalité", *Pouvoirs*, 67, 1993.
- FERRAJOLI (Luigi), "Pasado y futuro del Estado de derecho", *Neoconstitucionalismo(s)*, Edición de Carbonell (Miguel), Editorial Trotta, Madrid, 2003.
- *Democracia y garantismo*, Editorial Trotta, Madrid, 2008.
- FERRERA (Maurizio), "Verso una cittadinanza sociale aperta", *Rivista Italiana di Scienza Politica*, Anno XXXIV, 1, 2004.
- FIGGIS (John N.), *El derecho divino de los reyes*, Fondo de Cultura Económica, México, 1982.
- FIORAVANTI (Maurizio), "Potere costituente e diritto pubblico. Il caso italiano, in particular", *Potere costituente e riforme costituzionali*, a cura di Paulo Pombeni, Il Mulino, 1992.

- *Stato e costituzione, materiali per una storia delle dottrine costituzionali*, G. Giappichelli Editore, Torino, 1993.
 - "Quale futuro per la «costituzione»?" in *Il futuro della costituzione* (a cura de Zagrebelsky, Portinaro e Luther), Einaudi, Torino, 1999.
 - *Constitución de la Antigüedad a nuestros días*, Trotta, Madrid, 2000.
 - *Los Derechos Fundamentales*, Editorial Trotta, Madrid, 2003.
- FIORES (Claudio de), "La Commissione Bicamerale per le Riforme Istituzionali e l' art. 138 Cost. I paradossi di una Reforma", *Giurisprudenza Costituzionale*, Anno XXXVIII, 1993.
- "Il fallimento della Costituzione europea. Note a margine del Trattato di Lisbona", *Costituzionalismo*, 1/2008.
- FORSYTH (Murray), "Thomas Hobbes and the constituent power", *Political Studies*, XXIX, Clarendon Press, Oxford, 1981.
- FOYACA DE LA CONCHA (Manuel), "Lenin y la Asamblea constituyente", *Revista de Estudios Políticos*, 4, 1978.
- FRANKLIN (Julian H.), *John Locke and the theory of sovereignty*, Cambridge University Press, London, 1981.
- FREUND (Julien), *L'essence du politique*, Éditions Sirey, Paris, 1965.
- "Le Dieu mortal", *Hobbes-Forschungen*, Duncker & Humblot, Berlin, 1968.
- FRIEDRICH (Carl J.), *Gobierno constitucional y democracia, Teoría e práctica en Europa y América*, I e II, Instituto de Estudios Políticos, Madrid, 1975.
- GALIZIA (Mario), *La teoria della sovranità dal Medio Evo alla Rivoluzione Francese*, Dott. A. Giuffrè, Milano, 1951.
- GAMBINO (Silvio), "Multilevel constitutionalism e diritti fondamentali", in *Diritto Pubblico comparato ed Europeo*, Torino, 2008, III.
- GARCÍA (Eloy) *El Estado constitucional ante su 'momento maquiavélico'*, Cuadernos Civitas, Madrid, 2000.
- GARCÍA HERRERA (Miguel Ángel), "El Tratado de Lisboa o Europa sin europeos", *Boletín de la Academia Vasca de Derecho*, Año 6, 15, 2008.
- GARCÍA-PELAYO (Manuel), "Constitución y Derecho Constitucional", *Revista de Estudios Políticos*, 37-38, 1948.
- *Las transformaciones del Estado contemporáneo*, Alianza, Madrid, 1977.
- GAUCHET (Marcel), *La révolution des pouvoirs, la souveraineté, le peuple et la représentation, 1789-1799*, Éditions Gallimard, Paris, 1995.
- GODÀS (Xavier), *Postmodernismo: La imagen radical de la desactivación política*, El Roure Editorial, Barcelona, 1998.
- GOGUEL (François), "Elaboration des institutions", in *Revue Française de Science Politique*, IX, n° 1, 1959.
- GONZÁLEZ ENCINAR (J. J.), "La constitución y su reforma", *Revista Española de Derecho Constitucional*, Año 6, 17, 1986.
- GOUAUD (Christiane), "Recherches sur le phénomène de transition démocratique", *Revue du droit politique et de la science politique en France et a l'étranger*, tomo 107, 1991.
- GOYARD-FABRE (Simone), *Les principes philosophiques du droit politique moderne*, PUF, Paris, 1997.

- GRASSÒ (Pietro Giuseppe), “Potere costituente”, *Enciclopedia del Diritto*, Giuffrè Editore, XXXIV.
- GRIMM (Dieter), “Il futuro della costituzione”, *Il futuro della costituzione* (a cura de Zagrebelsky, Portinaro e Luther), Einaudi, Torino, 1999.
- “Una costituzione per l’Europa”, *Il futuro della costituzione* (a cura de Zagrebelsky, Portinaro e Luther), Einaudi, Torino, 1999.
 - “Integración por medio de la constitución – Propósitos y perspectivas en el proceso europeo de constitucionalización”, UNED, *Teoría y Realidad Constitucional*, 15, 2004.
- GROSSI (Paolo), *El orden jurídico medieval*, Marcial Pons, Madrid, 1996.
- *Mitología jurídica de la modernidad*, Editorial Trotta, Madrid, 2003.
- GUALINI (Enrico), “«Governance» dello sviluppo e nuove forme de territorialità”, *Rivista Italiana di Scienza Politica*, Anno XXXVI, 1, 2006.
- GUARINO (G.), “Pubblico e privato nell’economia. La sovranità fra costituzione ed istituzioni comunitarie”, *Quaderni Costituzionali*, 1, 1992.
- GUÉHENNO (Jean-Marie), *El fin de la democracia. La crisis política y las nuevas reglas del juego*, Paidós, Barcelona, 1995.
- GUELLI (Vicenzo), *O Regime político*, Arménio Amado Editor, Coimbra, 1951.
- GUINOT (Carmen Ninou), “Transición y consolidación democrática en América Latina”, *Revista de Estudios Políticos* (Nueva Época), 82, 1993.
- GUNTHER (Richard), “El proceso constituyente español”, *Revista de Estudios Políticos* (Nueva Época), 49, Enero-Febrero 1986.
- HÄBERLE (Peter), “Derecho constitucional común europeo”, *Revista de Estudios Políticos*, 79, 1993.
- “Avances constitucionales en Europa Oriental desde el punto de vista de la jurisprudencia y de la teoría constitucional”, *Pensamiento Constitucional*, Pontificia Universidad Católica del Peru, Lima, 1995.
 - *Retos actuales del Estado Constitucional*, Oñati, 1996.
 - *Libertad, igualdad, fraternidad. 1789 como historia, actualidad y futuro del Estado constitucional*, Mínima Trotta, Madrid, 1998.
 - “Potere costituente (teoría generale)”, *Enciclopedia Giuridica*, IX, 2001.
 - *Pluralismo y constitución. Estudios de teoría constitucional de la sociedad abierta*, Tecnos, 2002
 - *El Estado Constitucional*, Universidad Autónoma de México, 2003.
- HABERMAS (Jürgen), RAWLS (John), *Debate sobre el liberalismo político*, Ediciones Paidós, Barcelona, 1988.
- HABERMAS (Jürgen), *La reconstrucción del materialismo histórico*, Taurus, Madrid, 1981.
- *Théorie de l’agir communicationnel*, 2, Fayard, Paris, 1987.
 - *Facticité et validité*, Éditions Gallimard, Paris, 1997.
 - *La inclusión del otro*, Paidós, Barcelona, 1999.
 - *Tiempo de transiciones*, Editorial Trotta, Madrid, 2004.
 - *El Occidente escindido*, Editorial Trotta, Madrid, 2006.

- "Una costituzione per l'Europa. Osservazioni su Dieter Grimm", *Il futuro della costituzione* (a cura di G. Zagrebelsky, Portinaro, Luther), Einaudi, Torino, 1999.
- HEGEL, *La raison dans l'histoire*, Plon, Paris, 1965.
- HELD (David), *La democracia y el orden global. Del Estado moderno al gobierno cosmopolita*, Paidós, Barcelona, 1997.
- *Global covenant. The social democratic alternative to the Washington consensus*, Polity Press, Cambridge, 2008.
- HENKE (Wilhelm), *Die verfassunggebende Gewalt des deutschen Volkes*, Setuttgart, 1957.
- HÉRAUD (Guy), *L'ordre juridique et le pouvoir originare*, Recueil Sirey, Paris, 1946.
- HERMET (Guy), "Espagne: Changement de la société, modernisation autoritaire et démocratie octroyée", *Revue française de science politique*, 1977 (27).
- HERNÁNDEZ (Gil) "Facetas de dos procesos constituyentes", *Revista de Estudios Políticos*, n. 31-32, 1983.
- HESSE (Konrad), "La Ley Fundamental y la unidad de Alemania", *Anuario de Derecho Constitucional y Parlamentario*, nº 3, año 1991.
- *Escritos de Derecho Constitucional*, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1983.
- HOBBS (Thomas), *Leviathan, traité de la matière, de la forme et du pouvoir de la république ecclésiastique et civile*, Sirey, Paris, 1971.
- *Le citoyen ou les fondements de la politique*, Garnier-Flammarion, Paris, 1982.
- HÖFFE (Otfried), "Introduzione critica alla teoria della giustizia di Rawls", *Rivista Internazionale di Filosofia del Diritto*, Ottobre-Dicembre, IV serie, LXI, 1984.
- HOLMES (Stephen), "Vincoli costituzionali e paradosso della democrazia", *Il futuro della costituzione*, (a cura di G. Zagrebelsky, Portinaro, Luther), Einaudi, Torino, 1999.
- HÖRSTER (Heinrich Ewald), "O Imposto Complementar e o Estado de Direito", *Revista de Direito e Economia*, Janeiro/Junho de 1977.
- HORTA (Raul Machado), "Reflexões sobre a Constituinte", *Revista Brasileira de Estudos Políticos*, n.º 62, 1986, Universidade Federal de Minas Gerais, Brasil.
- HUEGLIN (Thomas O.), "Government, governance, governmentality. Understanding the EU as a project of universalism", *The transformation of governance in the European Union*, Routledge, London and New York, 1999.
- HUNTINGTON (Samuel P.) *La tercera ola, la democratización a finales del siglo XX*, Paidós, Barcelona, 1994.
- IZUZQUIZA (Ignacio), *La sociedad sin hombres, Niklas Luhmann o la teoría como escándalo*, Editorial del Hombre, Barcelona, 1990.
- JAUME (Lucien), "Il potere costituente in Francia dal 1789 a De Gaulle", *Potere costituente e riforme costituzionali*, a cura di Paulo Pombeni, Il Mulino, 1992.
- JELLINEK (G.), *Reforma y mutación de la constitución*, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1991.
- JESSOP (Robert), *El futuro del Estado capitalista*, Catarata, Madrid, 2008.
- JOUVENEL (Bertrand de), *De la souveraineté*, Éditions Guénin, Paris, 1955.
- JULIOS-CAMPUZANO (Alfonso de), *En las encrucijadas de la modernidad*,

- Universidad de Sevilla, 2000.
- “La globalización y la crisis paradigmática de los derechos humanos”, *Revista de Estudios Políticos* (Nueva Época), 116, Abril-Junio, 2002.
- KAMINIS (G.), *La transition constitutionnelle en Grèce et en Espagne*, Paris, L.G.D.J., 1993.
- KANT (Immanuel), *A paz perpétua e outros opúsculos*, Edições 70, Lisboa, 1988.
- KANTOROWICZ (Ernst H.), *Os dois corpos do rei: um estudo sobre teologia política medieval*, Companhia das Letras, São Paulo, 1998.
- KAUFMAN (Robert R.), “Liberalización y democratización en America del Sur: perspectivas a partir de la década de 1970”, O’Donnell (Guillermo), Schmitter (Philippe C.) y Whitehead (Laurence), *Transiciones desde un gobierno autoritario/3*, Ediciones Paidós, Barcelona, 1994.
- KEANE (John), *A sociedade civil*, Temas e Debates, Lisboa, 2001.
- KELSEN (Hans), *Teoria pura do direito*, Arménio Amado, Coimbra, 1962.
- KELLEY (Donald R.), “Le Droit”, in BURNS (J. H.), *Histoire de la pensée politique moderne 1450-1700*, Presses Universitaires de France, Paris, 1997.
- KLEIN (Claude), *Théorie et pratique du pouvoir constituant*, Presses Universitaires de France, Paris, 1996.
- LACROIX (Justine) «For a European Constitutional Patriotism», *Political Studies*, 50, 2002.
- LANCHESTER (Fulco), “L’Innovazione istituzionale difficile: il dibattito sulla rappresentanza politica agli inizi della XI legislatura”, *Rivista trimestrale di diritto pubblico*, anno XLII, 1992.
- LASSALLE (Ferdinand), *Qué es una Constitución?* Editorial Temis S. A., Santa Fé de Bogotá, Colômbia, 1997.
- LIET-VEAUX (G.), “La «fraude a la constitution», Essai d’une analyse juridique des révolutions communitaires récentes: Italia, Allemagne, France”, *Revue du droit public et de la science politique en France et a l’étranger*, 1943.
- LOBBAN (Michael), “Un accord négocié: le processus constitutionnel en Afrique du Sud depuis 1991”, *Revue de droit public et de la science politique en France et a l’étranger*, 1-1997.
- LOCKE (John), *Ensaio sobre a verdadeira origem, extensão e fim do governo civil*, Impresso por Ricardo Taylor, Londres, 1833.
- *Segundo tratado sobre el gobierno*, Biblioteca Nueva, Madrid, 1999.
- LOEWENSTEIN (Karl), *Teoría de la Constitución*, Ediciones Ariel, Barcelona, 1965.
- LÓPEZ GUERRA (Luis) y AGUILAR (Luis) “*Las Constituciones de Iberoamerica*”, Ed. preparada por Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1992.
- LUCAS VERDÚ (Pablo), “La singularidad del proceso constituyente español”, *Revista de Estudios Políticos*, 1, 1978.
- “Derecho Político e transformación política española”, *Revista de la Facultad de Derecho de la Universidad Complutense*, 1979.
 - “Transición política. Cambio político, Transformación Político-social, cambio establecido” *Revista de Estudios Políticos*, (Nueva Época) n.º 43, 1985.
- LUCENA (Manuel de), *A evolução do sistema corporativo português, I, O salazarismo, II, O marcelismo*, Perspectivas & Realidades, Lisboa, 1976.

- *O Estado da revolução: A constituição de 1976*, Edições Expresso, Lisboa, 1978.
- LUCIANI (Massimo) “Comento del Prof. Massimo Luciani” (*Dibattiti*), *Giurisprudenza Costituzionale*, Anno XXXVI, 1991, Settembre-Ottobre.
- “Il referendum impossibile, *Quaderni Costituzionali*, Anno XI, 3, 1991.
- “L’antisovrano e la crisi delle costituzioni”, *Rivista di Diritto costituzionale*, G. Giappicheli Editore, Milano, 1/1996.
- “Costituzionalismo irenico e costituzionalismo polemico”, disponível, em <http://www.Associazionedeicostituzionalisti.it/materiali/anticipazioni/costituzionalism>.
- LUHMANN (Niklas), *Legitimation durch Verfahren*, Luchterhand, Darmstadt, 1975.
- *Fin y racionalidad en los sistemas*, Editora Nacional, Madrid, 1983.
- *Struttura della società e semantica*, Laterza, Roma, 1983.
- *Teoria politica nello stato del benessere*, Franco Angeli, Milano, 1987.
- *Sociedad y sistema: la ambición de la teoría*, Paidós, Barcelona, 1990.
- “La costituzione come acquisizione evolutiva”, in *Il futuro della costituzione*, (a cura di G. Zagrebelsky, Portinaro, Luther), Einaudi, Torino, 1999.
- LYOTARD (JEAN-FRANÇOIS), *O pós-moderno explicado às crianças*, Publicações Dom Quixote, Lisboa, 1987.
- *A condição pós-moderna*, Gradiva, Lisboa, 1989.
- MACHADO (Baptista), *Introdução ao Direito e ao discurso legitimador*, Almedina, Coimbra, 1983.
- MADISON in HAMILTON (Alexander), MADISON (James) e JAY (John), *O Federalista*, Editora Universidade de Brasília, Brasília, 1984.
- MAESTRO BUELGA (Gonzalo), “Poder constituyente, principio democrático y continuidad en el Tratado Constitucional de la Unión Europea”, *UNED, Teoría y Realidad Constitucional*, 15, 2004.
- “La inaprehensible ciudadanía social europea”, *Revista de Derecho Político*, 71-72, enero-agosto, 2008.
- MAIHOFFER (W.), “El derecho natural como derecho existencial”, *Anuario de Filosofía del Derecho*, IX, 4, 1962.
- MALBERG (Carré de), *Contribution à la théorie général de l’État*, II, Sirey, Paris, 1922.
- MARRAMAO (Giacomo), “L’Europe après le Léviathan, Technique, politique et Constitution”, in *Lignes*, Février 2004, Éditions Léo Scheer, Paris.
- MARTINES (Temistocle), *Diritto costituzionale*, Dott. A. Giuffrè, Milano, 1993.
- MARTÍNEZ SIERRA (José Manuel), “La Carta de Derechos Fundamentales: dos pasos atrás y uno al lado”, in PEDRO CHAVES GIRALDO *et. al.* *La Constitución destituyente de l’Europa, Razones para otro debate constitucional*, Catarata, Madrid, 2005.
- MARTINS (Afonso Oliveira), “O poder constituinte na génese do constitucionalismo moderno”, *Estado & Direito*, nºs 5 e 6, ano de 1990.
- MARQUES (A. H. de Oliveira), *História de Portugal*, II, Palas Editores, Lisboa, 1976.
- MARX-ENGELS, *Oeuvres choisies*, I, II e III, Éditions du Progrès, Moscou, 1970.

- MARX (Karl), *Manuscritos económico-filosóficos*, Edições 70, Lisboa, 1989.
- MASON (Alpheus Thomas), *A Suprema Corte, baluarte da liberdade*, Distribuidora Record, São Paulo, 1967.
- MATTEUCCI (Nicola), *Organizzazione del potere e libertà. Storia del costituzionalismo moderno*, UTET, Torino, 1976.
- “La Costituzione statunitense ed il moderno costituzionalismo”, in T. BONAZZI, *La costituzione statunitense e il suo significato odierno*, Bolonha, 1988.
- McILWAIN (Charles H.), *Costituzionalismo antico e moderno*, Il Mulino, Bologna, 1998.
- MESNARD (P.) *L'essor de la philosophie politique au XVIème siècle*, Boivin, Paris, 1969.
- MIGLIO (G.), “Il mito della “Costituzione senza sovrano” (1983), in G. MIGLIO, *Le regolarità della política*, Milão, 1988, II, 845 e ss.
- MIRANDA (Jorge), *A Constituição de 1976, formação, estrutura, princípios fundamentais*, Livraria Petrony, Lisboa, 1978.
- *Manual de Direito Constitucional*, Tomo I, Coimbra Editora, Coimbra, 1997.
- *Manual de Direito Constitucional*, Tomo II, Coimbra Editora, Coimbra, 2000.
- MODERNE (Franck), “La nascita delle Costituzioni europee dopo la seconda guerra mondiale: il caso francese”, *Quaderni Costituzionali*, Anno XVII, n. 1, Aprile 1997.
- MODUGNO (Franco), “Il problema dei limiti alla revisione costituzionale”, *Giurisprudenza Costituzionale*, Anno XXXVII, 1992, Marzo-Aprile.
- MONEDERO (Juan Carlos) “El poder constituyente del pueblo y el poder destituyente de la constitución europea”, in PEDRO CHAVES GIRALDO *et. al.* *La Constitución destituyente de l'Europa, Razones para otro debate constitucional*, Catarata, Madrid, 2005.
- MONTORO (R.), ÁGUILA TEJERINA (R. del), *El discurso político de la transición española*, Centro de Investigaciones Sociológicas, Madrid, 1984.
- MORLINO (Leonardo), “Consolidamento democrático: alcune ipotesi esplicative”, *Rivista Italiana di Scienza Politica*, XVI, 3, 1986.
- MORODO (Raúl), *La transición política*, Tecnos, Madrid, 1997.
- MORTATI (Costantino), *La costituzione in senso materiale*, Dott. A. Giuffrè Editore, Milano, 1940.
- “Concetto, limiti, procedimento della revisione costituzionale”, *Studi di diritto costituzionale in memoria di Luigi Rossi*, Milano, 1952.
- *Studi sul potere costituente e sulla riforma costituzionale dello Stato*, Dott. A. Giuffrè Editore, Milano, 1972.
- NEGRI (Toni), *El poder constituyente, ensayo sobre las alternativas de la modernidad*, Libertarias Prodhufi, Buenos Aires, 1994.
- *Fin de siglo*, Ediciones Paidós Ibérica, Barcelona, 1992.
- NEVES (António Castanheira), *Questão-de-facto – Questão-de-direito, ou o problema metodológica juricidade*, Almedina, Coimbra, 1967.
- *A revolução e o direito*, Coimbra, 1976.
- NINO (Carlos S.) “La constitución como convención”, *Revista del Centro de Estudios Constitucionales*, 6, Mayo-Agosto, 1990.

- OFFE (Claus) *Nuevas Democracias. Transición política y renovación institucional en los países postcomunistas*, Editorial Hacer, Barcelona, 2004.
- ONIDA (Valerio), “Costituzione provvisoria”, *Digesto delle discipline pubblicistiche*, Editrice Torinese, Torino, 2000.
- “Editoriale”, *Quaderni Costituzionali*, Anno XIV, 3, Dicembre, 1994.
- OST (François), *O tempo do direito*, Instituto Piaget, Lisboa, 2001.
- PACE (Alessandro), *La causa della rigidità costituzionale Una rilettura di Bryce, dello Statuto Albertino e di qualche altra costituzione*, CEDAM, Padova, 1995.
- “La instauración de una nueva constitución. Perfiles de teoría constitucional”, *Revista de Estudios Políticos* (Nueva Época), Julio-Septiembre, 1997.
- PALMA (Giuseppe di), “Le transizioni democratiche in Europa orientale”, *Rivista italiana di Scienza Politica*, Anno XX, 2, Agosto, 1990.
- PANUNZIO (Sergio), *Rivoluzione e Costituzione (Problemi costituzionali della Rivoluzione)*, Milano, Fratelli Treves Editori, 1933.
- PASQUINO (Pasquale), “Thomas Hobbes. La condition naturelle de l’humanité”, *Revue française de science politique*, Vol. 44, 2, Avril 1994.
- PATRUNO (Luciano), “Addio “costituzione” europea? I nomi: Trattato, Costituzione; la cosa: il diritto europeo”, *Costituzionalismo*, 2007, disponível em <http://www.constituzionalismo.it/articolo.asp?id=250>.
- PEREIRA MENAUT (António-Carlos), “Invitación al Estudio de la Constitución de la Unión Europea”, *Revista de Derecho Político*, n.º 53, 2002.
- PÉREZ AYALA (Andoni), “Transición política y reformas institucionales en Itália”, *Revista de Estudios Políticos* (Nueva Época), n.º 95, Enero-Marzo, 1997.
- PÉREZ LUÑO (Antonio Enrique), *Derechos humanos, Estado de Derecho, e Constitución*, Tecnos, Madrid, 1995.
- PÉREZ ROYO ((Javier), *Introducción a la teoría del Estado*, Editorial Blume, Barcelona, 1980.
- “Del Derecho Político al Derecho Constitucional: las garantías constitucionales”, *Revista del Centro de Estudios Constitucionales*, n.º 12, Mayo-Agosto, 1992.
 - *Las Fuentes del Derecho*, Tecnos, Madrid, 1993.
 - “La reforma de la Constitución”, *Revista de Derecho Político*, n.º 22, 1986.
 - Curso de Derecho Constitucional (undécima edición, revisada y puesta al día por MANUEL CARRASCO DURÁN), Marcial Pons, Madrid, 2007.
- PERNICE (Ingolf) e MAYER (Franz C.), “De la constitution composée de l’Europe”, *Revue Trimestrielle de Droit Européen*, 36 (4), 2000.
- PIATTONI (Simona), “La «governance» multi-livello: sfide analitiche, empiriche, normative”, *Rivista Italiana di Scienza Politica*, Anno XXXV, 3, 2005.
- PICHIERRI (Armando), *La costituzione provvisoria, L’ordenamento dello Stato tra Fascismo e Repubblica*, Mandese Editore, 1998.
- PIERANDREI (Franco), *Costituente (Assemblea)*, in Nss. DI, vol. IV, Torino, Utet, 1959.
- PIERRÉ-CAPS (Stéphane), “Les révisions de la Constitution de la Cinquième

- République: temps, conflits et stratégies, *Revue du droit public et de la science politique en France et à l'étranger*, n.º 2-1998.
- PINTO (Luzia Cabral), *Os limites do poder constituinte e a legitimidade material da constituição*, Coimbra Editora, 1994.
- PIRENNE (Jacques), *As grandes correntes da história universal*, IV, Sociedade de Intercâmbio Cultural Luso-Brasileiro, Lisboa, 1952.
- PIRES (Francisco Lucas), *Teoria da constituição de 1976: a transição dualista*, Dissertação de Doutoramento em Ciências Jurídico-Políticas na Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra, Coimbra, 1988.
- *Introdução ao Direito Constitucional Europeu*, Coimbra, 1996.
- PISARELLO (Gerardo) “Globalización, constitucionalismo y derechos: las vías del cosmopolitismo jurídico” in Antonio del Cabo e Gerardo Pisarello (editores), *Constitucionalismo, mundialización y crisis del concepto de soberanía. Algunos efectos en América Latina y en la Europa*, Publicaciones Universidad de Alicante, 2000.
- “Constitucionalismo sin constitución o constitución sin constitucionalismo? Elementos para una lectura de la construcción europea en clave post-estatal”, *Revista de Derecho Constitucional Europeo*, Enero-Junio, 2006.
- POMBENI (Paolo), *Potere costituente e riforme costituzionali*, Il Mulino, 1992.
- PORRAS NADALES (António J.), “Notas sobre la teoría del poder constituyente y la experiencia española”, *Revista de Estudios Políticos* (Nueva Época), 24, 1981.
- “Derecho constitucional y evolucionismo jurídico”, *Revista de Estudios Políticos* (Nueva Época), nº 87, Enero-Marzo, 1995.
- PORTINARO (Pier Paolo), “Il grande legislatore e il custode della costituzione”, *Il futuro della costituzione*, (a cura de Zagrebelsky, Portinaro e Luther), Einaudi, Torino, 1999.
- *La crisis dello jus publicum europaeum*, Edizioni di Comunità, Milano, 1982.
- PRIETO SANCHÍS (Luis), *Justicia constitucional y derechos fundamentales*, Editorial Trotta, Madrid, 2003.
- QUOC DINH (Nguyen), “La loi constitutionnelle du 2 novembre 1945 portant organisation des pouvoirs publics”, *Revue du droit public et de la science politique en France et à l'étranger*, 1946.
- RANGEL (Paulo Castro), “Uma teoria da «interconstitucionalidade» (Pluralismo e Constituição no pensamento de Francisco Lucas Pires)”, *Themis*, Faculdade de Direito da Universidade Nova de Lisboa, 1.2, 2000.
- RAWLS (John), *A Theory of justice*, Cambridge Mass, 1971.
- *El derecho de gentes*, Paidós, Barcelona, 2001.
- REQUEJO PAGÉS (Juan Luis) *Las normas preconstitucionales y el mito del poder constituyente*, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, 1998.
- RESCIGNO (Giuseppe Ugo) “La discussione nella Assemblea costituente del 1946 intorno ai suoi poteri, ovvero del potere costituente, delle assemblee costituenti, dei processi costituenti”, *Diritto Pubblico*, Anno II , n. 1, Gennaio-Aprile, 1996.
- “Revisione della costituzione o nuova costituzione?” *Diritto Pubblico*, Padova, anno 3, 3, 1997.

- RIMOLI (Francesco), “Costituzione rigida, potere di revisione e interpretazione per valori”, *Giurisprudenza Costituzionale*, 1992.
- RISE (Thomas), “Transnational governance and legitimacy”, *Governance and Democracy Comparing national, European and international experiences*, Ed. by Arthur Benz and Yannis Papadopoulos, Routledge, New York, 2006.
- RODRIGUES (Avelino); BORGA (Cesário) e CARDOSO (Mário), *O Movimento dos Capitães e o 25 de Abril, 229 dias para derrubar o fascismo*, Moraes Editores, Lisboa, 1974.
- ROSANVALLON (Pierre), *La contre-démocratie. La politique à l’âge de la défiance*, Éditions du Seuil, Paris, 2006.
- ROUQUIÉ (Alain), “La desmilitarización y la institucionalización de los sistemas políticos dominados por los militares en América Latina”, in O’Donnell, Schmitter y Whitehead, *Transiciones desde un gobierno autoritario*, 3, Ediciones Paidós, Barcelona, 1994.
- ROUSSEAU (Dominique), “Une résurrection: la notion de Constitution”, *Revue de droit public et de la science politique en France et a l’étranger*, 106, 1990.
- “La démocratie continue”, *La démocratie continue* (sous la direction de Dominique Rousseau), Éditions Bruylant, Paris, 1996.
- ROUSSEAU (Jean-Jacques), *Du Contrat Social, Oeuvres complètes*, 2, Éditions du Seuil, Paris, 1971.
- RUGGERI (A.) “Sovranità dello Stato e sovranità sovranazionale, attraverso i diritti umani, e prospettive di un diritto europeo “intercostituzionale”, *Diritto Pubblico comparato ed Europeo*, 2001 – II.
- RUIPÉREZ (Javier), “Los principios constitucionales en la transición política. Teoría democrática del Poder Constituyente y cambio jurídico-político en España”, *Revista de Estudios Políticos*, n. 116, 2002.
- “La Constitución en crisis? El Estado constitucional democrático y social en los tiempos del neoliberalismo tecnocrático”, *Revista de Estudios Políticos*, n. 120, 2003.
- RUSCONI (Gian Enrico), “Ripensare la nazione. Tra suggestioni etnodemocratiche e costruzione europea”, *La democrazia alla fine del secolo*, (a cura de Massimo Luciani), Laterza, 1995.
- “Quale «democrazia costituzionale»? La Corte Federal nella politica tedesca e il problema della costituzione europea”, *Rivista Italiana di Scienza Politica*, 2, ano XXVII, Agosto 1997.
- SÁ (Victor de), *A crise do liberalismo e as primeiras manifestações das ideias socialistas em Portugal (1820-1852)*, Seara Nova, Lisboa, 1974.
- SAINT GIRON, *Manuel de Droit Constitutionnel*, L. Larose et Forcel, Paris, 1885.
- SALA (Vincent della), “Oltre la trasformazione e l’adattamento dello Stato”, *Rivista Italiana di Scienza Politica*, Anno XXXVI, 2, 2006.
- SALAZAR (Oliveira), *Discursos I (1928-1934)*, Coimbra Editora, Coimbra, 1935.
- *Discursos II (1935-1937)*, Coimbra Editora, Coimbra, 1937.
- SANCHES AGESTA (Luis), *Sistema político de la constitución española de 1978*, Editora Nacional, Madrid, 1981.
- SANTI ROMANO, *L’instaurazione di fatto di un ordinamento costituzionale e sua legittimazione*, *Scritti Minori*, I, Milano, 1950.
- SANTOS (Boaventura Sousa), *Pela mão de Alice. O social e o político na pós-modernidade*, Edições Afrontamento, Porto, 1994.

- *A crítica da razão indolente, contra o desperdício da experiência*, Edições Afrontamento, Porto, 2000.
- SARTORI (Giovanni) *Qué es la democracia?*, Taurus, Madrid, 2003.
- SAUSSURE (F.), *Cours de linguistique générale*, Payot, Paris, 1979.
- SBRAGIA (Alberta M.), “La democrazia pós-nacional”, *Rivista Italiana di Scienza Politica*, 2004.
- SCIULLI (David), *Theory of societal constitutionalism: Foundations of a non-marxist critical theory*, Cambridge University Press, 1992.
- SCHMITT (Carl), *Teoría de la constitución*, Editora Nacional, México, 1966.
- *La dictadura, desde los comienzos del pensamiento moderno de la soberanía hasta la lucha de clases proletaria*, Ediciones de la Revista de Occidente, Madrid, 1968.
- *Legalidad y legitimidad*, Aguilar, Madrid, 1968.
- *Scritti su Thomas Hobbes*, Giuffrè Editore, Milano, 1986.
- SCHMITTER (Philippe), “Patti e transizioni: mezzi non-democratici a fini democratici?”, *Rivista italiana di Scienza Politica*, XIV, n.º 3, dicembre 1984.
- “A comunidade Europeia: uma forma nova de dominação política”, *Análise Social*, Instituto de Ciências Sociais da Universidade de Lisboa, vol. XXVII (18-119), 1992.
- “Governance in the European Union: a viable mechanism for future legitimation?”, in *Governance and Democracy, Comparing national, European and international experiences*, Ed. by Arthur Benz and Yannis Papadopoulos, Routledge, New York, 2006.
- SERRÃO (Joel), “Belenzada”, *Dicionário de História de Portugal*, I, Iniciativas Editoriais, Lisboa, 1971.
- “Republicanism”, *Dicionário de História de Portugal*, III, Iniciativas Editoriais, Lisboa, 1971.
- SIEYÈS (Emmanuel) *Qu'est-ce que le Tiers État?*, Au Siège de la société, Paris, 1888.
- *Escritos y Discursos de la revolución*, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1990.
- SILVESTRI (Gaetano), “La parabola della sovranità. Ascesa, declivio e trasfigurazione di un concetto”, *Rivista di Diritto Costituzionale*, 1/1996.
- SIMOULIN (Vincent), “La gouvernance et l'action publique: le succès d'une forme simmélienne”, *Droit et Société*, nº 54/2003.
- SMEND (Rudolf), *Constitución y Derecho Constitucional*, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1985.
- SOLÉ TURA (Jordi) e AJA (Eliseo), *Constituciones y períodos constituyentes en España (1808-1936)*, Siglo XXI de España Editores, Madrid, 1983
- STEINER (Udo), *Verfassunggebung und verfassunggebende Gewalt des Volkes*, Duncker & Humblot, Berlin, 1966.
- STERN (Klaus), *Derecho del Estado de la Republica Federal Alemana*, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1987.
- STIGLITZ (Joseph E.), *El malestar en la globalización*, Taurus, Madrid, 2002.
- SUÁREZ, *Las Leyes*, Liv III, Madrid, 1967.
- TAIBO ARIAS (Carlos), *Un nuevo tercer mundo? Un achegamento crítico a Europa central e oriental contemporánea*, Editorial Ludus, A Coruña, 2000.
- TAJADURA TEJADA (Javier), “La crisis de la constitución en el proceso de integración europea”, *Revista de Derecho Político*, 53, 2002.

- TEUBNER (Gunther), *Altera pars audiatur: le droit dans la collision des discours*, Droit & Société, 35, 1997 (disponible en <http://www.reds.msh-Paris.fr/publications/revue/html/ds035/ds035-07.htm>).
- “Societal Constitutionalism: Alternatives to State-Centred Constitutional Theory”, Christian Joerges, Inger-Johanne Sand, Gunther Teubner (ed.) *Transnational Governance and constitutionalism*, Oxford and Portland Oregon, 2004.
 - *La cultura del Diritto nell'epoca della globalizzazione. L'emergere delle costituzioni civili*, Armando Editore, Roma, 2005.
 - “Justice under global capitalism?”, *European Journal of legal studies*, volume 1, n° 3, 2008.
 - “Policorporatismo e società degli interessi”, *Impresa & Stato*, Rivista della Camera di Commercio di Milano, n° 30; disponible en http://impresa-stato.mi.camcom.it/im_30/20-24.htm.
- TEUBNER (Gunther) e FISCHER-LESCANO (Andreas), “Scontro tra regimi: la vana ricerca di unità nella frammentazione del diritto global”, in Gunther Teubner, *La cultura del Diritto nell'epoca della globalizzazione. L'emergere delle costituzioni civili*, Armando Editore, Roma, 2005.
- THOMASHAUSEN (André), “Constituição e Realidade Constitucional”, *Revista da Ordem dos Advogados*, Agosto/Setembro de 1977.
- THUOT (Jean-François) *La fin de la représentation et les formes contemporaines de la démocratie*, Éditions Nota Bene, Québec, 1998.
- TOCQUEVILLE (Alexis), *L'ancien régime et la révolution*, Gallimard, Paris, 1967.
- TORCHIA (L.) “Una Costituzione senza stato”, *Diritto pubblico*, n° 2, 2001.
- TOUCHARD (Jean), *História das ideias políticas*, 3, Publicações Europa-América, Lisboa, 1970.
- TOURAINÉ (Alain), *Critique de la modernité*, Fayard, Paris, 1992.
- *O que é a democracia?*, Instituto Piaget, Lisboa, 1996.
- TULLY (James), “Locke”, in BURNS (J. H.), *Histoire de la pensée politique moderne 1450-1700*, Presses Universitaires de France, Paris, 1997.
- ULLMANN (Walter), *Principios de gobierno y política en la edad media*, Ediciones de la Revista de Occidente, Madrid, 1971.
- VAGLI (Giovanni), “La Costituzione brasiliana del 1988”, *Quaderni Costituzionali*, Anno XVIII, n. 3, 1998.
- VALENTE (Vasco Pulido), *O poder e o povo: a revolução de 1910*, Publicações Dom Quixote, Lisboa, 1974.
- VALLESPÍN OÑA (Fernando), *Nuevas teorías del Contrato social: John Rawls, Robert Nozick y James Buchanan*, Alianza Editorial, Madrid, 1985.
- *El futuro de la política*, Taurus, Madrid, 2000.
- VANOSI (Jorge Reinaldo), *Teoría constitucional*, I, *Teoría constituyente*, Ediciones Depalma, Buenos Aires, 1975.
- VARELA (Joaquín V.), “La doctrina de la constitución histórica: de Jovellanos a las Cortes de 1845”, *Revista de derecho político*, 1994.
- VARGUES (I. Nobre), *A aprendizagem da Cidadania em Portugal (1820-1823)*, Livraria Minerva Editora, Coimbra, 1997.
- VEDEL (Georges), “Schengen et Maastricht”, *Revue française de Droit Administratif*, 8 (2), Mars-Avril, 1992.
- “Souveraineté et supraconstitutionalité”, *Pouvoirs*, 67, 1993.
- VEGA GARCÍA (Pedro de), *La reforma constitucional y la problemática del poder constituyente*, Tecnos, Madrid, 1988.

- "Mundialización y derecho constitucional: la crisis del principio democrático en el constitucionalismo actual", *Revista de Estudios Políticos*, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Abril/Junio, 1998.
- VERGOTTINI (Giuseppe de), *Le origini della seconda Repubblica Portoghese (1974-1976)*, A. Giuffrè Editore, Milano, 1977.
- VILLEY (Michel), "Le droit de l'individu chez Hobbes", *Hobbes-Forschungen*, Duncker & Humblot, Berlin, 1968.
- WALKER (Neil), *The idea of constitutional pluralism*, European University Institut Badia Fiesolana, San Dominico, 2002.
- "After the constitutional moment", *Online Paper* 32/03, The Federal Trust for Education and Research, November 2003.
- WEILER (Joseph), Diritti umani, costituzionalismo ed integrazione: iconografia e feticismo, *Quaderni costituzionali*, Anno XXII, n° 3, Settembre 2003.
- WERNER (Alain), "Le Conseil constitutionnel et l'appropriation du pouvoir constituant", *Pouvoirs*, 99, 2001.
- WHITEHEAD (Laurence), "Aspectos internacionales de la democratización", in O'Donnell (Guillermo), Schmitter (Philippe C.) y Whitehead (Laurence), *Transiciones desde un gobierno autoritario/3*, Ediciones Paidós, Barcelona, 1994.
- WÜRTENBERGER (Thomas), "L'article 146: continuité ou discontinuité du droit constitutionnel", *Revue française de Droit constitutionnel*, 1991.
- WYRZYKOWSKI (Miroslaw), "Las reformas constitucionales en Polonia", in *Las nuevas instituciones políticas de la Europa oriental*, Dir. Carlos Flores Juberías, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid y Valencia, 1997.
- ZAGREBELSKY (Gustavo), *Il diritto mite*, Einaudi, Torino, 1992.
- *Il federalismo e la democrazia europea*, La Nuova Italia Scientifica, Roma, 1995.
- "El derecho constitucional del pluralismo", *Anuario de Derecho Constitucional y Parlamentario*, n.º 11, 1999.
- "Storia e costituzione", in *Il futuro della costituzione* (a cura de Zagrebelsky, Portinaro e Luther), Einaudi, Torino, 1999.
- ZARKA (Ives-Charles), "Personne civil et représentation politique chez Hobbes", *Archives de Philosophie* 48, 1985.
- ZIMMER (Willy), "La loi du 3 juin 1958: contribution à l'étude des actes pré-constituants", *Revue du Droit Publique*, 2, 1995.
- *La reunification allemande. Contribution a la théorie du pouvoir constituant*, Thèse de Doctorat, Faculté des Sciences Juridiques, politiques et sociales, Université de Lille II, 1994.

Versión abreviada en español

EL PODER CONSTITUYENTE: DEL TIEMPO DE LAS PATRIAS A LA ERA DE LA GLOBALIZACIÓN

RESUMEN

Se recorre el ciclo vital del poder constituyente, desde su génesis teórica hasta la proclamación de su muerte en el contexto del fin de la modernidad. En el origen está la concepción del pueblo construida como entidad homogénea por las teorías del pacto social y recibida y reforzada por la teoría del poder constituyente de Sieyès. Una visión más realista de los fenómenos políticos hizo indefendible el mito de la homogeneidad social. La epistemología del consenso, oriunda de la tradición contractualista, dio lugar a la epistemología de la discrepancia de un positivismo sociológico que reduce el poder constituyente al dominio político de las fuerzas socialmente dominantes. En este cuadrante doctrinario, la revolución es el contexto más común y natural de la manifestación del poder constituyente. La historia constitucional hasta la segunda mitad del siglo XX acumula ejemplos de la forma revolucionaria de los procesos de sustitución de las constituciones y de la parcialidad sociológica de esos mismos procesos. Este paradigma parece cancelado en las últimas décadas del siglo XX. Ciertamente, asistimos desde entonces a las llamadas “transiciones constitucionales”. Inclementes dictaduras se metamorfosearon en regímenes democráticos sin solución de continuidad jurídica. Con notable arte e ingenio, se utilizaron los mecanismos de revisión para crear el nuevo ordenamiento constitucional. El éxito de la producción legal y pacífica de las nuevas constituciones evidenció el anacronismo de la imagen de

un poder constituyente autoasumido como fuera de la ley. Pero la condena inapelable de esa figura histórica fue, sobre todo, sentenciada por los avatares de la democracia que el mundo occidental irónicamente le debe. En la actualidad, la democracia se tornó inconciliable con la pretensión de un proyecto político unificador. La sociedad está ahora pulverizada en grupos sociales competitivos, cada uno poseedor de su proyecto propio. Esto va al corriente de una globalización que pone inexorablemente en cuestión las tradicionales formas de organización nacional y estatal. Sumergidos en el pragmatismo, los gobiernos adoptan el modelo de gestión propio de las empresas privadas (*New Public Management*) y limitan sus obligaciones constitucionales a la “reducción de la complejidad” inducida internamente por la dinámica de la competitividad mundial. El tiempo no es, pues, propicio para una “constitución metanarrativa”. Y, no obstante, se presiente por todos lados el peligro letal de una democracia sin solidaridad social. Se impone, entonces, recuperar la idea del poder constituyente como expresión de disconformidad de los sujetos oprimidos. Éste surgió en la historia como manifestación de la consciencia de sí mismo de un pueblo que decidió conducir su propio destino. Será siempre por esa autoconsciencia y autodeterminación por lo que el poder constituyente se hará realidad en movimiento, un movimiento tan perpetuo y profundo cuanto lo sean las posibilidades de emancipación humana. Si atribuimos al poder constituyente una radical intencionalidad emancipadora, es entonces en la *lucha por el reconocimiento* de los *aún no* emancipados donde lo vemos actuar en persona. En nuestra tesis, el pueblo que, en los Estados nacionales o postnacionales, en cualquier parte del mundo, carga en los hombros todo el peso de un adelanto basado en la competición y en la guerra, es el *sujeto adecuado* del poder constituyente, porque es él el que, a corto o largo plazo, por cualquier forma que sea, hasta por el simple efecto del escándalo de la injusticia en la *opinio communis* universal, obligará a una aplicación cada vez más extensa y profunda de los derechos humanos.

ÍNDICE

0.	Exposición de motivos.....	1
0.1.	Críticas al proceso constituyente que generó la Constitución de la República Portuguesa.....	1
0.2.	Nuevas tendencias históricas: crisis de la soberanía y de los Estados nacionales....	6
0.3.	El resurgimiento de la problemática del poder constituyente cuando se anuncia su desaparición.....	18
1.	La gestación teórica del poder constituyente.....	27
1.1.	Evolución semántica y transformaciones de la realidad política.....	27
1.2.	La experiencia medieval de un poder público limitado.....	31
1.3.	Las metamorfosis evolutivas del concepto de soberanía.....	38
1.4.	Confluencia de la teoría de la soberanía con el paradigma contractualista. De la teoría del contrato social a la teoría del poder constituyente.....	49
1.4.1.	Momento inglés: el descubrimiento de la “cosa”.....	51
1.4.1.1.	Hobbes: la fundamentación contractualista del absolutismo monárquico.....	51
1.4.1.2.	Locke y la emergencia histórica del pueblo como soberano: del mito teórico a la realidad sociológica.....	68
1.4.2.	Momento francés: el nombre de la “cosa”.....	77
1.4.2.1.	Rousseau: la soberanía como democracia.....	77
1.4.2.2.	Sieyès: “una idea sana y útil”.....	92
2.	De la construcción lógica a la descripción sociológica del poder constituyente. Las parcialidades del poder encubiertas en la universalidad teórica del concepto.....	105
2.1.	El mito de las asambleas constituyentes omnipotentes. La fuerza prescriptiva del contexto revolucionario.....	106
2.2.	La autodenuncia de la “hipocresía burguesa” en la distinción entre ciudadanos activos y pasivos.....	120
2.3.	Lucha de clases y factores reales de poder.....	125
2.4.	La constitución en sentido material. Asimilación del poder constituyente a las fuerzas políticas dominantes.....	130
2.5.	Legitimación en última instancia por el “soberano alegórico”.....	135
2.6.	Poder constituyente y revolución. Fenomenología del proceso constituyente.....	140
2.7.	Ilustración del proceso constituyente. Recorrido por la historia constitucional portuguesa.....	147
2.8.	La práctica de las restricciones jurídicas a la autonomía de la voluntad de las asambleas constituyentes.....	159
2.9.	La cuestión del poder limitado o ilimitado de las asambleas constituyentes. Equivalencia teórica de la tesis y de la antítesis. El factor político de la opción.....	167

2.10. El perfil variable de las asambleas constituyentes en función de la correlación de las fuerzas políticas. Nuevo recorrido por la experiencia constitucional portuguesa....	174
2. Nuevo paradigma de transiciones constitucionales.....	187
3.1. De la “transición por revolución” a la “transición por transacción”.....	187
3.2. El mapa de las transiciones constitucionales legales.....	194
3.3. Clasificaciones doctrinarias del fenómeno: fraude a la constitución y revoluciones legal.....	224
3.4. El poder constituyente con ropaje del poder de revisión. Desdramatización del proceso constituyente.....	241
3.5. La doctrina en torno a la cuestión de los límites del poder de revisión.....	264
3.5.1. La teoría de los límites implícita en la idea de “fraude a la constitución”.....	265
3.5.2. Ausencia de límites materiales supuesta en las tesis de la “revolución legal”.....	288
3.6. Proyección de las transiciones constitucionales en la teoría y en la práctica del poder constituyente.....	301
3.7. ¿Y ahora, poder constituyente, <i>Quo vadis?</i>	312
4. La crisis de la modernidad y la muerte anunciada del sujeto constituyente.....	315
4.1. El poder constituyente en el pluralismo del modelo de Estado constitucional.....	316
4.2. El poder constituyente como concepto cancelado o agotado.....	323
4.3. La constitución como proceso en el horizonte de una sociedad abierta.....	333
4.4. Las falacias de la utopía de los procesos asociada a la visión de un constitucionalismo sin sujeto.....	343
4.5. Nuevas representaciones de la sociedad: la captura de lo social por el funcionalismo sistémico.....	346
4.6. La emergencia de nuevos constitucionalismos en el contexto de la integración europea y de la globalización.....	358
4.6.1 . Paso del gobierno a la gobernación: el constitucionalismo de la <i>good governance</i>	358
4.6.2 . La desestatalización de la constitución y del derecho: el <i>societal constitutionalism</i>	372
5. Recreación de la idea de poder constituyente como contrapoder. Abordaje posmoderno.....	387
5.1. Las limitaciones del concepto moderno de poder constituyente.....	389
5.2. Comprensión posmoderno del poder constituyente. La multitud como sujeto adecuado. La democracia como disutopía.....	392
6. El poder constituyente <i>más allá</i> de la comprensión posmoderna. Su intencionalidad emancipadora.....	399
6.1. Regreso a la cuestión del sujeto adecuado.....	399
6.2. Definición descriptiva y prescriptiva de pueblo. Los déficits de las democracias reales.....	401
6.3. Los derechos humanos como contenido normativo de la intencionalidad emancipadora del poder constituyente.....	406
6.4. Desdoblamiento del concepto de pueblo. Pueblo civil y pueblo constituyente. Pueblo empírico o sincrónico y pueblo perpetuo o diacrónico.....	413
6.5. La soberanía popular y los derechos de ciudadanía.....	415

6.6. El pueblo más allá del Estado nacional. El pueblo constituyente en la dimensión europea.....	420
6.6.1. Tesis: la Unión Europea emana de un proceso constituyente que presupone un poder constituyente europeo.....	420
6.6.2. Antítesis: la Unión Europea no es obra del poder constituyente europeo.....	430
6.7. El poder constituyente en la dimensión cosmopolita. El soberano y el antisoberano globales.....	445
7. El poder (auto)constituyente del pueblo es, siempre fue y siempre lo será, el poder constituyente de los <i>aún</i> no emancipados.....	463
Conclusiones.....	473
Conclusión final.....	483
Bibliografía.....	485

1. EXPOSICIÓN DE MOTIVOS

1.1. Críticas al proceso constituyente que generó la Constitución de la República Portuguesa.

La Constitución de 1976 vio contestada su legitimidad, tanto desde el punto de vista procesal, como desde el punto de vista material.

Recordando los hechos, no hay duda de que la Asamblea Constituyente que produjo la Constitución de 1976 no actuó con las prerrogativas de un órgano soberano que, actuando en el lugar de la nación, se supondría que debería concentrar en él todos los poderes de ésta, o sea, estar investida de la plenitud del poder soberano. En realidad, se vio obligada a funcionar en el marco de una competencia delimitada externamente.

Esa competencia quedó fijada desde el principio en la Ley Constitucional n.º 3/74, que concretó el programa del Movimiento de las Fuerzas Armadas, estableciendo la Constitución provisional y definiendo el estatuto de la Constituyente. Esta ejercería sólo la función constituyente (la actividad constituyente en sentido estricto), permaneciendo las funciones legislativa y de dirección política en manos de los órganos revolucionarios, que se mantendrían en funciones hasta la entrada en vigor de la Constitución, más precisamente hasta la elección del Presidente de la República y de la Asamblea Legislativa. E incluso en el aspecto específicamente constituyente, la Asamblea estaría subordinada a límites temporales, pues debería aprobar la Constitución en un plazo de tres meses, prorrogables por igual periodo.

Si la Asamblea Constituyente, por la Ley Constitucional n.º 3/74, detendría (descontados los límites temporales) la plenitud del poder constituyente, dado que no estaba vinculada por normas precedentes de derecho positivo que presupusiesen el contenido constitucional o que sujetaran la aprobación del texto constitucional a

cualquier forma de ratificación popular u otra, ya por la Plataforma de Acuerdo Constitucional (Pacto MFA/Partidos) celebrada el 11 de Abril de 1975 entre el MFA y los más importantes partidos que se presentarían a las elecciones de 25 de Abril de 1975, se limitaría la propia función constituyente de la Asamblea.

De hecho, por el Pacto se preconstituía una parte de la futura Constitución: se establecía la estructura y la competencia de los futuros órganos de la soberanía – Consejo de la Revolución, Presidente de la República, Asamblea del MFA, Asamblea Legislativa, Gobierno y Tribunales. Además de eso, se prescribían otros límites al poder constituyente: respeto por los principios del Programa del MFA, por las “conquistas” obtenidas y por los “desarrollos del Programa impuestos por la dinámica revolucionaria”; no ser posible modificar los puntos fijados en el Pacto, sino después de un “periodo de transición” de la futura Constitución de duración entre tres y cinco años; vigilancia permanente de la actividad constituyente por una comisión nombrada por el MFA durante los trabajos de la Asamblea Constituyente; aprobación de la nueva Constitución por parte del Consejo de la Revolución.

Por otro lado, la dinámica revolucionaria se precipitó después del “11 de Marzo”, de tal modo que la Asamblea Constituyente inició sus trabajos envuelta en un “proceso revolucionario en curso” (PREC) que se tradujo en la destrucción de las bases del capitalismo monopolista y latifundista (en los campos del Sur es ocupado el latifundio, son nacionalizados los principales grupos económicos y los sectores clave de la economía) y en donde los poderes legislativo y de dirección política dejados a los órganos revolucionarios fueron utilizados para cubrir e impulsar este proceso.

En conclusión, la Asamblea Constituyente estuvo desde el principio exonerada de sus “naturales” funciones legislativa y gubernamental, es decir, limitada materialmente (Jorge Miranda), o limitada en su objeto (Manuel Lucena); fue seguidamente sujeta a fuertes restricciones en la propia función constituyente por el Pacto MFA/Partidos – limitada jurídicamente (Vergottini)¹ o sólo política y moralmente (Jorge Miranda); y, además de todo ello, funcionó siempre bajo la presión de múltiples episodios del PREC, como fue paradigmáticamente el caso del levantamiento popular ocurrido el día 12 de Noviembre de 1975.

¹ VEGOTTINI es por ventura el autor extranjero que llevó a cabo el análisis más exhaustiva del proceso constituyente portugués (cf. GIUSEPPE DE VERGOTTINI, *Le origini della seconda Repubblica Portoghese (1974-1976)*, A. Giuffrè Editore, Milano, 1977).

Reaccionando a tanta “situación inédita” u originalidad del proceso constituyente, se afirmó que la constitución fue realizada bajo coacción, dado que la Asamblea Constituyente actuó sin libertad¹. En efecto, el Pacto MFA/Partidos, formado externamente a la Asamblea, “decisión unilateral del MFA”, que los partidos aceptaron “con reserva mental”, “donde, independientemente de la voluntad popular expresada en el acto electoral, las líneas fundamentales de la constitución ya se encontraban establecidas en conformidad con el MFA”², habrá expropiado parte esencial del poder constituyente, usurpándolo a su titular legítimo, la Asamblea elegida por el pueblo, que quedó con un espacio de maniobra inconcebiblemente delimitado.

Refiriéndose a la dinámica revolucionaria (de la que el Pacto es, de hecho, aún una emanación), se afirma que la Constituyente estuvo sujeta a presiones “poco comunes”, que se asistió a un proceso peculiar de producción de la constitución, cuyas líneas generales previamente definidas en el ardor de la acción revolucionaria podrían llegar a imponerse a la Asamblea Constituyente cuando ésta, finalmente, se reuniera (imposición de la unicidad sindical por ley y otros diplomas que estaban forjándose), o incluso ya después de reunidas. Los trabajos de la Asamblea fueron, durante el Verano de 1975, constantemente amenazados y hasta sobrepasados tanto por la legislación de los 4.º y 5.º Gobiernos Provisionales, que decretaron medidas de carácter fundamental (sobre todo en materia económica: nacionalizaciones, reforma agraria, legislación del trabajo), como por los planes y actividades del MFA, incompatibles con las tareas, ya tan limitadas por el Pacto, de la Asamblea Constituyente, así como por los excesos cometidos al abrigo de una “legalidad revolucionaria”. Todo esto, en mayor o menor grado, implicaba una predeterminación (autoritaria) del contenido de la futura ley fundamental.

Como fácilmente se deducía en aquella época, el discurso de los críticos de la legitimidad procesal de la Constitución estaba lejos de ser inocuo, puramente académico; por el contrario, estaba visiblemente cargado de “amenazas” dirigidas a la fuerza normativa de la constitución. De la pretendida ilegitimidad de los procedimientos constituyentes los críticos inferían consecuencias no coincidentes, pero todas ellas

¹ Asamblea Constituyente cuya composición, en realidad, estaría también viciada, no sólo por las dificultades reales creadas a ciertos partidos políticos, sino también por las incapacidades electorales (se habría violado un principio jurídico fundamental según el cual el poder constituyente reside en todo el pueblo (AFONSO RODRIGUES QUEIRÓ) y particularmente por la insidiosa propaganda de la opción socialista del MFA, que deformó el ambiente en el que se realizaron las elecciones (MÁRIO RAPOSO, ANDRÉ THOMASHAUSEN).

² HEINRICH EWALD HÖRSTER, “O Imposto Complementar e o Estado de Direito”, *Revista de Direito e Economia*, Janeiro/Junho, 1977, 70.

acababan por desembocar en la devaluación de la Constitución – más específicamente, en la devaluación de las normas que apuntaban hacia una transformación profunda de la sociedad, en el sentido de completar la igualdad formal con la igualdad material¹.

Situados en un punto de vista diferente, nos propusimos emprender un estudio sobre los modos históricos de manifestación y autocomprensión del poder constituyente, tomando como guía la hipótesis según la cual los procedimientos criticados (presiones, coacciones, delimitaciones y predeterminaciones constitucionales) serían coesenciales a los procesos de sustitución de las constituciones. Nos parecía, en efecto, que la legitimidad de una constitución – su dignidad de reconocimiento – no podría ser cotejada por la mayor o menor turbulencia de los diversos PREC históricos: *el poder constituyente no es un mecanismo de épocas tranquilas*².

Para nosotros, se tornaba claro que aquellas críticas tenían por base una cierta precomprensión del poder constituyente que mantuvo intacto el patrimonio conceptual legado por los pioneros teóricos del Estado constitucional moderno. En la tipología de Vanossi³, se trataría de un concepto racional-ideal de poder constituyente, el vigente en la época de la Revolución Francesa según la doctrina expuesta por el abad Emmanuel Sieyès: el poder constituyente residiría en la nación (indiferenciada, homogénea, unitaria) que, imposibilitada del ejercer, lo delegaría en una Asamblea Constituyente la cual, soberanamente, delinearía la nueva arquitectura jurídico-política.

Y, así, nuestro propósito inicial era demostrar que el poder que irrumpió en la historia para poner término al orden constitucional del *ancien régime* no residía de hecho en la nación, como enfáticamente se proclamó en aquel momento (“la burguesía se define como *la clase que no quiere ser denominada*”⁴) y como, ideológicamente, se propagó para el futuro, sino que residía en la clase o grupo político dominante, siendo el pueblo llamado a ejercer (electoralmente) la soberanía constituyente ya “preformado”⁵,

¹ Como dice MANUEL LUCENA, *O Estado da Revolução (A Constituição de 1976)* “el gran esfuerzo de muchos juristas y analistas demócratas ha sido, por un lado, el de minimizar el número y la importancia de esos «aburridos» preceptos. Por otro lado, el de ver si es posible conferirles un sentido anodino; y, finalmente, el de teorizar la subordinación de la parte revolucionaria a la democrática para que ésta última prevaleciese sistemáticamente cuando acontecieran los ineludibles conflictos normativos”. MÁRIO RAPOSO, por ejemplo, afirma que “ciertas disposiciones constitucionales (artículo 3.º, n.º 2; artículo 10.º) poseen un mero relieve histórico - son simples afirmaciones de principio, sin fuerza vinculativa”

² GEORGES BURDEAU, *Traité de Science Politique*, T. III, *Le statut du pouvoir dans l'État*, Librairie Générale de Droit et Jurisprudence, Paris, 1950, 178.

³ JORGE REINALDO VANOSSI, *Teoría Constitucional*, I (capítulo titulado precisamente “El concepto racional-ideal de poder constituyente”, 5 y sig.) Ediciones Depalma, Buenos Aires, 1975.

⁴ ROLAND BARTHES, *Mitologías*, Edições 70, Lisboa, 1978, 206.

⁵ De ahí la importancia del estudio de los procesos constituyentes para, en esta perspectiva, poder responder a la cuestión del titular del poder constituyente. Cuestión que puede desdoblarse en las

es decir, con la composición sociológica predefinida por una ley electoral instrumentalmente fabricada para garantizar el éxito del proyecto constitucional inspirador del acto de ruptura. No obstante, como la asamblea resultante de las elecciones nunca reflejará simétricamente las fuerzas que actuaron en el *momento desconstituyente* (Olivier Beaud), será ineludible el conflicto (los diferentes conflictos) entre tales fuerzas y el órgano encargado de la formalización del nuevo ordenamiento político-social. Esa es la causa de la forma tormentosa como en general transcurren los procesos constituyentes. Revisitaríamos, continuando con nuestra investigación, los múltiples y discrepantes discursos sobre la legitimidad de las constituciones en un intento de encontrar en la doctrina un criterio que sostuviera teóricamente el juicio previo con el que valorábamos positivamente la CRP. Ese mismo criterio – esa era nuestra convicción – acabaría por testificar la bondad intencional del poder constituyente.

Ante la imposibilidad de cumplir en tiempo útil los objetivos iniciales de una investigación que contemplara de una sola vez la problemática de la doble legitimidad de la constitución, optamos (siendo el mal de la “coacción” ya irremediable, se trataba ahora de minimizar las consecuencias que de ella obtenían sus detractores) por dar prioridad al tema de la legitimidad material, tema que es, naturalmente, indisociable de la cuestión de los límites del poder constituyente – el problema de la vinculación del poder constituyente¹ –, ya que tales límites son ellos mismos la *conditio sine qua non* de la propia validez constitucional. Fue ese el objeto de una anterior disertación².

1.2. Nuevas tendencias históricas: crisis de las soberanías y de los Estados nacionales.

preguntas formuladas por J. ELSTER: ¿Cómo se constituyen las asambleas constituyentes? ¿De qué modo regulan sus procedimientos internos? ¿De qué modo los intereses individuales, de grupo e institucionales inciden sobre el texto final? ¿En qué medida las fuerzas extra-constitucionales inciden sobre el texto constitucional? ¿Cómo son ratificadas las constituciones? (“Lo studio dei processi costituenti: uno schema generale”, *Il futuro della costituzione* (coordinado por ZAGREBELSKY, PORTINARO y LUTHER), Einaudi, Torino, 1999, 215).

¹ La cuestión de la legitimidad procesal nos remite para el titular del poder constituyente; la cuestión de la legitimidad material para la vinculación jurídica o política de ese mismo poder (cf. KLAUS STERN, *Derecho del Estado de la Republica Federal Alemana*, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1987, 311 e ss.).

² LUZIA M. S. CABRAL PINTO, *Os limites do poder constituinte e a legitimidade material da constituição*, ed. cit., 1994.

Cuando, algunos años después, retomamos el tema de la legitimidad procesal, nos quedamos perplejos. De pronto, nos pareció que se hubiese tornado anacrónico: ¿se había vaciado el objeto/objetivo de nuestro primitivo proyecto de investigación! La Constitución de la República Portuguesa, siendo la primera de la tercera ola de democratización (Huntington¹) fue la “última” a incluirse en el modelo clásico de la emergencia de un poder constituyente originario, acogido en la nación, irrumpiendo de un vacío jurídico y rompiendo con la legalidad constitucional establecida. Un nuevo modo de producción de las constituciones², y en alguna medida debido a los ecos de la “Revolución de los claveles”, se inició en la vecina España (y, de alguna manera ya en Grecia), se extendió a América Latina, países del este y se expandió también al continente africano. Un nuevo modo de elaboración sin la visibilidad inquietante de un “pueblo unido que jamás será vencido” y sin la unión aún más inquietante del dicho pueblo unido con el MFA. O sea, en otras palabras, un modo de elaboración de constituciones sin la iniciativa manifiesta de las fuerzas armadas y del pueblo desorganizado, un proceso en el cual las nuevas constituciones son producto de un poder constituyente bien comportado, todo él canalizado por vías legales, obediente a las normas que las viejas constituciones establecían para su propio cambio.

Si el objetivo inicial era probar que presiones y coacciones, con mayor o menor dosis de violencia, formaban parte de la esencia del fenómeno constituyente, suprimido como quedaba, en el nuevo modelo emergente, el carácter *contra legem* de los cambios constitucionales, se habría entonces agotado el interés de la reflexión teórica sobre la histórica figura del poder constituyente, un sujeto “puramente político”, extra-constitucional, prejurídico, ilimitado, *monstrum*, que a semejanza de Dios crea el orden jurídico-político a partir de la nada, según la imagen fuerte heredada de la Revolución Francesa (Böckenförde, Rescigno, L. Jaume, Luciani, Silvestri).

De hecho, se anunciaba perentoriamente el fin de las revoluciones totales (Ackerman), humus de la fermentación del poder constituyente y se recurría al concepto

¹ “La tercera ola de democratización en el mundo moderno comenzó, de manera poco convincente e involuntaria, veinticinco minutos después de la medianoche, martes, día 25 de Abril de 1974, en Lisboa, Portugal, cuando una estación de radio transmitió la canción ‘Grândola Vila Morena’. Esta emisión fue la señal para que las unidades militares de Lisboa y alrededores ejecutaran los planes del golpe de Estado que habían sido cuidadosamente diseñados por los jóvenes oficiales que lideraban el Movimiento de las Fuerzas Armadas (MFA)” (SAMUEL P. HUNTINGTON, *La tercera ola, la democratización a finales del siglo XX*, Paidós, 1994, 17).

² Cf. WILLY ZIMMER, *La reunification allemande. Contribution a la théorie du pouvoir constituant*, Thèse de Doctorat, Faculté des Sciences Juridiques, politiques et sociales, Université de Lille II, 1994, 168.

de pacto (Häberle), más acorde con la evolución progresiva de la realidad constitucional, evitando las incursiones románticas en el futuro y los regresos traumáticos a una más ajustada sistematización jurídica de los poderes fácticos (cuando no incluso a situaciones transitorias de retroceso, que no por ser transitorias dejarían de ser dolorosas). Se adivinaba un poder constituyente de carácter no revolucionario, evolutivo, y la consecución de transformaciones político-constitucionales “según un desarrollo ordenado” (Grassò). En realidad, si la forma política final, derrumbados por implosión los regímenes socialistas, justificados por la intención de emancipar las clases trabajadoras, paso hacia la perpetua desalienación de toda la humanidad (Marx), si la forma política final, decíamos, era el Estado de derecho democrático constitucional, conocido ahora ese destino inexorable y universal, las revoluciones violentas perderían su sentido, e inmediatamente, con eso, se perdería también el interés por el estudio del poder constituyente, ahora definitivamente puesto en su sitio. El fin de las ideologías detonadoras de la activación del poder constituyente, fin de la historia y, por lo tanto, fin también de los proyectos colectivos y de las *metanarrativas* de emancipación (Daniel Bell, Fukuyama, Lyotard). ¿Podrían descansar ahora finalmente los juristas, ya que el poder constituyente comenzaba a dar señales de intachable legalidad?

Para agravar aún más nuestra incomodidad, nos deparamos con otra realidad en movimiento acelerado, con nuevas consecuencias letales para el mismo concepto, en el sentido de poder de autoorganización, de autodeterminación de un pueblo (sociedad). Estamos hablando ahora de la crisis del Estado nacional abierta por la “reestructuración del globo y por la formación de espacios supranacionales” (Lucas Pires), fenómeno que desde hace mucho tiempo se venía produciendo insidiosamente en Europa (y que hace mucho tiempo también, concretamente en 1932, fuera anunciado por Carl Schmitt, aunque en ese momento visto sólo en la perspectiva del pluralismo interno emergente). Pues fue precisamente el Estado nacional el contexto que generó el poder constituyente, o sea, el que suministró el sustrato socio-político e ideológico que determinó su emergencia tanto en la realidad como en la teoría.

Si la forma política dominante no deja de ser aún el Estado nacional (se trata, sin embargo, “de un Estado que, sometido a presiones y embates de notable envergadura, ve como consecuencia disminuidos sus ámbitos de actuación y comprometidas las

propias razones de su existencia”¹), son ya muchas las señales de que nos encontramos en transición hacia “un nuevo orden mundial de la Humanidad, en donde el poder político emergente será diferente del actual” (Lucas Pires). Los cuadros nacionales se han ido tornando incapaces de dar solución a los nuevos problemas con los que las sociedades modernas (*sociedades de riesgo*) se enfrentan. Con la necesidad de hacer frente a los desafíos de la economía global, los países europeos fueron reconociendo que sus capacidades y recursos individuales saldrían reforzados si, superando las viejas rivalidades (que precipitaron hacia el abismo de las guerras mundiales del siglo XX), unieran esfuerzos, pactasen estrategias y, yendo más allá del primitivo deseo de un simple mercado ampliado, avanzaran en dirección a un gobierno común.

Están así forjándose nuevas formas de organización post-estatal en Europa, de contornos aún apenas definidos y cuyo proceso de integración continúa lejos de estar concluido, no sabiéndose como esas formas se van a legitimar (y consolidar), es decir, si obedecerán al paradigma fundacional (que produjo el concepto de poder constituyente) o al no fundacional, evolucionando en este caso mediante tratados que, de forma progresiva, van entretejiendo estructuras normativas en el edificio protoconstitucional de la comunidad europea. Se trata, no obstante, de una situación que genera permanente e intensa controversia, oponiendo, por un lado, antifederalistas a federalistas y, por otro, ya dentro de estos últimos, radicales (supranacionalistas) a moderados. Aunque divergiendo en cuanto a la “naturaleza política de ese misterioso objeto denominado Unión Europea”², todos (incluyendo los antifederalistas) convergen en el reconocimiento de su irreversibilidad, ocurriendo que los federalistas, radicales y moderados, malgrado aquello que los divide, apuestan con igual empeño en relegar a las soberanías estatales a un segundo plano frente a la conveniencia estratégica de hacer de Europa una comunidad política sostenida por una constitución.

El paradigma fundacional fue cuestionado por Dieter Grimm con un argumento *soberanista* que se tornó recurrente y que suscitó una conocida réplica de Habermas³.

¹ PEDRO de VEGA GARCÍA, “Mundialización y derecho constitucional: la crisis del principio democrático en el constitucionalismo actual”, *Revista de Estudios Políticos*, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Abril/Junio, 1998, 14.

² MARRAMAO recuerda la ironía de GIULANO AMATO al referirse al proyecto europeo como un “OVNI, *objeto volante no identificado*, cuya naturaleza no puede ser aprehendida y que, no obstante, vuela” (GIACOMO MARRAMAO, “L’Europe après le Léviathan”, *Lignes* (L’Europe en partage), Février, 2004, 58).

³ Para esta polémica, ver DIETER GRIMM, “Una costituzione per l’Europa?” y JÜRGEN HABERMAS, “Una costituzione per l’Europa. Osservazioni su Dieter Grimm”, ambos textos incluidos en *Il futuro della costituzione* (coordinado por ZAGREBELSKY, PORTINARO y LUTHER), Einaudi, Turín, 1999. Para

No será una exageración decir que los federalistas convirtieron esa réplica en su texto de referencia. Según Grimm, Europa no puede dotarse de una constitución – e, por ello, no puede convertirse en un Estado – porque no existe un pueblo europeo, o sea, no hay un soberano legítimamente constituyente. “Mientras que las naciones se dan a sí mismas una constitución, la Unión europea ve como le es atribuida una constitución por terceros. No puede, así pues, decidir su propia organización fundamental”¹. Está claro que, aunque fiel a la tradición de la teoría constitucional que coloca el Estado en el final de un orden básico que tiene en el principio al pueblo (la soberanía popular), Grimm no cae en la falacia sustancialista del pueblo homogéneo: los pueblos históricos construyen su identidad colectiva por encima de todas sus diversidades internas. La respuesta en forma de argumento federalista de Habermas consiste precisamente, diciéndolo de forma abreviada, en alterar aquel orden: la constitución, en vez de ser resultado, puede ser ella misma el fundamento de una identidad europea aún no existente².

Con optimismo excesivo, los federalistas radicales creen que en poco tiempo la Unión Europea acabará por absorber las competencias más relevantes de los Estados nacionales y que, consiguientemente, el hábito de la obediencia a centros de decisión de ámbito comunitario irá atenuando el orgullo nacionalista de pertenencia a un Estado-nación, generando en su lugar el orgullo de pertenecer a un Estado federal de dimensión europea. Para apresurar y reforzar el proceso de la transición, se preconiza para la Europa posnacional la utilización de los elementos con los cuales se construyeron las identidades patrióticas de los Estados modernos: una constitución, una bandera, un himno.

una perspectiva general de este debate, ver JÜRGEN HABERMAS, *Tiempo de transiciones*, Editorial Trotta, Madrid, 2004.

¹ DIETER GRIMM, “Una costituzione per l’Europa?”, loc. cit., 353.

² Escribe, en este sentido, HABERMAS: “la solidaridad ciudadana, limitada hasta ahora al ámbito de los Estados nacionales, tendría que expandirse al conjunto de los ciudadanos de la Unión, de modo a que, por ejemplo, los suecos y los portugueses llegaran a estar dispuestos a comprometerse *los unos por los otros*.... Los escépticos ponen esto en duda argumentando que simplemente no existe un ‘pueblo’ europeo.... Pero si recordamos que en los Estados europeos del siglo XIX la conciencia nacional y la solidaridad ciudadana – que constituyen la primera forma de identidad colectiva – sólo se *generaron* poco a poco con la ayuda de la historiografía, de la comunicación de masas y del servicio militar obligatorio, no hay motivo para ser derrotista”. Es un hecho que los arreglos constitucionales y la cultura política derivada de ahí permitieron pasar de la conciencia local y dinástica a la conciencia nacional y democrática. “¿Porqué este proceso de aprendizaje no tendría que poder proseguir más allá de las fronteras?”. Más adelante HABERMAS añade que la constitución por sí misma no basta para suplir el déficit democrático que resulta de la inexistencia de un *pueblo europeo constituyente*. Ese déficit “sólo podrá ser compensado en la medida en que surja una esfera pública europea en la cual quede integrado el proceso democrático” (JÜRGEN HABERMAS, *Tiempo de transiciones*, ed. cit., 108-109 e 128; cursivas del texto original).

El federalismo moderado busca una alternativa a la hipótesis radical de una Unión Europea funcionando como un Estado por encima de los Estados miembros. Dice Schmitter que, no debiendo ella ser sólo una organización internacional entre otras, “tampoco deberá ser concebida ni como una nación continental, ni como un superestado embrionario”¹. En este cuadrante, el debate constitucional oscila entre, por un lado, el reconocimiento de que es preciso “inventar una nueva forma política, algo más que una confederación, pero menos que una federación” y, por otro, la convicción de que “el desafío con el que nos enfrentamos ya no es tanto el de inventar algo de nuevo, sino el de conservar los grandes éxitos del Estado nacional europeo más allá de sus fronteras nacionales y bajo un formato diferente”².

Pero por diferentes que sean las posiciones en cuanto a la configuración jurídica del cuerpo a dar al “objeto político [aún] no identificado”, el hecho es que está visiblemente formado un amplio consenso entre los que abogan por la conveniencia política y la legitimidad de una constitución europea hecha sin “el llamamiento mitológico y populista a la soberanía y al poder constituyente del pueblo”³. La Europa política, según Marramao, se amolda en el contexto de un *orden post-hobbesiano*, por lo tanto, post-estatal y post-nacional. Y de ahí que su forma constitucional no sea ya comparable con la lógica del derecho público europeo. Desde el principio no se verifica en el espacio comunitario una concentración estatal de la soberanía, sino una dispersión interestatal de competencias y poderes, un *sistema de gobierno a múltiples niveles*. Lo que lleva a Philippe Schmitter a evocar el orden anterior *al Estado-Leviathan*. En efecto, conforme nos recuerda, Europa “conoció ya el *multilevel system of government* antes de cerrarse en el Estado nacional.”⁴. Se trata, pues, de una unidad política de un nuevo tipo que exige, para ser comprendida, el abandono de la vieja dogmática constitucional⁵. En este cuadro, Gomes Canotilho prevé tres rupturas paradigmáticas.

¹ PHILIPPE SCHMITTER, “A comunidade Europeia: uma forma nova de dominação política”, *Análise Social*, Instituto de Ciências Sociais da Universidade de Lisboa, vol. XXVII (18-119), 1992, 741.

² J. HABERMAS, *Tiempo de transiciones*, ed. cit., 112.

³ MARRAMAIO, “L’Europe après le Léviathan”, *Lignes*, ed. cit., 66. En una perspectiva opuesta, ÉTIENNE BALIBAR “Quelle «constitution» de l’Europe?”, *Lignes*, ed. cit., 19 considera que...: “...una situación de este tipo tiene todas las características de un «momento constituyente», donde la constitución no es ni un simple producto de la actividad de los juristas (...), ni una forma ideal preexistente y sustraída a la historia, sino un problema político y como consecuencia, al final de cuentas, una invención”.

⁴ Citado por MARRAMAIO, “L’Europe après le Léviathan”, *Lignes*, ed. cit., 59.

⁵ A contracorriente de esta tendencia, A. RUGGERI insiste en que hay un *proceso constituyente europeo*, sin embargo con déficit democrático en la medida en que son los Estados, a través de los respectivos gobiernos, y no los pueblos, los que protagonizan ese proceso. En su opinión, la legitimidad democrática debe ser consustancial a la constitución europea a doble título: como *constitución-acto* y, simultáneamente, como *constitución-proceso*. Parece, no obstante, que esta última forma de legitimidad

“Son: (1) el requisito de superar el esquema referencial Constitución-Estado; (2) la necesidad de ultrapasar las teorías de los ‘momentos constitucionales’ aislados y únicos y aprehender el sentido y límites del llamado ‘constitucionalismo evolutivo’; (3) la sustitución del esquema jerárquico-normativo del derecho constitucional por un sistema multipolar de ‘governance’ constitucional”¹.

Finalmente, que fuertes vientos invernales azotan duramente el “viejo” y ya tan debilitado concepto de poder constituyente del pueblo lo prueba también la producción de la jurisprudencia constitucional llevada a efecto a través del control de la constitucionalidad de las leyes ordinarias. En efecto, del desarrollo constitucional – a través de la interpretación – se pasa a la creación plena del derecho constitucional. Se revisa la constitución sin recurrir al procedimiento de revisión constitucionalmente establecido. A eso se le suma el control de la constitucionalidad de las propias leyes de revisión, lo que toma aún más nítidamente la apariencia de una apropiación por los tribunales del poder constituyente derivado. En este contexto, se impide al poder constituyente instituido de volver a revisar la constitución (incluso en algunas constituciones en las que no hay mandato constitucional en ese sentido).

Acosta Sánchez, a propósito de este fenómeno, defiende la tesis de que “se trata de una mutación de peso semejante a la que tuvieron en la historia la aparición del Derecho escrito, el Derecho positivo y el Derecho constitucional mismo”, consistiendo tal mutación “en la creciente presencia de un Derecho Constitucional Jurisprudencial y en el decreciente papel del Derecho Constitucional formal”². En realidad, mucho del derecho constitucional hoy vigente en las democracias constitucionales (*living constitution*) no debe su nacimiento a aquel que es, finalmente, el progenitor legítimo de la constitución. Teniendo por referencia a Francia, el país más resistente a esta evolución, Dominique Rousseau subraya que “desde los años 1971-1974, todos los

continuará siendo subestimada. “No es por casualidad que el núcleo de valor constitutivo de la futura constitución que ahora puede ahora ser visto en la Carta de los derechos, se coloque cual producto exclusivo e ‘iluminado’ de una élite político-institucional en el seno de la cual sólo existió parcialmente la participación de asambleas parlamentarias (sin tener en cuenta el aún inmaduro desarrollo del Parlamento europeo). La Carta puede, en suma, ser entendida como el embrión de una Constitución europea que (hasta hoy) promete salir a la luz de modo «otorgado»” (“Sovranità dello Stato e sovranità sovranazionale, attraverso i diritti umani, e prospettive di un diritto europeo “intercostituzionale”, *Diritto Pubblico comparato ed Europeo*, 2001 – II, p. 566).

¹ “*Brançosos*” e interconstitucionalidade. *Itinerários dos discursos sobre a historicidade constitucional*, Almedina, Coimbra, 2006, 283.

² JOSÉ ACOSTA SÁNCHEZ, «Transformaciones de la constitución en el siglo XX», *Revista de Estudios Políticos*, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Abril/Junio, 1998, 57.

observadores están de acuerdo en constatar que la Constitución se torna cada vez más jurisprudencial; un acto escrito, a buen seguro, pero escrito por el juez constitucional”¹.

Los jueces (constitucionales), como garantes de los derechos fundamentales como principios objetivos de la orden constitucional y del Estado de derecho, invocando la soberanía de la constitución (haciendo justicia a la distinción entre poder constituyente y poder constituido y de esa manera prestando homenaje al poder constituyente del pueblo), controlan la constitucionalidad de las leyes relativamente al parámetro constitucional. Para determinar este parámetro, es necesario interpretar la constitución, tarea a partir de la cual, no obstante, se va fabricando, sin cualquier método, el bloque de la constitucionalidad, o sea, se va paulatinamente diciendo lo que es la constitución. La política a su más alto nivel (*la política constitucional*) se ha desplazado lentamente hacia las jurisdicciones constitucionales, las cuales, a través de una interpretación cada vez más extensiva de la constitución (y muchas veces aún sin cualquier apoyo en la constitución formal) van creando derecho constitucional, con evidente erosión del principio democrático, apropiándose de esta manera del poder constituyente del pueblo. Es lo que hace a Cl. Emeri observar que, de “guardián del Estado de Derecho, el Tribunal Constitucional, sin ninguna legitimidad, se torna su guía”.

Se asiste así a la llamada *judicialización de la política*, convirtiéndose los jueces, de instrumentos de garantía, en instrumentos legitimadores del sistema constitucional. Efectivamente, quien va haciendo la adecuación de los textos normativos a los mutables valores socio-políticos no es ya (tendencialmente) el poder democráticamente legitimado, sino el poder judicial que se atribuye la *competencia de las competencias*. Esto es calificado como “constitucionalismo ético”.

Portinaro sintetiza esta tendencia de forma lapidaria afirmando que los Tribunales Constitucionales estarán “hoy mostrándose cada vez más, en su papel de intérpretes de las constituciones, factores de innovación y de producción del derecho en competencia con el legislador. Comienza a instalarse la sospecha de que las

¹ DOMINIQUE ROUSSEAU, « Une réssurrection : la notion de constitution », *Revue du Droit Public*, Tome cent six, 1990, 5. Siendo muchas veces, en apariencia, una defensa de la constitución contra eventuales tentativas usurpadoras de los poderes constituidos, son pertinentes las preguntas formuladas por el autor: “ ¿Es el canto del cisne constitucional? ¿Llegará la hora de la muerte de la noción de la constitución, predicha por Burdeau?”. No es esa la convicción de DOMINIQUE ROUSSEAU, el cual, por el contrario, cree que, exceptuando los principios constitucionales, el Tribunal Constitucional “puede concurrir para la profundización de la democracia, definiendo un espacio abierto a la creación continua de derechos”. Con la condición de hacerlo, “reconociendo en los textos fundadores el derecho a tener derechos” (*ibidem*, 21).

constituciones contemporáneas sean rígidas en relación al poder legislativo e incluso frente a un hipotético *superlegislador*, pero que se estén tornando flexibles relativamente al poder político-judiciario de los Tribunales Constitucionales”.

En los países con constituciones más antiguas (USA, Suiza), así como en aquellos en donde, principalmente después de la Segunda Gran Guerra, se instituyeron los Tribunales Constitucionales (RFA, Italia, etc.), se habla ya abiertamente de un “derecho constitucional sin constitución”¹, de un derecho constitucional informal. “Al lado de las constituciones, surge un Derecho Constitucional que es material por su modo de creación, forma de operar y teología garantista; conjuntos de normas constitucionales, en definitiva, no emanadas de ninguna de las dos únicas fuentes formalmente legitimadas para crearlas, el poder constituyente y el poder de reforma constitucional”². No faltan las denuncias de la doctrina sobre esta auto-asunción judicial de la soberanía que se viene traduciendo en una continua ampliación de la constitución por vía jurisprudencial. Refiriéndose específicamente a la RFA, Michel Fromont afirma que, por el monopolio que tiene de la interpretación de la Ley Fundamental, el Tribunal Constitucional Federal actúa como se fuese el titular del poder constituyente. “Es indiscutible que el Tribunal Constitucional dispone de atribuciones tan extensas y de técnicas suficientemente eficaces como para presentarse con frecuencia como un legislador supremo”³. Así se genera, según Böckenförde, la imposibilidad de distinguir entre interpretación y reforma constitucional. En esta perspectiva, “el Derecho constitucional, es entendido como una fuerza configuradora tanto de la organización como de las instituciones, se transforma en proceso político que se mueve por sí mismo. Queda a disposición del intérprete y en sus manos”⁴. En el mismo sentido, Stern habla de *proceso continuo de producción de la constitución*. “Y eso no es jurídicamente aceptable” (Böckenförde).

No sorprende, pues, que Dominique Rousseau, apologista de una constitución jurisprudencial, considere la constitución francesa como una colección de palabras cuyo sentido jurídico no proviene de la intención del poder constituyente que la produjo, sino del trabajo de interpretación llevado a cabo por el Consejo Constitucional. “Si fuera necesario arriesgar una explicación por el psicoanálisis, de buena gana iríamos a buscar

¹ LINO A. GARCIA, citado por ACOSTA SÁNCHEZ, “Transformaciones de la constitución en el siglo XX”, *Estudios Políticos*, Abril/Junio, 1998, 59.

² ACOSTA SÁNCHEZ, “Transformaciones de la constitución en el siglo XX”, ed. cit., 67.

³ Citado por ACOSTA, *ibidem*, 77.

⁴ ERNST WOLFGANG BÖCKENFÖRDE, *Estudios sobre el Estado de Derecho y la democracia*, Editorial Trotta, Madrid, 2000, 196.

el mito del asesinato del padre de Freud para decir que el CC “mata” el texto constitucional, seguidamente lo devora para apropiarse mejor de él, toma su lugar, y lo hace revivir por su voz, por su acción jurisprudencial”¹.

En resumen, si lo que queríamos captar era la fuerza política fundadora, la *potestas constituens* que, en su grandeza, protagonizaba un nuevo comienzo, que transformaba el hecho en el derecho, fuerza esa que brotaba de modo originario del interior de un Estado nacional como poder de autoorganización de la sociedad, fuerza aunque en un determinado momento y de una sólo vez (Heller), por determinación consciente, ordenaba “racional y sistemáticamente una comunidad política a través de un documento escrito”, la realidad que se nos ofrecía no podría, pues, ser más frustrante. Las “transiciones constitucionales”, la construcción de la Unión Europea, el derecho constitucional jurisprudencial, todos a su modo, pero conjugadamente, alcanzan el órgano vital de la modernidad política, hiriendo de muerte no sólo al concepto de poder constituyente, sino debilitando seriamente también todos los otros que con él asentaron los cimientos del Estado constitucional moderno (soberanía popular, constitución, representación política, democracia). De lo que no restan dudas, diciéndolo con palabras de Dominique Rousseau, es que se asiste a una subversión del sistema originario de legitimidad basado en la serie: soberanía popular – poder constituyente – poderes constituidos.

Vivimos, pues, como dice Foravanti, en un periodo de grave incertidumbre en lo que concierne a los conceptos claves del derecho público (continental) europeo. Laboriosamente contruidos y consolidados a lo largo de cuatro siglos para encuadrar jurídicamente las sucesivas transformaciones del orden político, están hoy sumergidos en una profunda crisis.

Puede decirse, ciertamente, que la crisis es una característica que siempre estuvo inscrita en el concepto de poder constituyente (Negri, Henke), y de ahí provienen las dificultades de su teoría. Tratándose de un concepto límite, teniendo por referente una fuerza exterior al sistema constitucional instituido y que permanentemente lo amenaza (la *multitudo*, las masas populares desorganizadas o los partidos rebeldes), siempre tuvo algo de borroso e irracional. Surgiendo históricamente para legitimar una discontinuidad profunda en el ordenamiento jurídico-constitucional que hasta ahí se desarrollaba gradualmente – el proceso tradicional de producción constitucional derivaba de una

¹ DOMINIQUE ROUSSEAU, « Une réurrection : la notion de constitution », loc. cit., 16.

serie de factores a los que la idea de que la construcción de las instituciones políticas pudiera ser obra de la razón humana les era ajena – la teoría no podría quedar incólume al condición circunstancial de su nacimiento, dejando inmediatamente en el propio momento revolucionario y para los venideros una cascada de problemas, algunos de los cuáles aún son hoy irresolubles (herencia mal resuelta de la Revolución Francesa, como dice Jaume).

Realmente, mientras otros conceptos intrínsecamente conectados al del poder constituyente y que confluyeron para su descubrimiento (el de soberanía popular desde el principio), calmadas y pacificadas las reacciones iniciales (aunque reacciones espinosas y de larga duración, véase la lucha sangrienta por el sufragio universal), se fueron ajustando a la realidad (o la realidad se fue ajustando a ellos) y acabaron por estabilizarse durante un periodo histórico relativamente largo (en términos de la reflexión jurídica, por lo menos, dejando para la reflexión politológica la denuncia de los desajustes), lo mismo no pasó con él, no teniendo el resultado esperado la tentativa de su institucionalización jurídica (y, por lo tanto, de normalización) a través del poder de revisión producido, a saber, el ejercicio tranquilo de la actividad constituyente. Recibiendo de la teoría inicial los atributos de la divinidad (si el monarca absoluto recibía el poder de Dios, a partir de la revolución pasaba a recibirlo del Pueblo convertido en divino), el poder constituyente ha manifestado una rebeldía persistente a su encuadre jurídico-constitucional, resistiendo a recurrentes tentativas de domesticación o eliminación.

Pero si es verdad que el poder constituyente, por su propia naturaleza, estuvo siempre en crisis, podemos decir que asistimos hoy a su *crisis suprema* (Luciani, Grimm, Vega). En efecto, si el “modelo de Estado constitucional” (Häberle), reforzado por los tres órdenes de hechos que hemos venido señalando (las transiciones constitucionales, el proceso europeo y la jurisprudencia constitucional), puede haber convertido al poder constituyente en un concepto recesivo, justificando que muchos autores anuncien su obsolescencia (concepto envejecido), su inoperatividad actual por agotamiento de su función (poder exhausto, agotado, domesticado, etiqueta anticuada y falsa)¹, el detonador de su crisis provendrá de algo que apenas afloró en el transcurso de

¹ PIETRO GIUSEPPE GRASSÒ, “Potere costituente”, *Enciclopedia del Diritto*, XXXIV, 663: “Hay muchas señales que nos hacen pensar que el símbolo del poder constituyente del pueblo haya perdido la propia eficacia de movilización de los afectos sociales”. También MARIO DOGLIANI (“La lotta per la

estas elucubraciones. Nos referirnos ahora específicamente a la “amenaza” de la mundialización y de la globalización. Como observa Massimo Luciani, desaparecen en este contexto las dos precondiciones para la existencia de un poder constituyente: la legitimación ascendente del poder y la idea de nación¹.

Ahora bien, si existe heterodoxia en el proceso conducente a una eventual constitución para la Europa comunitaria, conviene no obstante observar, para ser justos, que se manifiesta ahí, por lo menos, la preocupación de proceder *como si*², o sea, se utilizan las expresiones tradicionalmente conectadas a la instauración de un nuevo orden constitucional, tanto en lo que se refiere a la terminología procesal (proceso constituyente, convención), como en cuanto al contenido clásico de una constitución (carta de derechos fundamentales, encuadramiento institucional, etc.). Así, las instancias transnacionales que sostienen a la Unión Europea dan pruebas indesmentibles de que pretenden judicializar la organización del nuevo poder público (nuevo porque su estructura institucional es inédita, diverge profundamente de la del Estado federal clásico, porque diferente es también la realidad socio-política que le es subyacente) a través del instrumento constitucional. Se siente, pues, como mínimo, la necesidad de disciplinar y justificar jurídicamente decisiones que, tomadas a distancia (sin dar oportunidad para un rechazo popular) penetran imperativamente en el día a día de los ciudadanos.

Mucho peor es, incuestionablemente, el efecto de la globalización (de la cual es consecuencia y simultáneamente impulso la construcción europea), renegando ahora ostensivamente de los modos clásicos de actuación (ejercicio) y legitimación del poder. Luciani habla a este propósito en términos mayoritariamente pesimistas (aunque sin resignación), en la existencia actual de un *antisoberano* con formas de autolegitimación que están en las antípodas del poder estatal³. Se trata, efectivamente, de un *megapoder* (poder de los grandes grupos financieros; poder de las grandes tecnocracias: el FMI, Banco Mundial; poder de las multinacionales) que se forma y actúa en el exterior de la vieja *constelación nacional*, que no tiene patria ni pueblo, que no tiene ni siquiera un

costituzione”, *Diritto Pubblico*, 1996, 2, 299) se refiere al poder constituyente como un poder agotado. Por su parte, J.J.GONZÁLEZ ENCINAR (“La constitución y su reforma”, *Revista Española de Derecho Constitucional*, 17, Mayo-Agosto, 1986, 357) escribe que conceptos como el de poder constituyente del pueblo y de soberanía popular, no son ya «viejos odres para el vino nuevo, sino sólo etiquetas anticuadas y falsas».

¹ “L’antisovrano e la crisi delle costituzioni”, *Rivista di Diritto Costituzionale*, 1, 1996, 164.

² MARTA CARTABIA, “Riflessioni sulla Convenzione di Laeken: *come se* si trattasse di un proceso costituente”, *Quaderni Costituzionali*, Anno XXII, 3, 2002.

³ “L’antisovrano e la crisi delle costituzioni”, loc. cit., 161 y sig.

rostro identificable para imputación de afrentas a los derechos e ideales que originaron y alimentaron el *ius publicum europaeum*. Estando fuera del alcance de la jurisdicción de cualquier Estado, el *antisoberano* somete, no obstante, a todos los pueblos al efecto de sus estrategias de autoreproducción, invadiendo y reduciendo el ámbito de las soberanías nacionales¹. En vez de invocar el interés colectivo o los valores, las aspiraciones y las expectativas que sostienen la cohesión social, remite más bien para la existencia de pretendidas leyes que, de forma inevitable, regularían el funcionamiento de los mercados y la evolución de la economía. Con esta hipótesis, que constituye la ideología dominante – la ideología de la clase globalmente dominante² – se transforma en una necesidad inexorable la eliminación de las obligaciones del Estado social, poniendo en riesgo las condiciones mínimas de supervivencia y de dignidad de los pueblos y de los individuos más débiles.

Se asiste a una ruptura con la tradición del constitucionalismo occidental. La literatura anglosajona, sobre todo, llena el discurso constitucional de nuevos signos lingüísticos al que ningún iuspublicista actualizado osa ni siquiera resistirse. Se habla, por ejemplo, de *constitutionalisation without the State, law without State, multilevel constitutionalism, governance without government, multilevel governance*. Todo eso, finalmente, para reforzar la idea de que el aparejo conceptual de la modernidad política

¹ En realidad, y vale la pena decirlo con las fuertes palabras de LUIGI FERRAJOLI, “... todo el proceso de integración económica mundial al que llamamos ‘globalización’ bien puede ser entendido como un vacío de Derecho público, producto de la ausencia de límites, reglas y controles frente a la fuerza tanto de los Estados con mayor potencial militar como de los grandes poderes económicos privados. A falta de instituciones a la altura de las nuevas relaciones, el Derecho de la globalización acaba por modelarse cada día más en las formas privadas del contrato, y ya no en las formas públicas, generales y abstractas de la ley, señal de una primacía innegable de la economía sobre la política y del mercado sobre la esfera pública. De tal manera que la regresión neo-absolutista de la soberanía externa (únicamente) de las grandes potencias está acompañada de una paralela regresión neo-absolutista de los poderes económicos transnacionales, un neo-absolutismo regresivo y de retorno que se manifiesta en la ausencia de reglas abiertamente asumida por el actual anarco-capitalismo globalizado, como una especie de nueva *grundnorm* del nuevo orden económico internacional” (“Pasado y futuro del Estado de derecho”, Neoconstitucionalismo(s), Edición de MIGUEL CARBONELL, Editorial Trotta, Madrid, 2003, 22).

² Se trata de la ideología que se expresa, como ya fuimos observando, en las profusos veredictos sobre el fin de todo lo que caracterizaba culturalmente la modernidad, veredictos que son intencionalmente omisos sobre alternativas posibles. “Con inteligencia y astucia los ideólogos de la mundialización no se presentan como adversarios dispuestos a entrar en conflicto con el sistema de valores y principios que históricamente definieron la realidad constitucional, sino que, en vez de eso, al proclamar el ‘fin de las ideologías’ (Bell) y el ‘fin de la historia’ (Fukuyama), lo que pretenden es dar por buena y consagrar como eterna una realidad constitucional que el propio proceso de mundialización está aparatadamente aniquilando. El mantenimiento y defensa de esa fingida realidad será lo que posteriormente permite ocultar el sistema de poderes efectivos que, actuando en el mercado mundial, se están transformando a pasos agigantados en la auténtica Constitución material de todos los Estados” (PEDRO de VEGA, “Mundialización y derecho constitucional”, ed. cit., 34). Y más adelante, el mismo autor añade que “las constituciones dejan de ser en la práctica obra del pueblo y fiel reflejo de la realidad social, para convertirse en creación de poderes constituyentes ocultos y misteriosos” (*ibidem*, 46).

ya no ofrece descriptores apropiados para captar comprensiblemente la complejidad constitucional de nuestro tiempo. Está en curso, según el relato de la doctrina actualmente hegemónica, un proceso de *desestatalización del Estado* y de *despolitización de la política*. Se anuncia el fin de la democracia representativa, la fusión entre lo público y lo privado, la dispersión del poder por instituciones subnacionales e internacionales, la fragmentación de la sociedad civil en subsistemas sociales globales que, en *clausura sistémica*, producen su propia constitución (sin mandato constituyente) y su propio derecho (al margen de las instituciones políticas).

1.3 El resurgimiento de la problemática del poder constituyente cuando se anuncia su desaparecimiento.

De todo cuanto se ha dicho resalta, indudablemente, un panorama terriblemente desmoralizante para quién como nosotros se dejó cautivar tanto por la acción y obra del poder constituyente en el contexto emancipador de la revolución portuguesa. Y comenzamos por preguntarnos, como hace Claude Klein, sobre si, en los inicios del siglo XXI, habría aún lugar para una teoría del poder constituyente. “¿No se estará en presencia de un lujo inútil o, más aún, de un puro juego intelectual sin mucho interés?”¹. Debemos confesar que fue esa nuestra primera convicción, llegando a pensar – tornándonos objeto de la censura de Vega – que existen de hecho justificadas razones para que “el problema del poder constituyente haya desaparecido del horizonte de las preocupaciones e intereses intelectuales del constitucionalismo presente”².

Pasada, no obstante, esa inquietud inicial, y después de una difícil digestión de nuestra primitiva frustración intelectual, nos fuimos dejando poco a poco asaltar por algunas dudas resistentes: ¿será que los hechos y tendencias que parecen apuntar hacia una recesión teórica y práctica del poder constituyente no podrían – y deberían – ser encarados como un desafío para nuevas problemáticas? En vez de resignarnos a participar en un luto eventualmente prematuro, ¿no deberíamos antes rehacer el recorrido de las significaciones históricas de aquel poder, aunque solo fuera para saber si nos dirigiéramos fatalmente hacia la muerte (*Quo vadis*) de un concepto cuyas

¹ CLAUDE KLEIN *Théorie et pratique du pouvoir constituant*, Presses Universitaires de France, Paris, 1996, p. 115

² PEDRO de VEGA GARCÍA, “Mundialización y derecho constitucional: la crisis del principio democrático en el constitucionalismo actual”, *Revista de Estudios Políticos*, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Abril/Junio, 1998, 52

funciones fundamentales se hubieran extinguido? Aunque, al final, fuéramos obligados a admitir que ya no habría más futuro para el poder constituyente, las cuestiones que llevaron a su emergencia y que, por lo menos hasta ahora, lo justificaron (las cuestiones jurídico-políticas de la soberanía y de la legitimidad del poder estatal y las filosófico-jurídicas de la libertad, de la igualdad y de la justicia social) no se extinguirían, por lo que siempre se impondría una reflexión teórica urgente sobre el sentido y las consecuencias de su ausencia.

Lo que la historia constitucional nos demuestra sin cualquier género de duda es que las constituciones nacen por acción de fuerzas sociales que reivindican derechos o intereses no contemplados en la arquitectura constitucional establecida. En esas fuerzas, por lo tanto, reside la iniciativa y el fundamento de la sustitución de un orden jurídico por otro. Como observa Böckenförde, la constitución no reposa sobre sí misma como un fenómeno originario irreductible: debe su ser a una “grandeza que la precede y que aparece como un poder o una autoridad particular. Desde la Revolución francesa, tal grandeza viene designada por un poder constituyente (*pouvoir constituant*)”¹. Pero la justificación del poder constituyente no se reduce a la exigencia lógica del principio de la causalidad que obliga a encontrar para cada criatura a su creador. La referencia empírica del poder constituyente como *grandeza política* explica solamente el origen de la constitución, pero no su autoridad normativa. Al producir esta afirmación estamos, decididamente, rechazando los diferentes positivismos que confunden la validez de la constitución con su eficacia. Desde nuestro punto de vista, la superioridad ético-jurídica de una nueva constitución estará en su pretensión de ser más justa que la anterior (“el derecho es el *transcendens* de una legitimidad”²). Ha de representar un adelanto en el camino de la democratización y de la generalización de los derechos. Ese fue el criterio de legitimidad perpetuamente fijado por las declaraciones de derechos de las primeras constituciones. Podría decirse que el constitucionalismo tiene ahí su *virtud original*.

El mismo criterio sirve también para identificar el poder constituyente como poder *auténticamente constituyente*³. Será reconocido por su intencionalidad

¹ ERNST WOLFGANG BÖCKENFÖRDE, *Estudios sobre el Estado de Derecho y la democracia*, ed. cit., 160.

² A. CASTANHEIRA NEVES, *Questão-de-facto-questão-de-direito, ou o problema metodológico da juricidade*, Almedina, Coimbra, 1967, 907.

³ La expresión remite a MARCEL GAUCHET que distingue “el pueblo auténticamente constituyente del pueblo del momento” (*La révolution des pouvoirs. La souveraineté, le peuple et la représentation, 1789-1799*, Gallimard, Paris, 1995, 47). Como adelante veremos, el autor hace esta distinción para atribuir al juez la mediación entre el primer pueblo, el pueblo jurídico, y el segundo, el pueblo empírico: “El juez es, en otras palabras, el guardián del principio de composición del cuerpo político. Es el encargado de

emancipadora. Fuera de eso, a nuestro entender, cualquier grupo político que actúe en su nombre será *poder*, pero no *constituyente*. Esta comprensión nos impediría dividir el sentimiento de Dogliani que, en la crisis italiana de los años noventa, temía que el poder constituyente, si viniera a ser convocado, surgiera determinado a hacer mella en los principios democráticos de la constitución en vigor. Esos principios podrían, de hecho, no estar seguros si las elecciones fueran ganadas por las fuerzas conservadoras. No obstante, si tal cosa aconteciera, en esas fuerzas no estaría presente el poder constituyente, pues este solamente lo es cuando crea y generaliza el derecho y no cuando lo destruye y particulariza.

Es en ese sentido y con ese sentido con el que decimos con Böckenförde que “el poder constituyente es conceptualmente el poder constituyente del pueblo”. Significa, según nuestra interpretación, que ningún derecho es *derecho* contra el pueblo (teóricamente nunca lo será en el supuesto de que sea él mismo el autor y el destinatario de las normas jurídicas) y que ningún poder es poder constituyente sino cuando la *idea de derecho* que pretende *constitucionalizar* trae consigo un aumento o una profundización de los derechos de los que el pueblo ya disfruta¹.

A partir de aquí pueden adivinarse los peligros emergentes de una teoría necrológica del poder constituyente. Desde el principio, la constitución quedaría desvinculada de su función (o misión) originaria, que será la de extender los beneficios de la asociación política a todos los asociados, en conformidad con el paradigma democrático del contrato social. Por esta matriz genética, la constitución jamás debería dejar de ser el instrumento de la emancipación de los grupos y de las personas que permanecen bajo antiguas o nuevas formas de dominación social. Es previsible, no obstante, que cambie de orientación a partir del momento en que se torne huérfana. Perdiendo su referencia ancestral, perderá igualmente su referencia histórica e, inmediatamente también, la memoria de las “promesas que el cuerpo social se hizo a sí mismo” y de la que es receptáculo, siendo al mismo tiempo declaración de

mantenerlo inalterado, es decir, de preservar las condiciones que tornan su poder soberano igual a él mismo en todos los instantes del tiempo”.

¹ La idea remite para algo aún no realizado, pero que se impone realizar. Por eso es por lo que no se agota en un *fiat* de cualquier poder. En ese sentido FRANÇOIS OST interpreta la idea de derecho de BURDEAU como proyecto de realización en el futuro. “Una idea de derecho, como la de nación, «sueña con un futuro compartido», tiene «toda la fecundidad de la imaginación, todos los poderes del deseo, todos los prestigios de los orígenes». A buen seguro, tales anticipaciones no están desprovistas de una parte de ilusión, de la misma forma que no están al refugio de manipulaciones políticas siempre posibles; aunque por lo menos contienen un proyecto, sin el cual el grupo no conseguiría ni siquiera identificarse como tal” (*O tempo do direito*, Instituto Piaget, Lisboa, 2001, 231).

compromiso¹. De esta forma, la constitución (diciéndolo con palabras tomadas como préstamo a Ost), se revelaría, literalmente, *sin mañana*, quedando el futuro retenido en el tiempo *inmóvil de la norma*, “el ‘fuera-de-tiempo’ del positivismo jurídico”². En la práctica, eso quiere decir que ningún “cambio metamórfico” en el sentido de la realización y profundización de la justicia y del bienestar (“la exigencia fundadora”) sería entendido como una obligación impuesta por la constitución – y, a través de ella, por el poder constituyente *originario* – a las fuerzas políticas con representación en los gobiernos nacionales.

Pero no es sólo por la necesidad de mantener vivas y actuantes las promesas del pasado por lo que la idea del poder constituyente debe ser preservada y defendida. En las actuales condiciones generadas por la globalización de la economía, ella urge también como idea reguladora para frenar la tendencia autodestructora de una sociedad alegremente sumergida en el “vuelo ciego” del que habla Luhmann³. “Pues bien, eliminado el poder constituyente como máxima expresión del principio democrático y como fuerza creadora de la organización política, la pregunta que la teoría constitucional no puede ni debe eludir es la de la fundamentación y delimitación de esa sociedad, pluralista o no, que se toma como punto de partida. Y es aquí donde reside el problema”⁴. Un problema que, según Pedro de Vega, que acaba de ser citado, la teoría de la *constitución abierta*, cargada de positivismo sociológico, agrava en vez de resolver. “Al suprimir la noción de poder constituyente, por considerarla una abstracción metafísica, y al sustituirla, desde un pretendido realismo histórico, por la noción mítica de la sociedad ‘abierta’, cuyos límites espaciales y cuya localización real se tornan imposibles de determinar, la Teoría Constitucional reiniciará su marcha con la proclamación casi religiosa de un acto de fe. Nadie pudo decir aún donde se encuentra esa nueva Arcadia de la libertad bautizada por Popper como ‘sociedad abierta’. Frente a ella, por el contrario, lo que el mercado mundial ofrece es el hobbesiano *bellum omnium contra omnes*”⁵.

Estamos de acuerdo, pues, con este autor, en la convicción de que, en vez de declinar en el pluralismo de las interpretaciones una adaptación simplemente oportunista de la constitución a la mutabilidad del mundo social y político, mejor sería

¹ FRANÇOIS OST, *ibidem*, 265.

² *Idem*, *ibidem*, 234.

³ NIKLAS LUHMANN, *Teoría política nello stato del benessere*, Franco Angeli, Milán, 1987, 92.

⁴ PEDRO de VEGA, “Mundialización y derecho constitucional...”, *loc. cit.*, 52.

⁵ *Ibidem*, 52

que la teoría constitucional se empeñara en “rescatar y dar continuidad histórica al poder constituyente”. Consideramos que ésta es una sugerencia irresistible. No sabemos si la hipótesis continuista del poder constituyente resistirá al enfrentamiento con la especificidad de los diferentes tiempos y lugares de su manifestación política y de su autocomprensión teórica. Pensamos, no obstante, que ningún nuevo perfil ganará credibilidad si se deja de lado el conocimiento de su pasado. Podríamos, pues, parafraseando a Jellinek, cuando se refería al concepto de soberanía, afirmar que “ninguno de los conceptos fundamentales del Derecho político está tan necesitado de una investigación acerca de su evolución histórica como el de [poder constituyente]”. Ya que, evocando ahora a Hesse, cada vez se torna más necesaria una teoría del poder constituyente “adecuada al tiempo”.

Siendo esta nuestra perspectiva, nos propusimos seguir el trayecto de las manifestaciones del poder constituyente, en la historia y en la teoría, con el propósito ya confesado de contradecir el punto de vista de aquellos que lo incluyen entre los seres (conceptos y realidades) condenados a extinguirse con el fin de la modernidad. Acompañamos, así, al poder constituyente desde su génesis conceptual hasta el momento en el que se anuncia su muerte. Simplemente, consideramos que existe un falso diagnóstico: las señales que se interpretan como anunciadoras del fin del poder constituyente, en nuestra opinión, sólo indician el advenimiento de una nueva etapa de su evolución teórica e histórica. Los cambios que ocurren en el mundo, con reflejos problemáticos en el ámbito del Estado y del constitucionalismo, exigen una comprensión históricamente esclarecida del significado social y humano del poder constituyente. Es preciso descubrir el potencial de emancipación que el concepto conlleva desde su origen, independientemente de sus vicisitudes, de sus alternancias de luz y sombra, para que sea posible identificar el *sujeto adecuado* (el titular auténtico, legítimo) del poder constituyente en la era de la globalización.

Desacreditada la inocencia de su momento filosófico, vencida la fogosidad idealista de su momento revolucionario, descubierta la naturaleza contradictoria de sus manifestaciones históricas, no por eso deja de ser un fundamento y una exigencia de validez universal de toda la acción política y de toda la producción del derecho. Desmontada la creencia ingenua en la homogeneidad del pueblo, reconocida la irreversibilidad del proceso de la globalización, admitidos como benignos los ataques a la soberanía de los Estados nacionales, es decir, precisamente a la obra histórica del

poder constituyente, no resulta de ahí que éste haya perdido la razón de ser de su existencia. En una época diferente, es natural que asuma una identidad diferente, integrando lo positivo de su experiencia en las nuevas condiciones de su actuación posible. Para la tesis que aquí se defiende, tal cosa quiere decir que el poder constituyente retoma, ahora en los globalizados contextos del mundo de la vida pública y privada, su primordial sentido utópico como impulso de liberación de los *aún no* emancipados.

Expuesto esto, es momento de presentar el itinerario de nuestra investigación.

Comenzamos (cap. 1) con la gestación teórica del poder constituyente, siguiendo la evolución de los nutrientes conceptuales suministrados por las teorías de la soberanía y del contrato social. Fácilmente las luchas político-partidarias indujeron a la denuncia de la falacia holística de las ideas de pueblo y nación contenidas en la teoría del poder constituyente. Revisitamos, entonces, las versiones clásicas de la comprensión empírico-sociológica del poder constituyente (cap. 2). Éste camina, en el proceso de la historia, invariablemente asociado a formas revolucionarias de sustitución de constituciones. Una fenomenología del proceso constituyente (ilustrada con la experiencia constituyente portuguesa) nos hizo ver el tiempo de ese proceso desdoblado en dos momentos: el momento *des-constituyente* de la ruptura constitucional y el momento *re-constituyente* de la producción de la nueva constitución. El primero es el tiempo de actuación del poder revolucionario; el segundo es – habitualmente – el tiempo de actuación de la asamblea constituyente. Este modelo de análisis (importado de Oliver Beaud) nos permitió también estimar el efecto de las decisiones *preconstituyentes* sobre la autonomía de la voluntad del órgano constituyente, efecto ese que es tanto más perturbador cuanto más este órgano se aleja de la matriz sociológica y política del sujeto de la iniciativa revolucionaria.

Mientras tanto, en las últimas décadas del siglo XX, algo aparentemente inédito surgió en la práctica (y en la teoría) de la elaboración de nuevas constituciones: regímenes totalitarios cedieron su lugar a regímenes democráticos mediante procedimientos regulados por la propia constitución que se quería abolir (cap. 3). Inmediatamente, autores de diversas filiaciones teóricas, compartiendo todos el mismo optimismo histórico, vieron en las llamadas transiciones constitucionales o transiciones democráticas el triunfo definitivo del derecho sobre la fuerza. Lo que quedó probado fue la posibilidad de cambiar de régimen constitucional usando los mecanismos previstos para la revisión de la constitución en vigor. Verificamos, sin embargo, que la

experiencia no instituyó verdaderamente una novedad, recordando que la misma metodología legalista había ya sido usada en las transiciones que instalaron las dictaduras europeas después de la Primera Guerra Mundial (*revoluciones comunitarias*). En este cuadro, se tornó pertinente volver a ver las controversias de la doctrina sobre la cuestión de los límites del poder de revisión y sobre las consecuencias teóricas y prácticas de su equivalencia, en capacidad de decisión, al poder constituyente originario.

Indiscutiblemente, el éxito efectivo de las transiciones democráticas tornó evidente el anacronismo de la imagen de un poder constituyente auto-asumido como fuera-de-la-ley. Tal imagen no es, de hecho, compatible ni con la cultura democrática adquirida mientras tanto e institucionalizada en el “modelo de Estado constitucional”, ni con las actuales tendencias de una globalización que pone inexorablemente en cuestión las tradicionales formas de organización nacional y estatal. Vimos entonces (cap. 4) como la doctrina iuspublicística, habiendo incluido al poder constituyente en la proclamación posmoderna de la muerte del sujeto, desarrolló argumentos para sostener la inevitabilidad (y la conveniencia) de una dinámica social sin proyecto o dirección “política” y de una constitución sin soberano.

Siendo no obstante verdad que el pragmatismo del tiempo actual no es propicio a una “constitución *metanarrativa*”, tal cosa no quiere decir que tengamos que renunciar a la fuerza normativa del concepto de poder constituyente como expresión de disconformidad ante las injusticias, las desigualdades fácticas y los abusos del poder. Prevenidos por las lecciones del siglo pasado contra los peligros de las “tentaciones voluntaristas”, no abdicamos, sin embargo, del optimismo de los modernos “en cuanto al proyecto de hacer del hombre el dueño de su destino y, desde el principio, de sus actos”¹. En esa antropología optimista reposa nuestra *comprensión humanista* de la constitución y del Estado de Derecho.

Es en ese sentido en el que, en la fase final de nuestro trabajo (cap.5), procedemos a una retoma hermenéutica de la idea de poder constituyente. Efectivamente, ella nació y se justificó en la historia como derecho e impulso de emancipación de todo el pueblo en una situación de exclusión política. Actualmente, en una época dominada por las leyes humanamente indiferentes del mercado, la situación de opresión y exclusión en el que vive (sobrevive o agoniza) la parte más significativa de la humanidad – “el pueblo del pueblo” en la dimensión global – debe hacer de esa

¹ “*Brancosos*” e *interconstitucionalidade*, ed. cit.,157

idea, permanentemente y con urgencia, el referente ético y deontológico de la actualización, interpretación y aplicación del derecho constitucional. En nuestra tesis, el pueblo que, en los Estados nacionales o post-nacionales, en cualquier parte del mundo, carga en los hombros todo el gravamen del progreso basado en la competición y en la guerra, es el sujeto adecuado del poder constituyente, porque es él el que, a corto o a largo plazo, por cualquier forma que sea, hasta por simple efecto del escándalo de la injusticia en la *opinio communis* universal, obligará a una aplicación más extensa y profundizada de los derechos humanos.

CONCLUSIONES

1. Los cambios de paradigma no ocurren por generación espontánea. Las rupturas revolucionarias que hicieron emerger el Estado constitucional fueron el punto de llegada de un proceso de transformaciones que ocurrieron aún en el interior del antiguo régimen. La revolución francesa sólo se hizo posible después de que la fragmentación feudal diese lugar a la centralización del poder y a la unificación nacional. La transición paradigmática ocurre simultáneamente en los signos lingüísticos que expresan la realidad. También aquí las novedades no dejan de ser dependientes de la evolución semántica de signos preexistentes. Así, el novel concepto de poder constituyente es proveniente de las metamorfosis evolutivas de la idea de soberanía. Esta idea comenzó por resaltar el poder del rey para después servir de vehículo ideográfico al poder del pueblo-nación: la soberanía real se tornó soberanía popular. El contexto cultural de este viraje copernicano es el de la secularización del poder público. El mandato real deja de ser divino para ser popular: el rey deja de servir a Dios, sirve ahora al pueblo o a la nación. Los términos del *pactum subjectionis* se invierten. Es en este marco en el que se desarrolla la teoría contractualista en sus diversas versiones. En primer lugar, la de Hobbes, que justifica el poder absoluto del rey por la transferencia plena de la soberanía que originariamente es popular; los individuos realizan entre sí un *pactum societatis* por el cual se constituyen como pueblo, pero regresan irreversiblemente a la forma inorgánica de la *multitudo* en cuanto generan el Leviathan (*deus mortalis*) y abdican de su derecho natural en favor del monarca. En segundo lugar, la de Locke, que distingue entre ejercicio y titularidad de la soberanía, subordinando la actuación del gobierno a la voluntad del poder soberano (se observa aquí la *casi-invencción* del poder constituyente, faltándole sólo el nombre); el pueblo no abdica de sus derechos naturales (*life, liberty and property*) y se reserva el derecho de resistencia contra los abusos del poder político. Por fin, la de Rousseau, que torna más explícitos los derechos de la soberanía, revelándolos como derechos inalienables de cada uno a la libertad y a la igualdad; las desigualdades que se reportan a la libertad del estado de naturaleza, donde impera la ley del más fuerte, deben ser suplidas por el estado de derecho que se expresa en la voluntad general. La teoría contractualista desagua en la teoría de la constitución y del poder constituyente, elaborada ya en un clima revolucionario por el abad Sieyès en su opúsculo *Qu'est-ce que le Tiers État?* En esa pequeña obra queda claramente establecida la división conceptual y política entre el poder constituyente del pueblo y los poderes constituidos. No siendo viable la democracia directa, es necesario delegar el poder público en órganos que lo ejercerán según las formas organizativas, los fines y los

modos de ejercicio que la nación estipule. “C’est ce qu’on appelle la *constitution* de ce corps”. Independientemente de los particularismos de la historia real, de la instrumentalización ideológica de circunstancia, el hecho es que la gestación del concepto de poder constituyente no deja de señalar un momento irreversible de la evolución de la autoconsciencia política de la humanidad. Así lo entendemos y, en conformidad con eso, hicimos aquí su recepción como un irrenunciable referente de sentido y validez para todas las decisiones de la vida colectiva y un inagotable inductor de la emancipación universal.

2. No pudimos, no obstante, ignorar los particularismos de la historia de las revoluciones y la inherente instrumentalización ideológica de los valores universales. Partiendo de una precomprensión empírico-sociológica de los fenómenos políticos, muchos autores denunciaron la “hipocresía burguesa” que, en una operación de mistificación metonímica, hacía tomar los intereses de una clase por los de toda la nación. Recorrimos la doctrina más significativa de este horizonte epistemológico, particularmente la que, reduciendo el poder constituyente al dominio político de las fuerzas socialmente dominantes, declina la ilusión del consenso transmitida por la teoría del contrato social. En esta perspectiva, la constitución ya no se refiere a la voluntad de una nación homogénea, sino a las contingencias de una realidad política de configuración variable. La constitución *real* precede y fundamenta la constitución *formal*, ya que esta no pasará de una *hoja de papel*, sin eficacia, si no fuese por la reconversión jurídica de aquella. En su positivismo, Lassalle no reconocía juridicidad a la correlación de fuerzas que configuraba, en el orden de los hechos, la constitución real. Con su noción de *constitución en sentido material*, Mortati introduce una novedad en la concepción dualista: los intereses y fines políticos de los partidos que se confrontan por la toma del poder forman ya parte del propio sistema jurídico. Éste es más que el derecho que se consagra en los textos. La lucha que las fuerzas políticas traban por ese objetivo es, en sí misma, un proceso revestido de normatividad. La fuerza política triunfante determinará el contenido de la constitución material y, consecuentemente, también el contenido de la constitución formal, ya que esta debe ser mera declaración de aquella. El poder constituyente deja por lo tanto de ser identificado con la nación en su totalidad, para serlo apenas con parte de ella.

En este cuadrante doctrinario, la revolución es el contexto más común y natural de la manifestación del poder constituyente. Una fenomenología del proceso

revolucionario nos permitió distinguir dos momentos (O. Beaud): el *desconstituyente*, que consiste en la abolición de la constitución hasta entonces vigente, y el *reconstituyente*, que consiste en la constitucionalización formal del nuevo orden político. Aunque ilegal, por el criterio del ordenamiento en vigor, la revolución no deja de ser, según Burdeau, un hecho jurídico. No se trata de una ruptura del derecho, sino de la tentativa de cambiar una idea de derecho, supuestamente en decadencia, por otra supuestamente en fase alcista. Si el poder constituyente es, así, reducido a la dimensión de la fuerza política vencedora, no por eso la nación pierde su estatuto de fundamento último de la legitimidad del poder público. De hecho, si la unidad mítica de la nación es desmentida por la observación empírica de la historia y de la sociología, no es menos verdad que, en todas las situaciones revolucionarias, las fuerzas victoriosas buscan consagrar sus programas e ideologías en una constitución aprobada directamente por el pueblo o por una *representación extraordinaria* de ese mismo pueblo. Ésta es una herencia impercedera de las revoluciones fundadoras de la democracia y de las teorías que las justificaron. La fijación de los procedimientos a través de los cuáles se manifestará la voluntad constituyente de la nación será determinante para el grado de correspondencia entre el proyecto revolucionario y el texto constitucional. Es en torno a esa cuestión donde se traban los enfrentamientos políticos después del derrumbe del viejo régimen. De hecho, la determinación del colegio electoral – quién vota (sufragio universal o restringido); cómo vota (sufragio indirecto o directo, voto plural o múltiple); para qué vota (elección del órgano representativo o votación del proyecto de la constitución) –, la elección del sistema electoral, el lugar de funcionamiento del órgano, la fecha de las elecciones, etc., a lo que se une, cuando es el caso, la fijación de reglas condicionantes del funcionamiento de las asambleas constituyentes, todo eso tiene una ineludible y decisiva repercusión en el producto final. La historia constitucional es fértil en la ilustración de estas diversas modalidades. El realismo epistemológico del positivismo sociológico terminó con los mitos de la nación homogénea y de la asamblea constituyente omnipotente. No obstante, la aprehensión de los procesos de cambio constitucional en un registro puramente descriptivo nos torna rehenes de la imagen reductora de un poder constituyente basado en la fuerza y de un pueblo inexorablemente condenado a la manipulación política e ideológica.

3. Mientras tanto, la cultura teórica y práctica del constitucionalismo evolucionó. El paradigma occidental de democracia se fue consolidando a partir del fin de la segunda

guerra mundial, abriendo camino a transiciones constitucionales sin ruptura constitucional. Regímenes de dictadura se metamorfosearon en regímenes democráticos sin solución de continuidad jurídica. El recurso a la revolución violenta para cambiar de constitución se tornó prescindible. En el capítulo dedicado a este tema, hicimos una ronda por los procesos constituyentes que, iniciados a partir de mediados de los años setenta en la Europa del sur, fueron en la década siguiente igualmente experimentados en América latina, culminando en los años noventa con la elaboración de las constituciones de los países del este y de algunos países africanos. En todas esas zonas del globo viejas constituciones generaron dentro de sí mismas las nuevas constituciones que las suprimieron. Perspicazmente, se utilizaron los mecanismos de revisión previstos en la constitución repudiada para crear el nuevo ordenamiento constitucional. Pero la suavidad del cambio sólo fue posible por la autoabdicación y participación de las fuerzas hegemónicas del viejo régimen. Se hizo la prueba práctica de la eficacia del diálogo. La negociación (pactos, mesas redondas) tomó, por consenso táctico, el lugar del conflicto y de la violencia. Se enmascaró, así, la discontinuidad radical, la ruptura ideológica, formal e institucional, que era un atributo de los procesos constituyentes de la primera generación.

Ante estas “novedades radicales” que de manera tan escandalosa huyen a la ortodoxia de la teoría del poder constituyente, los autores se dividen en el nombre a dar a la cosa: unos hablan de “fraude a la constitución” y otros de una “revolución legal”, recuperando conceptos que habían sido forjados particularmente entre las dos guerras para encuadrar teóricamente la transición de las democracias liberales hacia los regímenes autoritarios de Mussolini, Hitler y Pétain. Siendo el concepto de revolución legal acogido por los partidarios incondicionales de este nuevo modo de producir constituciones, queda claro que son los críticos del proceso (sólo del proceso y no del cambio político mediatizado por él) quien clasifica las transiciones constitucionales de fraude a la constitución. Ahora bien, lo que separa a unos y otros es la diferencia de sus precomprensiones relativas al estatuto funcional del poder de revisión. Y por eso hicimos una explicación historiográfica y técnica de los problemas implicados en el concepto de aquel poder. ¿Puede el órgano de revisión, dentro del procedimiento constitucionalmente previsto, modificar libremente la constitución? ¿Y puede revisarse la revisión: órgano, procedimiento, límites temporales y circunstanciales? ¿Pueden sobrepasarse los límites materiales expresos? ¿Hay límites materiales inmanentes? En otras palabras, la divergencia consiste en el hecho de que unos defiendan la

subordinación del poder de revisión al poder constituyente originario (habría sido introducido en las constituciones para asegurar la continuidad constitucional mediante actualizaciones que la evolución social llegara a tornar necesarias), mientras que otros profesan la teoría de la paridad según la cual la voluntad constituyente del poder de revisión es tan incondicional cuanto la del poder constituyente originario. La verdad es que todo parece conducirnos a la conclusión de que, al mismo tiempo que se fueron consolidando las democracias pluralistas, se fue igualmente acentuando la idea de que los procesos de sustitución de las constituciones pueden dispensar el poder constituyente originario, o, dicho de otra manera, la idea de que este poder puede ahora ser ejercido con ropaje del poder de revisión. Las transiciones democráticas del fin del siglo pasado parecen ser la confirmación empírica de tal idea. Quiere esto decir que se detecta un *movimiento* en el sentido de la racionalización progresiva del acto de editar constituciones. Racionalización ésta que comporta una desdramatización de la problemática del poder constituyente *lato sensu*. Y la cuestión con la que finalizamos el largo recorrido que realizamos sobre las transiciones constitucionales es precisamente la de saber si aún habrá futuro para la figura con la cual se construyó la democracia de los tiempos modernos. *¿Quo vadis, poder constituyente?*

4. El campo del derecho constitucional no escapó a la crisis de la modernidad. La muerte del autor proclamada en otros dominios de la cultura alcanzó igualmente al sujeto constituyente. La incredulidad en las metanarrativas de la libertad y de la emancipación, asociada a la emergencia del pluralismo social, tornó irrealista e inadecuada cualquier pretensión de someter a toda la sociedad a un proyecto político común. El pueblo, la nación o cualquier otro signo lingüístico de efecto homogeneizador perdieron su referente empírico. La sociedad está pulverizada en grupos sociales en competición, cada uno poseedor de un proyecto propio, con intereses y objetivos inconciliables con los intereses y objetivos que movilizan a los grupos rivales. En este contexto, la doctrina postula una constitución ideológicamente débil (*mitezza costituzionale*). Consagrada la percepción de una sociedad fragmentada, lo que ahora se exige es que la constitución sea facilitadora del proceso social y no que lo dirija imponiéndole unilateralmente un sentido. De ella se espera sólo que asegure las condiciones de posibilidad de la vida colectiva en el cuadro de una democracia pluralista en permanente proceso de renegociación. Aquello que se perderá en las determinaciones del contenido previamente dado de la constitución podrá ser ganado en

el dominio procesal de las concretizaciones constitucionales. Así, la legitimidad constitucional deja de ser considerada por el bien social que produce para serlo solamente por los procesos que garantiza.

Dispensados de esa preocupación, los gobiernos asimilan el modelo de gestión propio de las empresas privadas (*New Public Management*), limitando sus obligaciones constitucionales a la “reducción de la complejidad” inducida por la dinámica de los procesos de la integración europea y de la globalización. En este contexto, cierta doctrina sostiene la existencia de un “nuevo paradigma constitucional”, haciendo incidir sus investigaciones sobre el concepto de *Governance*, considerado más ajustado a las actuales prácticas de la gobernabilidad estatal. El proceso decisional dejó de basarse en la estructura vertical del gobierno (*government*) para pasar a serlo en el contexto de una relación horizontal de deliberación (*governance*). En otras palabras, se trata ahora de un gobierno sin política (aunque con actores políticos). De acuerdo con el orden de intereses en causa, intervienen en el proceso decisivo agentes de diversa procedencia social o profesional, grupos económicos, delegados de comunidades locales, ONGs nacionales o transnacionales, representantes de movimientos de opinión o de estilos de vida, asociaciones del tercer sector, etc. Esta participación, que en nada es motivada por valores altruistas, es el avatar posmoderno de la democracia, mientras que la eficacia de las decisiones es el anhelado sustituto de la justicia. Para conferir alguna intencionalidad prescriptiva al término, algunos autores, marcadamente constitucionalistas, pasaron a juntar un adjetivo a la gobernación, vislumbrando en la *good governance* un conjunto de buenas prácticas (transparencia, participación, etc.) que vendrían a reforzar normativamente los principios tradicionales del Estado de Derecho. La opinión que emitimos a ese propósito, y que reiteramos en nuestras conclusiones, fue la de que en los países de nula o poca tradición democrática, la “buena gobernación” podrá, de hecho, imprimir un movimiento de aproximación al modelo del Estado de derecho, pero que, en los países de democracia avanzada, la marcha ha sido inversa, es decir, ha servido, como está probado, para dilapidar las conquistas constitucionales del Estado social.

La devaluación del político, a la par del debilitamiento de la estatalidad, se recrudeció con el *constitucionalismo societal*, variante jurídica de la teoría de los sistemas. Teubner, discípulo de Luhmann, es el gran obrero de este nuevo *mainstream*. Considera

que es necesario actualizar el concepto de constitución, haciéndolo corresponder a los emergentes desafíos de la *digitalización, privatización y globalización*. Según el referido autor, la complejidad y la dimensión de los problemas emergentes de esos procesos dejaron de ser compatibles con la capacidad de regulación de los Estados nacionales. La solución preconizada comienza por separar la constitución del Estado para abogar por una *constitutionalisation without the State*. Según Teubner, es eso lo que se verifica en la realidad: al lado de la constitución del Estado, confinada a su dominio propio, existen ya en actividad muchas otras de procedencia exterior a la esfera política. Ellas se reportan a una gran variedad de subsistemas autónomos de la sociedad mundial. La novedad está en la civilización y en la despolitización de esas constituciones, o sea, en su referencia a dominios de la vida civil (a subsistemas sociales no políticos) y en su autonomía en relación a los poderes políticos nacionales y a la respectiva constitución estatal. Pero los regímenes privados autoconstitucionales no gozan sólo de autonomía en el orden político, disfrutan de él también en el orden de las finalidades: estos son absolutamente intrínsecos a la lógica autopoietica del respectivo subsistema. Para reforzar el sentido de nuestra conclusión relativamente a este cuadro teórico, nos parece pertinente seleccionar esta cita de Teubner y Fischer-Lescano: “A través de su propia clausura operativa, cada uno de los sistemas globales funcionales crea su esfera dentro de la cual queda libre de intensificar su propia racionalidad sin mirar hacia los otros sistemas o incluso hacia su medio natural o humano. Los sistemas llevan esta lógica tan lejos cuanto pueden, es decir, tan lejos como sea tolerado por su medio ambiente” (loc. cit., 146). No hay, pues, lugar para el encuentro de valores con los cuales la constitución otrora garantizaba la cohesión y la unidad por encima de la diversidad. Fuera de la dinámica sistemática, el mundo de la vida sólo tiene la posibilidad de la protesta a través de movimientos sociales que, en la mejor de las hipótesis, podrán provocar alguna autolimitación (*self-limitation*) en el subsistema agresor, si consiguen sobrepasar la frontera de los sensores de irritación (*sensors of irritation*) de ese particular subsistema. De aquí llegamos a la conclusión que la teoría del *constitucionalismo societal* torna aún más negros los efectos ya bastante sombríos de la gobernación sin gobierno, a saber: el empobrecimiento sociológico de la democracia (el estructural déficit democrático), la ruptura de los lazos de la solidaridad social y humana y el destierro de la justicia.

5. Hecha la descodificación de la crisis de la modernidad, salimos de ella con la convicción reforzada de que se torna imperioso volver a la tradición del constitucionalismo generado en el contexto de las revoluciones libertadoras y reinventar la idea del poder constituyente como proyecto de continuada afirmación, ampliación y realización de los derechos humanos. Con ese designio, comenzamos por reconocer, aún dentro del pensamiento de la posmodernidad, el valor práctico de una teoría que concibe el poder constituyente como contrapoder frente a los poderes funcionalmente organizados. La teoría puede recoger su confirmación en la experiencia histórica. En realidad, las situaciones de dominación produjeron siempre efectos de disconformidad en el seno de los dominados. Hemos entonces identificado al titular del poder constituyente, el *sujeto adecuado* de ese poder indomesticable. En este punto, hicimos una aproximación a Toni Negri, uno de los académicos que más se empeñaron en valorar la dimensión crítica del poder constituyente. El concepto es incompatible con cualquier forma de represión o restricción del derecho a la libertad. Pero no pudimos seguirlo en el escepticismo histórico inherente a su mundividencia postmoderna. La disutopía, y no la utopía, es el horizonte donde, en la opinión del autor, se mueve el poder constituyente: él es el “concepto de una ausencia”, una “ausencia de finalidad”. Cualquier proyecto asumido equivaldría a la transformación del poder constituyente en poder constituido, o sea, a la reconversión de sí mismo en su contrario. Igualmente rechazamos la descripción posmoderna del sujeto adecuado. La concepción fragmentaria de la sociedad conduce a la disolución del sujeto adecuado en grupos de individuos que se asocian coyunturalmente en contextos de protesta, de “negación creativa de poder”, pero que, con la misma facilidad se disocian en cuanto son alcanzados (o fallidos) sus objetivos, regresando a la categoría hobbesiana de *multitudo*. Estas manifestaciones intermitentes de la *multitudo*, sólo reactivas, configuran los nuevos movimientos sociales, el único lugar del sujeto, según A. Touraine.

6. Desde nuestro punto de vista, el poder constituyente no puede reducirse a una pura y esporádica manifestación del *soberano negativo*. Es necesario ver en él también el *soberano positivo*: él es el soberano que construye su futuro sobre la superación de las contradicciones sociales restantes del pasado. Surgió en la historia como expresión de la consciencia de sí mismo de un pueblo que decidió conducir su propio destino. Será siempre por esa autoconsciencia y autodeterminación por lo que el poder constituyente se torna realidad en movimiento tan perpetuo como el progreso posible de la

emancipación humana. Lo que quiere decir que nunca será un poder agotado. Diríamos entonces que el sujeto adecuado, es decir, el verdadero titular del poder constituyente, es el *soberano diacrónico* que, a través de las sucesivas generaciones, va tornando cada vez más amplios los derechos fundamentales y, consecuentemente, más valiosa la dignidad humana. Es ese proyecto común el que, en nuestra opinión, hace con que un pueblo sea un Pueblo. Para escapar a una comprensión étnica de este concepto, tuvimos el cuidado de subrayar su carácter evolutivo, diciendo que designa una realidad dinámica, abierta a la inclusión demográfica y al crecimiento de los valores compartidos. Lo que nos hizo dar de él una doble definición: descriptiva (el pueblo que es) y prescriptiva (el pueblo que debe ser). También fue necesario tornarlo conceptualmente compatible con los procesos emergentes de la formación de la Unión Europea y de la globalización. La cuestión era la de saber si la soberanía popular y el poder constituyente, ambos tradicionalmente circunscritos al Estado-nación, podrían sobrevivir fuera y más allá de ese ámbito. Hemos revisitado las polémicas en torno a la posibilidad de una constitución europea sin el soporte legitimador de un *demos* europeo. Por ahí pasaron las teorías de la constitución sin Estado y de la constitución con multiniveles y ahí se confrontaron los euro-escépticos y los euro-optimistas. Desdoblamos el asunto en una tesis y en una antítesis. Del lado de la tesis, enunciamos las razones para creer en la consistencia constitucional de una unión política supranacional fundada en la concesión o en el hecho de poder compartir partes de las soberanías de los Estados miembros. Del lado de la antítesis, expusimos las razones de la desconfianza suscitada por la experiencia de prácticas políticas europeas que se traducen en la recesión del modelo social europeo. No dudamos en tomar partido a favor de este lado de la controversia. En coherencia con lo que hemos defendido a lo largo de esta tesis, consideramos que los ataques neoliberales a los derechos sociales adquiridos no pueden tener el aval de un poder constituyente auténtico y que una constitución que legitime tales ataques no puede, consecuentemente, ser una constitución jurídicamente válida. Esta posición en nada contradice la posibilidad de hablar de un poder constituyente europeo y de una constitución europea: las señales identificadoras están en el progreso de los valores por los cuáles se define el Estado social. Siendo así, también es posible hablar de un poder constituyente y de una constitución globales. En esta línea de pensamiento, seguimos el trayecto de las doctrinas que asimilaron y profundizaron la filosofía cosmopolita de Kant. En la relación filial que hacemos entre los derechos humanos (en progreso) y el poder

constituyente, la dimensión cosmopolita es un corolario lógico de la universalidad de aquellos derechos. Propugnando por una comunidad jurídica universal, no perdemos de vista el hecho de que las situaciones de opresión y exclusión son territoriales y que, por consecuencia, es en el espacio político de mayor proximidad donde las luchas de emancipación se desarrollan y resuelven. No es posible construir una comunidad cosmopolita justa sin vencer las injusticias locales. Es, por lo tanto, ahí y de ese modo donde el poder constituyente se torna universal.

7. Si atribuimos al poder constituyente una intencionalidad emancipadora, es entonces en la *lucha por el reconocimiento* de los *aún* no emancipados donde vemos ese poder en persona. Y si lo vimos en el pasado combatiendo los poderes fácticos, eliminando injusticias, transformando aspiraciones humanas en derechos constitucionales, y si ese es un movimiento universal, como creemos, entonces podremos decir que ese es el sentido que él confiere a la historia y a la política en todo el mundo y para siempre. Esta es la metanarrativa que fuimos asumiendo a lo largo de la tesis que ahora concluimos.

Conclusión Final

Tal como aconteció con otras ideas motrices del desarrollo histórico, también la supervivencia de la idea de poder constituyente (y eficacia) depende de una renovación semántica adaptada a las circunstancias de la globalización y de la desestatización. Cambian los tiempos, cambian los “presupuestos mentales” de nuestra comprensión de la realidad. Esta máxima expresa la intuición que nos hizo, primero, defender la legitimidad del proceso constituyente portugués contra los que, aferrados al modelo latino de las asambleas constituyentes omnipotentes, verberaban las normas constitucionales más revolucionarias de la Constitución de la República Portuguesa, alegando que ésta fue hecha bajo coacción; y, después, nos hizo contrariar la posición de aquellos que, no consiguiendo libertarse del *fantasma schmittiano*, se apresuraron a decir adiós al poder constituyente, convencidos de que habría agotado ya su función histórica. Por nuestra parte, consideramos que se trata de una idea tan imperecedera como lo es la idea de los derechos humanos: ambas son, como atrás dijimos citando a Pérez Luño, “una muestra elocuente del trabajoso esfuerzo de los hombres para *hacer* la historia, para ser dueños de su destino emancipador”. Señalan un estadio irreversible de la evolución de la consciencia jurídica universal. No son, no obstante, inmutables: su *corpus* conceptual crece y mejora con la cultura. Nuestra conclusión final es, pues, esta: el poder constituyente es un impulso de autoconstitución de la humanidad, impulso que la evolución cultural va tornando cada vez más reflexivo, y que se mediatiza por la constante superación de las relaciones de dominación existentes. El *sujeto adecuado* del poder constituyente es – como, de hecho, siempre fue – el sujeto socialmente oprimido, ese al cual E. Balibar llama el “pueblo del pueblo”. Y el lugar adecuado de su actuación es cualquier espacio de sociabilidad humana (doméstico, local, nacional o mundial) donde persistan sujeciones por abolir, derechos por realizar, potencialidades reprimidas por emancipar. Y, en esa comprensión, todos estamos, en el marco de las diferentes ciudadanías del mundo globalizado, solidaria y indeclinablemente implicados. Especialmente como juristas y constitucionalistas.

