

JOSÉ JOAQUIM GOMES CANOTILHO *

A CONSTITUIÇÃO DE 1976 DEZ ANOS DEPOIS:
DO GRAU ZERO DA EFICÁCIA
À LONGA MARCHA ATRAVÉS DAS INSTITUIÇÕES

I ONDE SE FALA DE INCOMODIDADE,
DESASSOSSEGO E DESENCANTO

1. Confesse-se a incomodidade de um jurista constitucional para falar da Constituição de 1976. Pelas discussões hayidas em torno do texto de Abril parece não haver lugar para os juristas, sobretudo os de formação constitucional. Economistas, psicólogos, sociólogos, historiadores, jornalistas e outros «tecnólogos da sociedade» têm reivindicado para si a tarefa de oferecer uma «explicação» dos fenómenos constitucionais mais «realista», mais «material», mais «dinâmica» do que aquela que fornecem os juristas, sempre obcecados pelos seus esquemas normativistas. Apesar do carácter *démodé* da sua função, eis o repto do presente trabalho de um jurista: tentar a recognição da «constituição viva», ou seja, a explicação de alguns problemas constitucionais assente num «texto fundador» inserido na história apaixonada dos homens pela sua emancipação e claramente sujeito à luta pela sua própria legitimidade e legitimação.

2. À incomodidade junta-se o desassossego perante o tema em debate. Falar de «Portugal 1974-1984 Dez Anos de Transformação Social» corre o risco ou de ser uma diletante diagnose temporal/epocal à maneira da «filosofia das origens», ou de se converter numa mediação explicativa de teoria e práxis com base numa teoria crítica da sociedade, pretensamente ilumi-

* Professor Auxiliar da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra.

nante de táticas e estratégias políticas. O intento deste trabalho tem de ser muito mais modesto: lançar um olhar interrogante para alguns dos problemas mais debatidos sobre o texto constitucional de 1976. Um olhar — diga-se já — de um espectador comprometido e com as «mãos sujas» no processo, não de um marciano indiferente (em estado de natureza ou virgindade) acabado de aterrar na República Portuguesa, onde «o mar se acabou e a terra espera».

3. À incomodidade e ao desassossego, acresce o embaraço. Resignado pela deslocação da função ideologicamente hegemónica do direito para outras regiões do «saber social» e impotente (incompetente) para fazer uma diagnose temporal, imitando Jaspers ou Lukács, o jurista constitucional não pode esconder o embaraço resultante da sua simpatia por um texto fundador que, em dez anos, nunca deixou de estar sujeito a ímpetus neo-constituintes. Também entre nós se proclama a «realidade da inexistência constitucional» e se considera o «retorno à constituição como hipótese de irreabilidade». A «força normativa dos factos» é suficientemente dura para não se levar a sério as propostas de eliminação do desfasamento entre o texto e o contexto através de um novo poder constituinte.

4. Reflectir sobre dez anos vividos de direito constitucional não implica nem uma euforia militante de glorificação do texto de Abril nem um pessimismo diletante vinculado à negação/demissão perante o presente-distante das «sociedades-post». É certo que os ímpetus neo-constituintes parecem ter a seu favor várias aventuras políticas, cujo desenlace não é ainda perfeitamente detectável: a aventura supranacional, a aventura presidencialista-plebiscitária, a aventura da «maioritarização». Da «invasão comunitária» à «democracia acomodada», passando pela tentação plebiscitária, tudo apontaria para, hoje, dez anos depois, não haver Constituição de Abril. Alguma coisa, historicamente necessária de Abril, faz manter o texto fundador. Os ímpetus neo-constituintes não têm força para impor nova «decisão constitucional» através de um novo poder constituinte. Só nalguns casos a estratégia, de recortes schmitianos, se torna mais frontal. Invoca-se a contradição entre a «lógica da constituição» e a «lógica da democracia», para, em nome da última, procurar um «defensor da democracia e do povo» que outra coisa não é senão o mártir de Alcácer-Quibir transmutado em presidente plebiscitário!

II O DISCURSO DAS CRÍTICAS

1. Todas as forças constituintes e neo-constituintes deveriam ser obrigadas a recordar-se das declarações de voto feitas no momento da aprovação do texto originário de 1976. As reservas expressamente formuladas à nova Constituição — salvo as feitas pelas forças conservadoras-capitalistas aglutinadas no CDS — não punham em causa os «valores básicos» e os «princípios estruturais de justiça» propostos para a nova ordenação do Estado e da sociedade em Portugal. Pode mesmo afirmar-se que o núcleo das críticas não era sequer dirigido ao *texto* mas ao *contexto*.

Em breve, porém, se assistia à convergência do discurso dos críticos no sentido de questionar não apenas o contexto mas fundamentalmente o texto e os princípios legitimadores.

2. O suporte político e social da Constituição reduz-se drasticamente em virtude da clara deslocação verificada no discurso e práticas políticas de algumas das principais forças comprometidas na feitura do texto constitucional. A crescente *décalage* entre os interesses em jogo e as suas representações explica o carácter deslizando da legitimidade material da constituição. Um texto tendencialmente socializante é confrontado com a deslocação liberal-conservadora das forças sociais-democratas e com a deslocação liberal-social democrata de algumas forças socialistas. «Meter o socialismo na gaveta» é a confissão expressa deste desfasamento de interesses e respectivas representações.

3. O discurso dos críticos assumiu, desde logo, aspectos constitucionalistas. Utilização profana do direito para servir a política — a política através do direito — eis o pecado original que, para muitos, ainda hoje constitui a mácula imperecível do texto de 1976.

Sugestiva e exemplar é, a todos os títulos, a seguinte passagem de uma tese académica dedicada, precisamente, ao estudo da «Constituição e da realidade constitucional no novo Portugal»:

«A utilização do chamado poder constituinte caracterizou, por outro lado, a especificidade da Revolução portuguesa que em todas as questões decisivas se quis servir do direito como meio da política, e do poder, que utiliza não de forma imediata, mas apenas para influenciar a criação do direito. Na medida em que a Revolução se ligou à legalidade constitucional e, depois, ao processo pluralista eleitoral, ela tornou-se sua prisioneira. A juridicização da Revolução conduziu, em último termo, à redução do potencial de conflito e ao descrédito dos meios de

confrontação violenta. Quando na Assembleia Constituinte se impôs progressivamente um sentimento jurídico liberal-democrático contra a instrumentalização do direito prosseguida pelo comunismo, a Revolução só teria podido vencer através de uma outorga violenta. Diferentemente da maioria dos oficiais do MFA, o PCP temeu os riscos de uma tal mudança de meios. A função do direito como meio de política legitimante da própria política foi precisamente recuperada na Revolução, depois de ter perdido o seu sentido no sistema de governo de Salazar» (Thomashausen, *Verfassung und Verfassungswirklichkeit im neuen Portugal*, Berlin, 1981).

Não estando agora em causa as visíveis pré-compreensões ideológicas do autor (que noutro passo da sua obra considera a República portuguesa como o insucesso de três revoluções: — a republicana, a nacional-corporativa e a comunista) — o problema sugerido é, nem mais nem menos, o da controversa questão da *juridicização da política* e da *politicização do direito*. Parafraseando Guizot e Schmitt, o mote monocordicamente repetido é o de que com esta juridicização e esta politicização a «política não tem nada a ganhar e a justiça tem tudo a perder».

4. Mas não se fez apenas política através do direito. Mais do que isso: pretendeu-se fazer a *longa marcha através das instituições* instrumentalizando o direito constitucional. Esta é outra face do discurso dos críticos. Nacionalizar, expropriar, evoluir para o socialismo é transformar a Constituição em veículo de antecipação social utopicamente orientado. O problema não está só em considerar o direito como meio de direcção social e até de mudança social — o que é praticamente aceite desde Marx e Jhering —, mas sim em converter a lei fundamental em arquétipo de uma sociedade futura. As normas constitucionais ganham uma função deliberadamente reconstrutiva, impondo aos seus concretizadores tarefas, fins, directivas de ordem económica e social positivamente transformadoras. Daqui até à transformação de magna carta do País em «call girl» da Revolução vai um passo. O programa da Constituição não ocultaria, afinal, os seus propósitos subversivos: legitimar, com o manto constitucional, a longa marcha através das instituições.

5. Tratava-se, porém, segundo os críticos, de um programa utópico, alheio àquilo que sociólogos e juristas vinham assinando aos documentos constitucionais socialmente antecipadores: as *diferenças sociológicas* e as *diferenças ideológicas*. Socioló-

gica e ideologicamente o documento de Abril afastava-se da «consciência social». Entre ele e as relações sociais era manifesta a sua discrepância e incongruência; a constituição era uma carta imposta e não uma ordem-quadro adequada à «maneira de sentir dos portugueses».

6. O «imperialismo constitucional» não se dava afinal conta das suas próprias fraquezas, designadamente da limitada capacidade conformadora do direito, e, em especial, do direito constitucional. A força normativa deste — dizem os factos e os positivistas empíricos — é uma força real quando à garantia do *status quo*, mas confina-se ao *grau zero de eficácia* quando pretende criar utopias sociais. A demonstração disto é feita sob várias perspectivas — desde a político-romântica até à estrutural-funcionalista —, mas o discurso crítico mais moderno segue os trilhos típicos das doutrinas sistémicas. Qualquer mudança social só pode conceber-se como processo enquadrado na «evolução eufuncional» do sistema; caso contrário, ela será um elemento conflitual patológico, disfuncionalmente operante sobre o mesmo. Este risco não o pode correr a lei fundamental. Degradar-se-ia irremediavelmente em «factor ilícito» que, em vez de contribuir para a redução de complexidade do sistema global, acentuaria, ao invés, a sua desarmonia.

7. O que diz a Constituição ao cidadão médio?

Pouco ou quase nada. A vigência real de uma norma e a sua potencialidade de actuação está em razão directa da hierarquia formal mínima da mesma e em razão inversamente proporcional ao grau máximo que tenha na hierarquia normativa. Consequentemente, a vigência real respeitante ao cidadão médio é directamente proporcional à aparente mediocridade da norma e agente que a aplica e inversamente proporcional à maior hierarquia da mesma e ao mais alto nível de autoridade e órgão competente (Senoseain «La larga marcha desde la Constitución al ciudadano medio», in *Revista de Administración Pública* n.º 100-102, (1983) p. 140). Esta lei (que um autor espanhol designou por «lei de Keeper» em homenagem ao seu cão bulldog!) significa, em toda a sua crueza, que o cidadão médio se sente vinculado pelas normas mais baixas e desconhece as normas constitucionais. Havemos de ter serenidade bastante para reconhecer a tendencial exactidão de tal «lei». É, afinal, o reconhecimento de que «o direito constitucional passa e o direito administrativo fica».

III A CRÍTICA DO DISCURSO

1. O discurso dos críticos teve um dos efeitos deliberadamente queridos pelos seus autores: a permanente dúvida sobre a *legitimidade* da Constituição. A dignidade de reconhecimento da ordem constitucional pressupõe um *consenso* básico relativamente aos princípios ordenadores da colectividade portuguesa. O texto fundador de Abril não seria, assim, a ordem-quadro do consenso e do compromisso de uma sociedade antagónica, pluri-classista, como hoje se configura a sociedade civil portuguesa.

2. A fundamentação objectiva, ancorada nos eternos «valores», e a fundamentação subjectiva, vergada ao paradigma do «homem individual», pouco espaço fornecem ao fundamento antropológico da Constituição portuguesa: o homem como pessoa, como cidadão e como trabalhador. É esta a compreensão antropológica subjacente à caracterização dos direitos fundamentais, como *direitos da pessoa*, como *direitos do cidadão* e como *direitos dos trabalhadores*. Pergunta-se: em quê ou porquê, esta base antropológica não é suficiente ou adequada para o consenso ou compromisso constitucional? Porque não responde à «heróica disponibilidade para o risco» dos «soldados da fortuna»? Porque se afasta do arquétipo do individualismo possessivo, ou seja, do indivíduo autónomo e proprietário do liberalismo burguês? Porque pressupõe uma fundamentação intersubjectiva do «contrato social» como contrato ordenador da «political society» e da «civil society»? Porque aponta para os «direitos reais» da pessoa, contra as pretensões do auto-ódio burguês relativamente aos direitos sociais? A descodificação do discurso antropológico conservador servirá para tornar transparente a mensagem do texto fundador de Abril: nem «Sexta Feira» isolado nos limbos do Pacífico nem «estruturas sociais» desvinculadas do homem.

3. Esta compreensão antropológica está ligada a teorias económicas socializantes e social-democratas, de claro recorte keynesiano. O pleno emprego, a intervenção do estado, a auto-gestão, os direitos económicos e sociais, a repartição igualitária das riquezas, o desenvolvimento regional apontam, de forma tendencial, para políticas económicas intervencionistas. Hoje, nas épocas do *post* — pós-socialismo e pós-social democracia — tratar-se-á de um programa económico-social «retardado» incapaz de compreender os desafios da modernidade. Mas como escrever um texto fundador iluminado pela imagem da «sociedade-*post*», dos «meninos de ouro», sem passar pela sociedade, aqui e agora, dos meninos de chumbo?

4. O discurso dos críticos contra a ordem material da Constituição transforma-se nalguns casos em crítica da materialização do texto constitucional. Esta não deveria ter princípios mas apenas regras definidoras do «jogo político». Uma vez, a formalização do texto é exigida em nome do Estado de Direito; outras vezes invoca-se a democracia para combater um texto fundador substantivo. Trata-se da velha exigência liberal: o vazio do texto, ou, como hoje se diz, o *não dito*, servirá melhor para alicerçar uma «constituição civil» que não é só a resignação a traçar os princípios básicos da justiça para a ordenação da sociedade, mas também o propósito deliberado de erguer como verdadeira constituição os interesses das classes ou fracções de classe dominantes em cada momento. Mas é isso que se pretende: a constituição como «produto de forças» ou como decisão existencial dos elementos socialmente hegemónicos.

5. Uma compreensão antropológica alicerçada em programas de cariz socializante ou social-democrata postularia a existência de um Estado conformador, perigosamente próximo do Estado autoritário de 1933. A subreptícia defesa de um «Estado mínimo» como equivalente ao «Estado de liberdade» relega para o campo da «coacção» e «agressão» do homem o Estado socialmente interveniente. Daí a igualdade: o Estado da Constituição de 1976 é um «Estado máximo»; o Estado máximo é um estado autoritário; o Estado de 1976 é igualmente autoritário como o de 1933. Como uma estratégia nominalista e minimalista, aos *ideólogos das continuidades e das rupturas*, fácil era lançar para o «mercado das ideias» a seguinte equação: Constituição de 1976 = Constituição de 1933. Mas que vêm a ser, em direito constitucional, as continuidades e as rupturas?

IV A LONGA MARCHA ATRAVÉS DO PLEBISCITO

1. Se a Constituição de 1976 constitui, segundo alguns, a longa marcha através das instituições, porque ela é o texto das transformações revolucionárias, o *plebiscito constitucional* representa, para outros, a «longa marcha» para o golpe constitucional. Propõe-se a alteração dos esquemas organizatório do poder político de forma a subverter-se ou substituir-se o texto fundador por um outro, plebiscitariamente legitimado pela «vontade democrática do povo».

2. O trialismo de poderes — Presidente da República, Assembleia da República e Governo — obedeceu fundamentalmente ao desiderato de um esquema organizatório do poder

político que não incorresse nos vícios dos regimes utilizados como parâmetros:

1) *monismo de Assembleia*, em que o parlamento domina o governo que domina o presidente; 2) *monismo presidencial*, em que o presidente domina o governo, que não tem nada a ver com o parlamento; 3) *monismo invertido* ao de assembleia em que o presidente domina o governo que domina o parlamento.

3. O esquema triádico pretendia constituir a bissectriz dos vários monismos e reconduzia-se ao seguinte paralelogramo de forças: um presidente, eleito directamente, que tem influência sobre um governo que nomeia e demite, sendo este governo também responsável perante a assembleia representativa que pode ser dissolvida pelo presidente. A prática política conduziu à «condenação do entendimento», dado existir um presidente que pouco pode sem o governo, que nada pode sem a confiança (pelo menos negativa) da assembleia a qual pode ser dissolvida pelo presidente.

4. Esse modelo, apelidado por uns de semi-presidencialista e, por outros, de regime misto parlamentar-presidencial, não era o mais flexível para as estratégias partidárias, sobretudo pela falta de «constrangimento» relativamente a um presidente não partidário. O problema não se circunscrevia, como é óbvio, às dificuldades de relacionamento com um «chefe de estado» não «partidarizado», «não governamentalizado» e «não parlamentarizado». Relacionava-se também com a falta de disponibilidade do Presidente da República para «democraticamente» subverter o regime através do plebiscito constitucional.

5. As propostas reorganizatórias do Estado e do poder político revelam a sedução da fórmula divina «à la française». A solução mágica passa a ser a de uma trindade constituída por um presidente, um governo e uma maioria parlamentar conducente à formação de uma *unidade maioritária do poder*.

6. O fenómeno da maioritarização era compreendido, inicialmente, de uma maneira de tal modo ambiciosa que todas as formas de governo ali tinham cabimento. Um presidente à americana, um gabinete à britânica, uma racionalização parlamentar à alemã. Mas mais do que isso: desejava-se ainda um presidente plebiscitário, apoiado por um governo e por uma maioria parlamentar para assumir poderes constituintes e operar, com toda a democracia, uma ruptura constitucional. Posteriormente,

a fórmula da maioritarização seduz não apenas os adeptos plebiscitários da subversão constitucional, mas também os defensores de um presidente da maioria, situado entre o «presidente gaullista» e o «leadership partidário» à Miterrand. A diferença, no plano constitucional, é relevante: no primeiro caso, o presidente é um presidente anti-sistema, um presidente contra a Constituição; no segundo caso, pretende-se a maioria como fórmula da institucionalização hegemónica, embora sem propósitos confessados de ruptura constitucional. Numa hipótese, a longa marcha através das instituições no sentido da restauração; na outra, a fórmula do compromisso entre o actual esquema constitucional, em que existe um presidente que pouco pode perante um governo mais autónomo perante ele mas mais dependente da assembleia que, apesar de tudo, continua a poder ser dissolvida, e uma fórmula de reforço de poderes de um presidente, em consonância partidária e política com o governo e a maioria parlamentar de suporte.

V A LONGA MARCHA DOS PROTOCOLOS

1. É conhecido o aforismo americano: «direito constitucional é o que os juízes dizem acerca da Constituição». Por mais que se critique a juridicização dos problemas políticos e a politicização da justiça, a vitória nas constituições ocidentais do após-guerra parece inclinar-se a favor de Kelsen e não de Carl Schmitt: a justiça política ou constitucional não deve conduzir ao «governo de juízes» mas é, ainda assim, um dos meios possíveis para se assegurar a subsistência do Estado de direito democrático-constitucional.

2. Não é este o momento oportuno para fazer um balanço da actividade do Conselho da Revolução e da Comissão Constitucional, durante a vigência do texto originário da Constituição, e do Tribunal Constitucional, após a 1.^a revisão do texto fundamental. Também não se afigura ser esta a ocasião adequada para aludir aos principais problemas técnico-jurídicos sobre o controlo da constitucionalidade dos actos normativos. Concentrar-se-á a atenção sobre alguns problemas referentes à *legitimação* mesma do órgão de controlo concentrado da constitucionalidade — o Tribunal Constitucional.

3. Os principais conflitos — os relativos à própria inserção do Tribunal Constitucional no esquema da organização do poder político — dizem respeito às suas relações com os órgãos

políticos num sentido restrito (sobretudo os dotados de competência legislativa) e com os outros tribunais.

4. Até o leigo compreende o desassossego destes dois poderes: o legislador sente que alguma coisa lhe é tirada — a de criar actos normativos absolutamente incensuráveis; os tribunais comuns vêem atribuída a outrem uma competência que poderia ser sua, mas que não só não lhe é dada como lhe é tirada em alguma medida. As acusações são virulentas: «os juízes fazem política», «a justiça é atribuída a juízes servidores da política»; «a justiça passa para juízes políticos».

5. A actividade do Conselho da Revolução e da Comissão Constitucional revelou-se inegavelmente positiva em três domínios: a) em primeiro lugar, ao decidir-se (embora com grandes discrepâncias entre os membros da Comissão Constitucional) sobre a sindicabilidade, pela Comissão Constitucional, das leis pré-constitucionais, e ao considerar que todas as normas, mesmo as chamadas programáticas, poderiam tornar inválidas as normas vindas do ordenamento anterior; b) em segundo lugar, ao iniciar uma jurisprudência «amiga» de direitos, liberdades e garantias; c) em terceiro lugar, ao resolver com equilíbrio as controversas questões atinentes às Regiões Autónomas, evitando quer as tendências centrífugas do separatismo, quer as tentações centrípetas do «Paço».

6. Posições claudicantes são visíveis noutros temas submetidos à apreciação da Comissão Constitucional: 1) no domínio económico, a Comissão não criou obstáculos ao chamado «obstruccionismo da maioria», isto é, a criação de actos legislativos consagradores de «um regime de todo diverso daquele escrito na Constituição»; 2) no âmbito dos direitos fundamentais de certas categorias de cidadãos — funcionários e militares — foi notória a preocupação de não afrontar as estruturas militares e governamentais, caindo em soluções próximas das dos velhos «estatutos de sujeição» dos militares, funcionários, forças paramilitares, etc.; 3) os direitos de participação não foram correctamente inseridos no procedimento legislativo; 4) no domínio do direito ao ensino, a Comissão Constitucional manteve-se numa atitude de censurável ambiguidade quanto à compreensão da liberdade de ensino e do princípio da separação do Estado e Igreja.

7. Comparada com a actividade da Comissão Constitucional, a jurisprudência do Tribunal Constitucional tem marcado

avanços significativos em temas de grande relevância política: a) deu guarida ao «revolucionário» princípio da proibição da evolução reaccionária ou do retrocesso no âmbito dos direitos económicos, sociais e culturais; b) a participação dos trabalhadores na legislação do trabalho é configurada como não se limitando ao dever platónico da audição das organizações representativas dos trabalhadores; c) os princípios constitucionais da liberdade de ensino foram interpretados num sentido mais conforme com a Constituição.

8. Reconheça-se, porém, que os grandes conflitos entre o Tribunal Constitucional e os órgãos políticos poderão ainda estar para vir. A abertura ao sector privado de sectores básicos da economia, a eventual apreciação da lei de segurança interna, são exemplos ilustrativos da possibilidade de a sindicabilidade jurídica da política poder vir a ser, ela mesma, problema de legitimação dos poderes políticos.

9. Menos transparente, mas não menos virulenta, tem sido a conflitualidade entre o Tribunal Constitucional e os restantes tribunais. Foi fácil à magistratura rebaixar a Comissão Constitucional a «não tribunal», ao serviço de um órgão político-militar — o Conselho da Revolução. Já não lhe tem sido tão fácil criticar a natureza jurisdicional do Tribunal Constitucional, embora continuem a insistir na natureza política dos seus juizes e dos seus juízos.

Seria errado reconduzir a «guerra do protocolo» entre o Tribunal Constitucional e o Supremo Tribunal de Justiça a uma simples escaramuça para ganhar direito ao «uso de casaca e colete» nas cerimónias do Estado. O Tribunal Constitucional, pela sua composição, representa um duplo desafio à magistratura tradicional: 1) por derivação directa dos órgãos representativos, os juizes dispõem de uma legalidade política e democrática e não apenas de uma legitimidade funcional; 2) a escolha de juizes de carreira para o Tribunal Constitucional rompe definitivamente com a selecção corporativa dos juizes dos tribunais superiores. Juizes supremos, juizes não-profissionais, politicamente legitimados, e juizes de carreira sujeitos ao beneplácito dos órgãos políticos, é possivelmente uma afronta à magistratura corporativa, mas é inegavelmente um dos caminhos para a democratização da justiça, sobretudo quando estão em jogo as questões de controlo da constitucionalidade.