

## CONSTITUIÇÃO EX MACHINA

*Maria da Glória Ferreira Pinto Dias Garcia*

*Professora auxiliar das Faculdades de Direito da Universidade Católica Portuguesa e da Universidade de Lisboa.*

*"A Constituição que aqui se refere não é simplesmente o documento. Só pode ser, como na concepção aristotélica, uma ideia ou um conjunto de ideias que fundam um sistema político e uma sociedade em geral e que, pela sua simples presença, qualifica uma sociedade e o seu sistema político como uma entidade coesa."*

H. MARK ROELFS (*apud* Howard Gillman, *The Constitution Besieged, The Rise and Demise of Lochner Era*, Duke University Press, 1939, p. 19)

Há em cada um de nós - juristas e não juristas - a ideia, mais ou menos clara e mais ou menos consciencializada, de que a justiça se confunde com os tribunais, esse "espaço simbolicamente fechado" onde, através de um julgamento, se traça o destino de alguém.

Aí, resguardado do mundo por quatro paredes, como que a convocar um outro mundo daquele separado, a justiça ou o sentido, simultaneamente necessário e possível, da convivência humana, destrui-se e reconstrói-se por intermédio do juiz. E aquele cujos comportamentos são avaliados e é alvo de julgamento sente na sua vida os efeitos desse sentido em que a justiça se consome, bem como, por um inultrapassável e incontrolável reflexo de espelhos, os que com ele se identificam socialmente.

Não surpreende, por isso, que a tarefa de julgar tenha sido a primeira função do monarca. A própria palavra "rei" deriva, acreditar na asserção antiga, medieva, dessa missão do juiz que ao monarca se pedia - *rex a recte judicando* ou rei por lhe competir julgar rectamente - e a designação de *Estado de Justiça*, atribuída pela doutrina moderna ao Estado medieval, tenha aí inspiração e permanente justificação. Dizer o direito e cumpri-lo, não podendo ficar dele, sob pena de perder a razão de reinar - *legem servare hoc est regnare* - era a superior tarefa régia. O poder do monarca confundia-se com o exercício da função mais autêntica do direito, aquela a que se apela sempre, nos momentos de crise, conflito, ruptura e superação: a função do juiz. "O rei é o juiz e o nome de rei é um nome de juiz".

Realizar o direito ou, usando a terminologia da época, "fazer justiça" era, no período medieval, a missão por excelência do governante, o que convertia o poder régio num instrumento de concórdia e paz, a paz do rei (Königsfriede) e conduzia à necessária coincidência do poder com o direito.

Atribuindo ao poder a natureza de pactuado juramento de fidelidade, na tradição germânica, e consagração régia, na tradição cristã -, o seu exercício diluía-se numa reciprocidade, remetida claramente no momento da violação: se o rei jura não violar os direitos e liberdades do povo e este jura obedecer-lhe, na condição de aquele cumprir o prometido, a desobediência do povo é o resultado necessário da falta do rei à palavra dada. A desobediência do povo ao rei não é, por isso, unilateral, antes resultado da fidelidade por cumprida. E tão-pouco é unilateral o poder de mando do rei, antes consequência do consentimento dado pelo povo.

Na complexidade material de direitos e deveres em que a sociedade medieval se enredava, qualquer violação, viesse de que lado viesse, traduzia uma ruptura de fidelidade jurada, uma quebra da paz, e, se resultasse de actuação régia, e determinava a perda do direito à obediência do povo, porque "só o rei fiel tem súditos fieis". Que o mesmo vale por dizer que o direito se apresentava como ponto de encontro dos deveres de fidelidade de ambas as partes. A ideia de vinculação do rei ao direito, a necessidade de uma vivência sob o direito, que na tradição germânica significava que o rei "dizia" o direito criado pela colectividade e na tradição cristã que a validade da acção régia decorria da sua conformidade com o direito divino e com a consciência jurídica da colectividade, forjada na mundividência cristã (teoria da mediação popular do poder de S. Tomás de Aquino), subjazia, assim, à concepção sócio-política medieval.

Mas a indeterminação jurídica, no âmbito da qual o monarca vivia e actuava, permitia facilmente confundir a

estrita vinculação teórica ao direito com as maiores arbitrariedades praticadas na realidade quotidiana. Com efeito, é mais simples descobrir em abstracto a ideia de limitação do que encontrar no concreto o próprio limite.

Os efeitos da confusão a que se alude foram dolorosamente conhecidos na evolução histórica, em particular nos excessos do absolutismo régio do período do despotismo esclarecido. O direito e o poder diluíram-se na figura do rei. O rei tornou-se *lex animata*, a própria imagem do direito e, logo, do poder, personificação que paradigmaticamente ficou para a História com a orgulhosa afirmação de Luís XIV de França: "L'État c'est moi".

Ora, quando a ordem aleatória ou arbitrária do subjectivismo puro se dissolve no acto que se pretende justiça, o "escândalo por excelência" nasce. Toca-se a essência da verdadeira injustiça, que mais não é do que o resultado de um acto que se espera seja de justiça.

O "escândalo" produzido pelo despotismo esclarecido foi de tal intensidade que gerou uma revolução.

Para esconjurar, os revolucionários procuraram desesperadamente o estabelecimento específico, na realidade concreta, de limites ao exercício do poder régio, para que não mais se voltasse a ignorar ou a fingir ignorar a ideia teórica de limitação que o direito encerra, para que a sociedade interiorizasse que o direito funciona como uma vinculação externa do poder político, um meio de legitimação deste. Procuraram que o direito fosse não só o fundamento e critério de actuação do poder, como garantia de um concreto agir. E julgaram ter atingido esse objectivo através de documentos formais - Declarações de Direitos e, em particular, Constituições escritas.

A declaração de independência americana, de 1776, redigida por Thomas Jefferson, sob influência de John Locke e Jean Jacques Rousseau, ficou para a História como o primeiro documento a reconhecer direitos naturais e inalienáveis do Homem - "todos os homens nascem iguais" e "são dotados de certos direitos inalienáveis" - e a configurá-los como limites do exercício do poder. E a selar condignamente a revolução americana, precavendo-se contra retrocessos políticos, onze dos treze novos Estados aprovaram Constituições escritas (1776-84). Anos volvidos, nasce o Estado federal por intermédio da Constituição de 1787 e da aprovação de um conjunto de direitos individuais invioláveis - 10 primeiros aditamentos (1791) - , ainda hoje em vigor como parte integrante da Constituição.

Com a revolução francesa, em 1789, os valores liberais ganham inusitado vigor na Europa continental. A luta, coroada de êxito, contra o absolutismo régio e a materialização dos limites ao poder em textos jurídico-políticos fundamentais, difundiram-se rapidamente, potenciando novas revoluções.

A Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão francesa é formalmente justificada com a necessidade de evidenciar a existência destes direitos, porque "as únicas causas das desgraças públicas e da corrupção dos governos" são a "ignorância, o esquecimento ou o desprezo dos direitos do homem". Antes mesmo de regularem a organização e o funcionamento dos órgãos estaduais, os revolucionários apressaram-se, por isso, a circunscrever áreas de autonomia individual aos cidadãos, fixando condições de igualdade do seu exercício. A pretensão francesa é ambiciosa: "queremos fazer uma declaração para todos os homens, para todos os tempos e para todos os países; queremos fazer uma declaração ao mundo", afirma a Assembleia ao aprovar a referida Declaração.

Acaba de fechar-se uma porta da História da humanidade e abre-se uma outra para um mundo do qual parecia não haver retorno, só aperfeiçoamentos. Limites para o Estado e garantia para o cidadão ou, noutra perspectiva, proibição para o Estado e liberdade para o cidadão, as declarações de direitos são o marco fundamental de uma nova era.

Enganar-se-ia, porém, quem pensasse que, com as declarações de direitos, as revoluções liberais criaram uma fórmula absolutamente original.

Com efeito, são conhecidos os "Bill of Rights" ingleses, de raízes medievais – "Magna Carta" (1215), "Confirmatio Chartarum" (1297) - , renovados e ampliados no período moderno – "Petition of Rights" (1628), "Habeas Corpus Act" (1679), "Bill of Rights" (1689) - , diplomas que se seguiram a reivindicações específicas de grupos sociais poderosos. E conhecidos são também outros fundamentais documentos europeus de garantia de direitos - "Bula Áurea" húngara (1222), o "privilégio geral" de Aragão (1264), a "paz de Fexhe" do principado eclesiástico de Liège (1316) - , para não falar das cartas de liberdade concedidas pelos monarcas antigos aos habitantes de certas cidades, desde a Itália a Portugal, passando pela França e pela Espanha.

A inovação das revoluções liberais não está, pois, no facto de terem formalmente reconhecido a existência de direitos dos indivíduos perante o poder. A inovação está, de uma lado, no *fundamento jusnaturalista dado a tais direitos* - estes nascem porque os homens, pelo simples facto de o serem, são detentores de direitos. De outro lado, na *natureza política destes direitos* - há a pretensão de os institucionalizar numa Constituição, como garantias fundamentais de um particular modo de construir o poder em sociedade e de, num

"continuum", legitimizar a sua acção.

Ao participarem do momento constituinte do Estado, assumirem-se como fundamento e limite do poder estadual, as Constituições escritas tornam-se lugares privilegiados de justiça, a sua expressão mesma, isto é, voltam-se, à imagem dos tribunais, em 'espaços simbolicamente fechados' nos quais se traça não já o destino de um homem mas de uma sociedade inteira. E, também à imagem dos tribunais, deseja-se ostensivamente que as Constituições sejam pertença de um modo separado do quotidiano, um mundo transcendente e inacessível.

Daí o movimento de sacralização da ideia de Constituição e a crença inconfessada nas suas potencialidades, no período posterior às revoluções liberais. O Brasil não ficou alheio a este movimento e partilhou dessa crença em especial com a "Constituição de 1824, na qual D. Pedro I do Brasil, IV de Portugal, foi procurar inspiração para a Carta Constitucional portuguesa de 1826.

Mas estava ainda reservada à cultura ocidental a descoberta de que, só por si, a Constituição não é uma fórmula mágica que soluciona as injustiças na vida social. A coberto dela, podiam mesmo cometer-se as maiores atrocidades, com direito a ombrear as de Torquemada.

A perversão da Constituição foi levada a efeito no actual século XX, desde logo na Alemanha nazi. O Estado Constitucional permitiu na realidade um Estado de opressão, um verdadeiro antro de violência. O processo que a tal conduziu é digno do discurso kafkiano, enquanto espelha o disfuncionamento da justiça. Não, porém, ao nível dos labirínticos meios de acesso de um indivíduo a um julgamento imparcial, como no verdadeiro universo de Kafka, mas ao nível de uma descida aos infernos por parte de uma sociedade que, em busca da justiça, hipotecou a racionalidade e se perdeu em ininteligíveis meandros de conflitualidade, manipulada por mão de mestre - Hitler. Um processo por onde longinquamente, embora, ecoa a "longa e fascinante história" do poder versus liberdade e que, exagerando o primeiro termo, absorveu o segundo, transformando a Constituição escrita - Constituição de Weimar - numa folha de papel e os direitos individuais nela reconhecidos em palavras ocas ou sem sentido.

E a ciência do direito deu cobertura a esta evolução, permitindo a identificação do poder e da justiça com a lei em vigor.

Veiculada pela escola gradualista de Viena, com Kelsen e Merkl a autonomizarem o modelo jurídico de todo sentido transcendente e ético, preocupados com a explicação pura e simples de como funciona o direito na sociedade, a identificação do poder e da justiça com a lei eliminou do mundo jurídico o problema da legitimidade do poder. A lei passa a encontrar a sua coerência interna, a sua justiça intrínseca, no simples facto de ser norma reguladora de comportamentos humanos, divorciando-se de conteúdos ou adaptando-se a todos os que cumpram o desígnio regulador. A Constituição, a lei das leis, não foge a lógica e perde o sentido mágico, simultaneamente inquietante, que adquirira nas revoluções liberais.

Tudo confluiu para subverter o Estado laboriosamente estruturado por sobre direitos de igualdade e liberdade, tornando-o numa casca apodrecida de um fruto que estiolou.

Era então necessário voltar a dar ao Estado o sumo apetecido, reconstruindo-o como Estado de Direito Material.

Dos pontos de vista teórico e prático, o Estado nascido com a Revolução liberal continha um outro perigo, ainda não mencionado e sobre o qual importa reflectir também.

Na realidade, o Estado liberal foi alicerçado sobre a harmonia de dois princípios: o democrático, de natureza política, cuja raízes se encontram nas teses de Jean Jacques Rousseau, e o princípio liberal, garantístico, de natureza jurídica, fundado nas concepções de John Locke e Montesquieu. Ora o perigo reside na possibilidade de desequilíbrio dos dois princípios pela acentuação do princípio democrático, a qual abre caminho à ilimitação do poder.

Para Jean Jacques Rousseau, a vontade geral é infalível infalibilidade transtorna a lei na própria expressão de justiça "a lei não é injusta porque ninguém é injusto consigo mesmo". Como o princípio da vida política reside na vontade do povo soberano e esta, sendo infalível, não conhece limites, a Constituição, como qualquer lei, pode ser alterada - "um povo é sempre senhor de mudar as leis, mesmo as melhores; porque se gosta de fazer mal a si mesmo, quem haverá direito de lho impedir?", interroga Rosseau. Na sua pureza, a princípio democrático leva aos mesmos resultados de poder régio absoluto, ou seja, a ilimitação do poder.

O perigo que o princípio democrático da Constituição contém pode, no entanto, ser afastado pelo princípio liberal, de garantia, enquanto traça ao poder político o caminho da limitação, desde logo através da modelação do direito de resistir à tirania, teorizado por Locke como "direito de apelar ao céu", e do princípio da separação

de poderes - não só dividir para enfraquecer, como ainda dividir para permitir o controlo mútuo dos poderes, particularmente o controlo judicial, fundado no princípio da independência, o qual pode julgar a própria lei - juízo sobre a constitucionalidade da lei. A tensão entre os princípios democrático e liberal tem, assim, de conviver no seio da Constituição, procurando o ponto óptimo de equilíbrio que permita à sociedade evoluir sem pôr em causa os direitos e liberdades individuais reconhecidos como fundamentais.

Seja, porém, como for, a verdade é que, pelo esvaziamento do Estado de Direito ou pela acentuação do princípio democrático, os Estados Constitucionais conheceram os horrores da guerra.

E, conhecendo-os, não admira que as suas preocupações políticas se centrassem, no final desta, há pouco mais de cinquenta anos, em unir esforços, a nível internacional, para impedir que a humanidade voltasse a conhecer e viver o genocídio em massa e o flagelo da violência por que tinha passado.

A Declaração Universal dos Direitos Humanos é, neste contexto, um marco fundamental seja na construção do Estado de Direito Material seja na procura de conciliação dos princípios democráticos, de liberdade do cidadão, e garantístico, de limitação do poder do Estado, seja ainda no controlo institucional efectivo da acção etadual através dos tribunais.

A ânsia do Homem por um mundo melhor sobe um novo degrau. A justiça tende a identificar-se agora com o compromisso, tendencialmente universal, de reconhecimento de direitos fundamentais entendidos como "mínimo ético", à maneira de Jellinek, um compromisso de vida social e política harmoniosa e pacífica. Sintomaticamente, aparece de novo "simbolicamente fechada", agora num texto de natureza universal - Declaração Universal de Direitos - e, num regresso às origens, alia-se aos tribunais, volvidos em guardiões desse texto. Envolvidos numa onda de amizade, capaz de criar uma jurisdição de âmbito internacional, os tribunais readquirem, em conjugação com os textos que defendem, o protagonismo essencial da justiça.

Funcionando como uma língua comum entre os povos, um novo *esperanto* agregando as sociedades políticas por sobre profundas clivagens e diversidades culturais, que legitimam interpretações as mais variadas do mesmo direito fundamental, a Declaração Universal dos Direitos Humanos tem vindo, no entanto, a gerar movimentos que, cada um na sua área, suscitam a perplexidade e desenvolvem momentos de perversão. Tentemos analisá-los.

Em primeiro lugar, a Declaração Universal potencia uma particular sensibilidade universal contra a injustiça, mobilizando os povos na luta contra a opressão, a fome, a tortura, a doença, o analfabetismo. Ora estas ondas de solidariedade pela defesa e promoção da dignidade humana, sendo, em si mesmas, de louvar, promovem, porém, a ingerência de poderes estrangeiros na política dos povos, o que produz um efeito paradoxal e irónico: em vez de eliminar a violência, intensifica-a, em vez de extirpar a opressão do homem pelo homem, cria uma modalidade diferente dessa mesma opressão, em vez de uniformizar formas de pensar e compreender o valor dignidade humana, acentua a marginalização e a exclusão social.

Em segundo lugar, a Declaração Universal contribui para aumentar a consciencialização dos direitos humanos, mas essa maior consciência, dando origem a uma verdadeira escalada de direitos fundamentais, nem sempre tem se revelado benéfica para o bem que mais se pretende proteger: a dignidade humana.

É que o aumento em quantidade dos direitos fundamentais não tem sido acompanhados por uma sua maior qualidade, realidade que tem conduzido à banalização dos direitos e, ainda, ao esvaziamento do seu peso e importância políticos.

Quando, por exemplo, uma classe com grande capacidade de mobilização e projecção sócio-económica, como a dos pilotos aéreos ou dos portos, reivindica aumentos salariais de 2% e 3% usando da mesma veemência com que um grupo diminuto de desempregados de uma empresa falida exige o pão para si e para os seus filhos, gera-se a indistinção de direitos, perde-se o sentido das prioridades na sua satisfação, porquanto tudo aparece no mesmo plano de fundamentalidade jurídico-constitucional. E, voltando-se o feitiço contra o feiticeiro, a reivindicação dos pilotos é aceita mais depressa do que a do pequeno grupo de desempregados, com o que os direitos fundamentais se neutralizam num desrespeito flagrante à Constituição.

Mas a pan-fundamentalização de direitos é ainda capaz de dar origem a um outro fenómeno, não menos angustiante.

Na verdade, o progressivo aumento dos direitos fundamentais, particularmente na área social, volvidos em elementos "constitutivos" de uma certa forma de viver numa sociedade pacífica e justa, transforma o Estado Constitucional em *Estado de Justiça Total* e o indivíduo em mero sujeito de direitos perante o Estado.

Centro reivindicativo de um destino melhor para o qual não necessita de desenvolver um esforço próprio, autónomo, de aperfeiçoamento ou de ultrapassagem da situação de "desgraça" em que se encontra, porque o Estado tudo resolve, o indivíduo adquire uma posição passiva, degrada-se, e tende a perder o que mais importa preservar : a sua dignidade. Porque - não se esqueça - , é através da capacidade de agir e de permanentemente se maravilhar com o que faz , na constante ultrapassagem dos limites por si conhecidos, que o homem se assume plenamente na sua condição humana, como Pascal tão bem soube sintetizar - "l'homme passe infiniment l'homme".

Mas a tarefa gigantesca que o Estado social desenvolve neste afã de pretensamente se converter em *Estado de Justiça Total*, por força do desmedido aumento dos direitos fundamentais, acaba também, numa outra via, por empobrecer o Homem, na sua dimensão ética, espiritual.

Efectivamente, a assunção estadual das prestações sociais, fundando-se na solidariedade institucionalizada, impessoal, longínqua, sem rosto humano, obnubila ou faz esquecer a ideia de solidariedade pessoalizada, de quem está próximo, a solidariedade que enriquece quem a exercita, pela densificação dos laços intersubjectivos. Assiste-se ao paradoxo de ver a sociedade sensibilizar-se com a fome no Ruanda e a violência fundamentalista na Argélia, com a violação da lei na Indonésia e a destruição provocada pelo maremoto nas praias de Papua, Nova Guiné, solidarizar-se com a desgraça longínqua que entra portas adentro através dos sofisticados meios tecnológicos dos "media", e ficar absolutamente indiferente perante quem dorme no vão da escada que diariamente se sobe ou a violência privada a que quotidianamente se assiste desrespeito total da norma que todos os dias se testemunha.

Cinquenta anos volvidos sobre a Declaração Universal dos Direitos do Homem com uma experiência acumulada, até por vivências culturais anteriores já aqui mencionadas, as pausas de reflexão são apetecidas, particularmente num tempo tão cadenciado delas.

Ora, nesta pausa de reflexão, talvez o que, em face do inquietante quadro traçado, me pareça de importância evidenciar seja o facto de, ao longo dos tempos, consciente ou inconscientemente, o Homem sentir a necessidade de construir a ideia de justiça num espaço fechado e elevado, com o seu "quê" de inacessível, seja o de um rei-juiz, seja o de uma Constituição enquanto garante de um projecto de sociedade harmónica e pacífica, seja, finalmente, o de uma Declaração Universal de Direitos que consagra, num esforço unificador, o sentido convivente mais profundo, qual mínimo denominador comum da sociedade humana.

E ao colocar nesse mundo fechado, elevado e inacessível, a ideia de justiça, as suas imagens materiais - rei, Constituição, Declaração Universal de Direitos - adquirem transcendência, transformam-se em fórmulas mágicas, que, uma vez invocadas ou seccionadas, de imediato desencadeiam meios institucionais de composição dos conflitos, de apaziguamento das angústias, de restabelecimento das destruições resultantes de calamidades naturais que atingem de forma desigual e, logo, discriminatória e injusta, a humanidade. Fórmulas mágicas que, ao exercerem a justiça em nome da sociedade, dão a entender que a justiça só existe porque elas existem. Dão a entender, noutra perspectiva, que, na realidade do quotidiano, o indivíduo nada tem que ver com a justiça.

Mas se em certo sentido é correcto o que se concluiu, porquanto a existência de meios institucionalizados de exercer a justiça - formalização da justiça - correspondeu a um decisivo passo em frente no caminho do progresso civilizacional, deixando para trás as acções de "vindicta privada", não menos correcto é também que a responsabilidade última pelo conteúdo mesmo da justiça e seu exercício efectivo - justiça material - pertence a todos e cada indivíduo, membro da sociedade, sendo essa responsabilidade indeclinável e inalienável.

Aliás, nos momentos decisivos de ruptura ou de crise, sempre que a injustiça prolifera de forma gritante e intolerável na sociedade, o Homem tem sabido assumir, como se viu já, as suas responsabilidades. Chamando a si o poder originário de traçar o seu próprio destino, dá forma "constitutivamente" a um sentido de justiça - chame-se-lhe poder político, Constituição ou Declaração de Direitos - , bem como institucionaliza meios de a efectivar. O drama está em que, criados esses meios, e provada sua eficácia, passam os mesmos a ser deificados, instalando-se no indivíduo e na sociedade a sensação confortável de que podem descansar neles. Deixam, por isso, de preocupar-se directamente com a resolução dos problemas sociais, porque uma - instituição, acabada de criar, irá ter a responsabilidade de, em seu nome, os resolver. E, ao despreocuparem-se, não exercem vigilância sobre sua acção, desresponsabilizando-se pelo agir social, permitindo o desenvolvimento larvar de formas de injustiça quer por degeneração da instituição criada quer porque seta se vai tornando incapaz de lhes dar adequada resposta, formas de injustiça que tenderão a proliferar com rapidez da erva daninha no roseiral, quando faltam os cuidados atentos do jardineiro.

A consciência destes factos obriga a ter permanentemente presente que o ideal de justiça por que todos ansiamos é uma tarefa que nunca se deve dar por finda, uma tarefa por natureza inacabada, que se constrói dia-a-dia, por intermédio do indivíduo e da sociedade, de todos e cada um de nós, agindo de forma

empenhada e responsável.

Se o século XX foi o tempo do rufar dos tambores dos direitos fundamentais, o final do milénio e o século que se aproxima é o tempo da responsabilidade ou, noutra perspectiva, o da descoberta dos direitos/deveres. Não porém no sentido de desenvolver a ideia de desformalização justiça, geradora na sociedade civil de fórmulas paralelas das institucionais milícias privadas ou outras, num retrocesso indesejável a mecanismos de "vindicta privada", mas no sentido de aperfeiçoamento contínuo das instituições constitucionais, sobre as quais a sociedade mostrou cosensualmente querer edificar o seu futuro.

A vinculação positiva da sociedade, seja nacional seja internacional, à ideia de justiça há-de ser o resultado de uma conduta diária, responsável, de todos e cada um, uma conduta que não esgote em reivindicações de direitos, susceptíveis de fechar o homem sobre si próprio, isolando-o dos outros, antes desenvolva, ao lado dos direitos, uma cultura de deveres e de responsabilidade, que estreite a tessitura social numa permanente reivindicação de equilíbrios.

A renovação ética e cívica por intermédio do exercício diário da responsabilidade - responsabilidade vem etimologicamente de *res + spendeo* e significa comprometer-se perante alguém -, poderá ser o melhor antídoto para, reforçando e aprofundando a solidariedade, inventando soluções e remédios, manter viva na sociedade aquilo que lhe é essencial, a Justiça.

É, aliás, a ideia de uma sociedade solidária fundada na co-responsabilidade de todos por um destino comum que a Constituição quotidianamente convoca e não admira que seja como o repositório da herança e do imaginário de um povo.

A Constituição brasileira de 1988, cujos 10 anos aqui se comemoram, não foge à regra. Ela é referência específica de uma certa forma de governar em nome de todos e a cultura da responsabilidade que lhe subjaz não só deve mobilizar a sociedade para a vigilância dos limites que ela impõe - *constituição como garantia ou vinculação* -, como a deve mobilizar em redor de uma ideia de realização- *Constituição como tarefa ou intenção* -, exigindo respostas, coerentes e sérias, e obrigando os governantes a abandonar visões sectoriais ou parcelares dos problemas e encará-los como um todo, pois só nessa medida a solução encontrada será constitucional.

Além disso, e porque a Constituição ou o direito que nela se contém é uma realidade cultural, o exercício legítimo do poder na procura das soluções correctas deve resultar da descoberta de respostas antigas, fundacionais, à luz das novas vivências sociais e culturais. A leitura interpretativa da Constituição não inclui o poder de diariamente a rever, sob pena de, com isso, se estar a retirar à Constituição o papel de instrumento fundamental, em vigor até que o povo a altere, de acordo com os mecanismos constitucionais próprios. Mas já inclui e exige um espírito próprio de raciocínio (*reasoning spirit*) capaz de, sem forçar consensos para respostas que aos olhos de quem exerce o poder são as melhores, reinventar as soluções encontradas no momento constituinte, na qual o compromisso social último se alicerçou e no qual permanentemente procura alimento.

É neste quadro que a *ponderação dos bens* constitucionalmente *consagrados* ganha sentido e encontra compreensão. Em primeiro lugar, até porque implica comparação, seja num plano sincrónico - hierarquização - seja num plano diacrónico -, essa ponderação deve ser fruto de uma visão global da Constituição. Em segundo lugar, funcionalizada embora pela resolução das questões que a realidade diariamente coloca, essa ponderação deve ser entendida de acordo com as respostas dadas no momento fundacional ou constituinte do Estado, culturalmente reinventadas. Por outras palavras, a evolução histórica, económica e social, não altera o sentido da Constituição, mas esta tem de ser construída à luz do presente, o que significa que, sem se adular, a Constituição dá respostas a realidades inexistentes e, mesmo, impensáveis no momento de sua aprovação.

A temática da ponderação dos bens constitucionalmente consagrados deve ser encarada de diferentes quadrantes, consoante as situações jurídico-constitucionais presentes, bem como os protagonistas principais de cada uma das referidas situações.

Assim, elencam-se três distintas modalidades de compreensão desta temática consoante as situações: a ponderação dos bens constitucionalmente consagrados em *estado de defesa* ou *de sítio*, geradora de um direito de necessidade constitucional, a ponderação de bens constitucionalmente consagrados em *estado de necessidade administrativa* e, finalmente, a ponderação de bens constitucionalmente consagrados em situações de *normalidade constitucional*.

De outro lado, distinguem-se três modalidades de compreensão da temática, tendo presente a intervenção de cada um dos titulares do poder estadual unitário, de acordo com o princípio da separação de poderes, ou seja, ponderação de bens constitucionalmente consagrados pelo legislativo, pelo executivo e pelo judicial.

Cruzando o resultado dos dois critérios utilizados, multiplicam-se os centenários de compreensão do tema, particulares e complexidade específica. cada um com as suas "nuances" particulares e complexidade específica.

Na impossibilidade, dada a exiguidade de tempo, de problematizar com profundidade o tema e dar notícia dos seus diferentes cambiantes, vou limitar-me a traçar as coordenadas e as pistas de reflexão que poderão ser desenvolvidas no debate que se seguir a esta minha intervenção

Como qualquer modelo normativo, a Constituição é uma construção social da realidade, destinada a racionalizar as relações intersubjectivas e a sustentar particulares concepções de poder. Ao impor uma ordem justa que substitui a desordem ou a injustiça anteriores, a Constituição começa por identificar o titular do poder para, de seguida, distinguir na sociedade o que é importante do que é insignificante, o que é valioso do que não tem valor, o normal do anormal.

A partir daqui, o titular legítimo do poder elege os princípios jurídicos específicos que protegem os bens identificados como importantes e valiosos, normaliza os processos ou caminhos de actuação considerados bons e naturais - exercício legítimo do poder - criando um discurso interno próprio por onde ecoam as lutas económicas, sociais e políticas.

Ora, a delimitação deste discurso, a Constituição hipotiza, em regra, situações de desordem social generalizada, situações de excepção à normalidade que justificam comportamentos dos poderes públicos contrários às normas fundamentais vigentes em situações normais.

Neste contexto, a Constituição brasileira regula os *estado de defesa e estado de sítio*, dedicando-lhes todo o capítulo I do título V, a que sugestivamente chama "Da defesa do Estado e das instituições democráticas". E digo sugestivamente porque é realmente a "alma" do Estado que, nas situações de estado de defesa e de estado de sítio, está em perigo e é preciso salvar. Por isso o *estado de defesa e o estado de sítio*, enquanto estados constitucionais de excepção à normalidade, apareçam ligados ao todo social ou pelo menos, a parte dele, obrigando a recolocar o princípio que é essência mesma da sociedade política, de natureza fundacional, o da dialéctica entre autoridade e liberdade.

Os estados de excepção constitucional, assim ligados a situações de crise, geram aquilo a que os constitucionalistas chamam o *direito de necessidade constitucional*.

Com efeito, nestas situações, o exercício das funções constitucionalmente previstas pelos poderes públicos revela-se insuficiente para fazer face às necessidades colectivas emergentes, exigindo-se-lhes o recurso a meios extraordinários de acção. Mas ao relevarem directamente da Constituição, os estados de excepção não traduzem uma ideia de ruptura da norma fundamental, antes envolvem uma ideia de garantia da sua manutenção. Pode afirmar-se que as medidas a tomar no período de excepção se destinam a salvaguardar a Constituição em sentido institucional; são globalmente impostas pela ideia de direito contida na Constituição, sendo, por isso, e apesar das restrições de direitos fundamentais que em regra acamtam, condição de existência das instituições livres.

Não pode, pois, falar-se de uma Constituição para o estado de normalidade e de uma Constituição para os estados de necessidade ou excepção, mas já é indispensável falar, dentro da mesma Constituição, de uma *ponderação de bens para as situações de normalidade constitucional* e de uma *ponderação de bens específica dos estados de excepção*.

A "necessidade" configurada na realidade dos factos e verificada pelos órgãos constitucionais competentes abre, assim, o período de excepção, por natureza temporário, e serve de base última de legitimação dos poderes extraordinários exercidos pelos poderes públicos. Vale isto por dizer que a concreta realidade dos factos é determinante essencial da intensidade das restrições dos direitos fundamentais, bem como das medidas a tomar e da sua própria duração, além de consubstanciar o objectivo último dessas medidas: o regresso à normalidade. A abertura aos factos pertence aqui à natureza das coisas, pela impossibilidade de "codificação constitucional integral do estado de excepção", apesar das cautelas que constitucionalmente rodeiam o exercício do direito de necessidade: *princípio da tipicidade dos pressupostos do estado de defesa e do estado de sítio* (artigos 136º e 137º da Constituição), *princípio da intangibilidade de certos direitos fundamentais*, nomeadamente os direitos à vida integridade física (artigos 136º e 139º da Constituição), *princípio da proporcionalidade*, que impõe, entre outras realidades, que o estado de defesa e o estado de sítio só possam ser declarados para superar situações de excepção, a intensidade da suspensão dos direitos resulte do que é estritamente necessário às circunstâncias e que tenha a duração necessária à ultrapassagem da excepcionalidade da situação (artigo 136º, 138º e 139º da Constituição), *princípio da fiscalização das medidas tomadas em estado de defesa e em estado de sítio* (artigo 140º), *princípio da responsabilidade, civil e criminal, dos autores, dos executores e dos agentes* (artigo 141º da Constituição).

Abertura aos factos que se mostra decisiva na ponderação dos bens constitucionalmente consagrados, porquanto esta será fruto de uma análise contextualizada, uma vez que o número e intensidade das restrições aos direitos fundamentais depende dos circunstancialismos concretamente verificados.

Declarados os estados constitucionais de excepção, os poderes públicos, nomeadamente o legislativo e o executivo, desenvolvem a sua acção nos parâmetros definidos pela respectiva declaração, sendo essa acção objecto de fiscalização judicial, igualmente na base desses parâmetros.

Diferentemente se coloca o problema quando as autoridades públicas administrativas se confrontam com situações de estado de necessidade não enquadradas no exercício do direito constitucional de excepção.

Na verdade, o Direito Administrativo, cuja trave mestra é o princípio da legalidade, conhece também o *estado de necessidade*, que assenta na máxima contrária: *necessitas legem non habet*. Este justifica a suspensão da legalidade ordinária sem que as autoridades públicas sejam obrigadas a abandonar ípso facto a subordinação ao direito - *quod non est licitum in lege necessitas facit licitum*.

O estado de necessidade administrativa é reconhecido nos diferentes ordenamentos jurídicos onde tem vindo a ser teorizado. Anda normalmente ligado a calamidades naturais, a situações de greve prolongada, insurreições, manifestações que degeneram em desordem social generalizada, ainda que localizada territorialmente, e justificam a tomada de medidas administrativas sem que a lei previamente as defina ou mesmo havendo determinação legal expressa em contrário. Costuma dizer-se que o estado de necessidade dita as suas próprias leis ou ainda que o estado de necessidade é uma norma "vazia de conteúdo material", "puramente atributiva de competência" cuja aplicação, por isso, deve ser muito restritiva.

São normalmente três os pressupostos apontados pela doutrina para a verificação do estado de necessidade administrativa: a *excepcionalidade da situação*, caracterizada pela desarticulação social inconciliável com o uso dos poderes públicos normais; a urgência ou natureza inadiável das actuações administrativas, medida pelo perigo ou ameaça de perigo em que está a prossecução de determinado interesse público e, finalmente, a *natureza imperiosa* do interesse público susceptível de sacrificar o interesse de legalidade. No contexto constitucional, o princípio da legalidade da Administração só pode ser preterido se um interesse, de igual modo constitucionalmente garantido, se prefigurar na factualidade concreta, interesse imperioso que, por isso mesmo, se tem de entender como sendo de valia superior ao interesse que o princípio da legalidade visa salvaguardar.

A questão, neste momento, presente é a de saber qual a relação entre a ponderação dos bens constitucionalmente consagrados e o estado de necessidade administrativa. A resposta é essa: aquela ponderação intervém no estado de necessidade administrativa em dois momentos. Em primeiro lugar, no da fixação dos pressupostos do estado de necessidade. Em segundo lugar, no da modelação das medidas administrativas a tomar no seu âmbito.

No âmbito da fixação dos pressupostos porque o interesse da legalidade administrativa, sendo constitucional, só pode ser arrecadado por força de um outro interesse de natureza constitucional, só pode ser arredado por força de um outro interesse de natureza constitucional, tornado, em termos comparativos, mais relevante. No momento da modelação das medidas administrativas, porque, falhando a mediação do legislador ordinário, a licitude destas deve resultar directamente da Constituição.

As autoridades administrativas devem expressar os valores constitucionais, na sua ponderação relativa e na escala de prioridades que a Constituição garante, em cada medida que tomarem no âmbito do estado de necessidade. A discricionariedade administrativa aproxima-se da discricionariedade legislativa. É mais ampla e mais aberta que a tradicional discricionariedade administrativa, pois, faltando a lei, faltam os fins nela fixados, não podendo a Administração nortear-se por eles.

Mas nem por isso a discricionariedade que a Administração exerce em estado de necessidade se confunde com a que o legislador dispõe. E não se confunde porque os factos e a ultrapassagem da normalidade que os caracteriza é o pano de fundo da acção administrativa, condicionando-a por dentro, limitando-a, o que não se verifica no âmbito da acção legislativa exercida normalmente. Acresce, por outro lado, que a excepcionalidade do estado de necessidade, ao colocar a Administração na directa dependência da Constituição, determina a sujeição desta ao princípio *da restrição das medidas ao mínimo e indispensável*, princípio que assim pontua a acção administrativa constitucionalmente.

Uma nota final para a ponderação dos bens constitucionalmente consagrados em situação de normalidade, a qual, paradoxalmente, não é ainda alheia ao *conceito de necessidade*.

Os factos geradores de *estado de necessidade*, por definição factos que legitimam actuações à margem da lei, devem ser analisados em paralelo com os que justificam a alteração da lei vigente. Há uma

interdependência entre a elaboração do conceito de *necessidade* como critério de derrogação da norma e sua representação como requisito indispensável da própria actividade legislativa, concretamente a justificação para a alteração da ordem jurídica.

Em qualquer dos casos, é a pressão dos factos que demanda uma diferente compreensão do ordenamento jurídico: na primeira, a *necessidade* configura-se como excepção perante a lei vigente, demandando a criação de uma medida excepcional; no segundo, a necessidade configura-se como normalidade perante a lei vigente e demanda a alteração desta.

A alteração da lei em vigor exigida pelas circunstâncias factuais é, em clima de normalidade, movida ainda pela necessidade, uma necessidade avaliada em função dos bens constitucionalmente consagrados.

Simultaneamente tarefa e garantia, intenção e vinculação, a Constituição se, de um lado, força a acção, porque contém um projecto que urge realizar, de outro restringe, porque contém um repositório de valores intocáveis que é decisivo preservar. Nesse processo de intenção e de tensão, compete aos poderes executivo e legislativo, de acordo com o programa aprovado nas eleições, compreender e dar resposta, de modo imaginativo, ao projecto de realização que emana da ponderação relativa dos bens constitucionalmente consagrados. Por seu turno, às autoridades administrativas impõe-se-lhes desenvolver, articuladamente e de modo adequado, as opções legalmente definidas, no quadro do ordenamento jurídico, em qualquer caso, também, compreender a Constituição através da lei, como tarefa e vinculação.

Para o judicial, porém, a Constituição não se apresenta como tarefa ou projecto a realizar. Antes como garantia de que, nessa realização, os valores fundamentais da sociedade não são afectados. Isto sem prejuízo de o judicial garantir também os projectos legitimamente vertidos em lei, enquanto sanciona a violação desta. O que o judicial não pode é condicionar ou interferir directamente nas escolhas políticas feitas pelo legislador, desde que permitidas constitucionalmente. Para o judicial, em suma, avaliar os valores constitucionalmente consagrados não significa apreendê-los como motor de uma acção ou iniciativa para a acção e sim como bens que, na sua correlatividade e complexidade, globalmente considerados, não podem ser lesados pela acção política ou legislativa. Daí que, para manter no quadro da autoridade legítima, o judicial não possa fazer interferir nessa avaliação as preferências políticas pessoais de seus juizes.

Os princípios constitucionais da separação de poderes, da independência judicial, bem como os direitos fundamentais devem ser interpretados pelo judicial como expressão simples de realidades jurídicas, como pre-compreensões dessas mesmas realidades e não como modelos de acção política.

A tarefa atribuída aos juizes pela Constituição é uma tarefa que estes devem empreender como juristas, técnicos do direito, não como políticos. Por outras palavras, a ponderação dos bens constitucionalmente consagrados é, para o judicial, a ponderação de um *instrumentarium* conceptual tecnico-jurídico, e não, como acontece com o legislativo, a ponderação de formas de pensar com vida própria.

Em conclusão, os diferentes poderes do Estado devem, na estreita medida das suas tarefas, empreender, de modo responsável, a ponderação dos bens constitucionalmente consagrados, num esforço de reivindicação permanente das soluções aprovadas em consenso no momento fundacional, tendo presente que essa ponderação só é possível na unidade interpretativa da Constituição. Porque a legitimidade do mais ínfimo acto do poder estadual resulta de este ser a imagem da Constituição como um todo e, logo, da ponderação de bens que nela se contém.

E permitam-me que termine com uma metáfora antropomórfica da Constituição, recordando Fernando Pessoa, esse grande poeta da língua portuguesa, num poema recentemente interpretado por Maria Bethânia:

"Para ser grande, sê inteiro: nada

teu exagera ou exclui.

Sé todo em cada coisa. Põe quanto és

No mínimo que fazes.

Assim, cada lago, a lua toda

Brilha, porque alta vive."

(do poema "Para ser grande" - Ricardo Reis)