

SÍNTESE

A crise do Estado de Direito é natural porque a sua génese não é escoreita, mas pior: a sua aplicação está dificultada porque depende de interesses cada vez mais distantes do paradigma funcional do Estado.

1. Embora se possa escrever em muitos manuais que o Estado de Direito nasceu na Alemanha, *Rechtsstaat*, isso está longe da realidade. O correspondente nas ilhas britânicas, *Rule of law*, é bem mais antigo, como bem defendeu o seu teórico expoente máximo, ALBERT DICEY (Emilio Santoro, *Rule of law e liberdade dos ingleses*). O que não é discutível é que no continente europeu teve a sua génese na Alemanha por motivos diferentes do das ilhas – e que foi daqui que emanou a epidemia.

Na Alemanha, e estávamos já em pleno século XIX, a ideia é a de um Estado (*Rechtsstaat*) necessariamente de direito, isto é, a visão de que só é possível um Estado na forma de direito porque só assim o Estado se vincula à liberdade e direitos fundamentais do indivíduo (PIETRO COSTA, *O Estado de Direito: uma introdução histórica*). Em Inglaterra, diferentemente, o Estado (*rule of law*) não está em causa como um todo, mas apenas o governo: é o parlamento com a justiça que, juntos, um com as leis soberanas, outro com a interpretação igual para todos (público ou privado), garantem a liberdade do indivíduo; e essa realidade tem uma história de séculos, pelo menos desde o século XVII.

2. No entanto, e é isso que queremos distinguir, o Estado de Direito hodierno, nas suas tão diversificadas formas, têm em comum muita coisa. Vejamos a ideia de LUIGI FERRAJOLI (*O Estado de Direito entre o passado e o futuro*) (o quadro é da minha responsabilidade):

	<i>Ancien regime</i> Direito pré-moderno	Estado Legislativo de Direito século XIX e XX	Estado Constitucional de Direito 2ª metade século XX
Natureza do direito	A validade da norma depende da força da autoridade que a cria	Omnipotência da lei e do legislador	A lei está subordinada à Constituição. Não apenas a forma mas também e sobretudo a substância
Natureza da Ciência jurídica	O direito é transmitido pela tradição baseada na reelaboração dos doutores	O objecto é apenas a norma da lei	Pensamento crítico e projectual
Natureza da jurisdição	Há uma produção jurisprudencial do direito	Aplicação da norma. Princípio da legalidade pura	Sujeição, já não só à lei, mas à Constituição
Linguagem jurídica	O ordenamento não está codificado. Linguagem natural	Como se deve dizer o direito. Linguagem artificial	Como se diz o direito, mas também o que o direito deve ou não dizer. Imposição de limite para os direitos fundamentais; imposição de obrigações para os direitos sociais
Doutrina	Jusnaturalismo. Verdade	Positivismo. Legalidade formal	Constitucionalismo. Legalidade substantiva

3. Dissemos que não é discutível que no continente europeu o Estado de Direito teve a sua génese na Alemanha por motivos diferentes do das ilhas britânicas. Diremos agora: como também não é discutível que ambos os sistemas, o continental e o anglo-saxónico, são diferentes. Já a sua origem diz muito: num caso mira-se o Estado na sua globalidade, razão para a dupla juridicidade; no outro caso, apenas o governo, razão para a unicidade jurisdicional. Mas isso é a origem, porque os sucedâneos formaram-se com pormenores ligados à sua própria história.

4. A situação actual na teoria é unânime de que o Estado de Direito, mesmo o mais avançado, o Estado Constitucional de Direito, não dá todas as respostas que as dialécticas das sociedades exigem. É majestoso afirmar que as instituições

jurídicas com finalidade de garantir os direitos subjectivos numa dimensão pública é a fonte primária de legitimação do sistema político (DANILO ZOLO, *Teoria e crítica do Estado de Direito*), tal como é interessante dizer que os três pontos cardeais do Estado de Direito é o poder político, o direito e os indivíduos (PIETRO COSTA, *O Estado de Direito: uma introdução histórica*). No entanto, se a concepção material deste Estado garante o funcionamento do sistema através da dupla legalidade, isto é através dum consenso amplo (poder constituinte) e do poder legislativo sob o poder jurisdicional constitucional (GUSTAVO GOZZI, *Estado de Direito e direitos subjectivos na história constitucional alemã*), a verdade, no entanto, é que isso não é suficiente porque garante o sistema dos poderes político-legislativos mas não o da estabilidade do ordenamento jurídico, este sim o único que favorece «a autonomia individual e a dignidade humana» porque permite aos indivíduos projectarem as suas vidas (BRUNELLA CASALINI, *Soberania popular, governo da lei e governo dos juízes*). Ou seja, a teoria moderna tem dificuldade em encontrar o ponto central e objectivo que distinga aquilo que verdadeiramente garante a efectiva liberdade dos indivíduos. A concepção material é maioritária, é certo, mas não escapam à concepção formalista da ordem jurídica que ainda é o centro nevrálgico da liberdade.

5. A questão central não está, como a maioria da doutrina portuguesa, mas não só, ajuíza, na inflação legislativa, ou na disfunção da linguagem legal, ou no declínio das codificações, ou na imprecisão e obscuridade, ou na legislação de legisladores desordenados, ou na multiplicidade de legisladores, ou nas revisões constitucionais, ou nas violações das constituições, ou até nas leis comunitárias que são supra constitucionais sem responsabilidade política e sem controlo da legalidade. A questão está na ideia que terá de ser mitigada: a junção entre a ideia do governo da lei (*Rule of law*, ordem jurídica espontânea) e a ideia de governo dos homens (*Rechtstaat*, ordem jurídica artificial): não é necessário que o indivíduo esteja acima ou abaixo do Estado; o importante é o Estado funcionar exclusivamente para o indivíduo. O princípio da especulação que se aplica à economia de mercado deveria aplicar-se, não à economia, mas ao homem. Mas isso é utópico.

6. Vimos que dois são os modelos orientadores do Estado Constitucional de Direito: a concepção jusnaturalista (*Rule of law*) formação espontânea da ordem jurídica através dos tempos; e a concepção do formalismo jurídico (*Rechtstaat*), projecto deliberativo numa ordem artificial (MARIA CHIARA PIEVATOLO, *rule of law e ordem espontânea*). A par deste farol unanimemente designados modelo anglo-saxónico e modelo continental, vários são os modelos que existem e que pretendem aliás inserir-se nessas matrizes. KARL POPPER esteve deslumbrado com o sistema britânico por o considerar único; e de facto assim é: foi sendo construído ao longo dos séculos e isso não se constrói por mera adopção de uma Constituição escrita. A verdade, no entanto, é que ambos os sistemas preenchem aquilo que o mundo inteiro tenta, de uma forma ou de outra, imitar.

7. Na China também se apregoa existir um moderno Estado de Direito. O seu direito é um misto do direito escrito (ocidental) e do precedente (anglo-americano) (WU SHU-CHEN, *A tradição jurídica chinesa e a ideia europeia do rule of law*) e isso já diz muito do seu Estado Constitucional: a Constituição nasceu como guia do Partido Comunista chinês e não a dum escopo nacionalista e por isso mesmo não tem a função de garantir a liberdade de pensamento; a alteração à Constituição não está sujeita a um processo de consenso (nem amplo nem restrito) daí, inclusivamente, as suas alterações sejam sobretudo para fazer face à economia; o controlo da Constituição é feito pelo próprio parlamento – e por isso mesmo até hoje parece não existir nenhum caso de inconstitucionalidade; aliás, na China a Constituição não é levada a sério e até se admite a «violação benigna da Constituição» (LIN FENG, *A história moderna do direito constitucional chinês*).

8. Na Índia, penso que não foi aprovado ainda (e possivelmente não o será) o designado Código Civil Unitário indiano: um código civil que necessita da expressão “unitário”: é que na Índia a Constituição não atinge toda a população, ou melhor, não abrange todas as relações sociais. Mantém-se ainda o costume do tempo colonial (do Reino Unido) onde a norma do direito pessoal era consoante fosse hindu, muçulmano ou cristão. E nem o legislador nem os tribunais aplicam a Constituição àquilo que «diz respeito ao núcleo da posição de um indivíduo como pessoa humana na sociedade». É conhecido o caso de um tribunal que condenou

um ex-marido muçulmano a pagar o sustento da mulher em razão do divórcio. O processo chegou ao supremo tribunal que confirmou a decisão da primeira instância que obrigava o muçulmano. A influência religiosa e política obrigou o primeiro-ministro indiano de então, em 1985, a criar uma lei que revogou a decisão jurisdicional. Ganhou a lei pessoal em preterição da lei constitucional e a igualdade (ANANTA KUMAR GIRI, *O “governo da lei” e a sociedade indiana*).

9. No islão o homem não tem separação possível de Deus. Se a laicidade, o constitucionalismo e a separação de poderes são princípios estruturantes no ocidente, no islão isso é no mínimo irrelevante. Mas não significa isso que não se considerem também como Estado de Direito. Aliás, se não tem expressão para a palavra constitucionalismo, têm-nas para *Rule of law = Kukum al-quanum* e *Rechtstaat = Dawlat al-qanum*. Só que entendem a democracia como doutrina processual, a qual vista assim funciona em quaisquer ambientes. Se no ocidente o poder popular é absoluto, no islão ele é e só pode ser conforme à *Shari’a*, que é o direito islâmico que tem por base a fé (RAJÁ BAHUL, *Perspectivas islâmicas do constitucionalismo*). Há como que um «um império de um direito moralmente vinculado» (BAUDOUIN DUPRET, *O “governo da lei” nos limites da ética islâmica*).

10. Os países africanos (não islâmicos) também vergam-se à tipologia do Estado de Direito. Mas aqui as coisas ainda são mais distantes: colocam em primeiro lugar o direito à subsistência com a internacionalização dos direitos humanos (ALICE EHR-SOON TAY, *Os valores asiáticos*).

11. Ou seja, não existe apenas a visão de Estado de Direito ocidental. E no ocidente essa visão difere muito consoante o país ou o continente.

12. Em França discute-se a “escala da fundamentalidade” proposta por ETIENNE PICARD porque «a extensão ao infinito dos direitos fundamentais levanta uma irrefutável aporia: em geral, nem tudo pode ser fundamental, de outra forma nada mais o seria». Ou seja, a questão em França tem pertinência na justiça, cabendo ao Estado de Direito, aqui «pura ilusão linguística», o equilíbrio entre o seu poder e

o dever de obediência (ALAIN LAQUIÈZE, *État de droit e soberania nacional na França*).

Nos EUA a questão é idêntica: a crise não é tanto a concepção de Estado, mas a dimensão da interpretação constitucional dos direitos fundamentais que hoje encontra a ideia que essa interpretação dispensa mais emendais constitucionais; aliás é corrente o ensino do direito nas faculdades americanas: a atenção é mais aos casos e às decisões do supremo tribunal do que à Constituição (BRUNELLA CASALINI, *Soberania popular, governo da lei e governo dos juizes*).

13. Zeitgeist é uma palavra alemã que significa *espírito da época*. O mundo aos olhos especializados é muito diferente nos seus pontos: o Estado de Direito dos países ocidentais quão diferentes, o dos Estados Unidos do português, o europeu continental do Reino Unido; e o Estado de Direito dos países de “valores asiáticos”, quão diferente o modelo chinês do indiano; e o Estado de Direito dos países islâmicos, tão diferente os africanos dos europeus. Do ocidente reiteramos a laicidade do Estado, coisa diametralmente oposta do oriente.

Mas se nalguns, muitos, aspectos do Estado de Direito hodierno espalhado pelo mundo são diversos, num aspecto são comuns: a liquidação do indivíduo.

14. Hoje “todos” vivem na forma de Estado de Direito e defendem-no: os ocidentais, porque teve aqui a sua origem; enquanto asiáticos, islâmicos, orientais e africanos porque o teísmo permite a democracia, porque, sendo a *democracia processual* (J. A. SHUMPETER), se adapta a todas as formas de vivência. Há um Estado de Direito que todos defendem vivê-lo apesar das diferenças profundas dos respectivos regimes. Essa característica lança-nos um desafio inesperado: é que se os países asiáticos, islâmicos, orientais e africanos têm uma democracia focalizada no grupo em detrimento do indivíduo, nuns casos por razões religiosas (Índia, China e Islão em geral), noutros por razões de sobrevivência (casos africanos não islâmicos), também o ocidente o faz embora por razões deferentes: as leis focalizam-se em nome dos indivíduos, mas a efectiva concretização perde-se na burocracia e na dificuldade cada vez maior em conseguir unificar sociedades

complexas, e tudo porque a economia não permite um Estado pequeno ao nível externo e um Estado grande no plano interno.

15. Ou seja o *Zeitgeist* moral hodierno é cada vez mais economia propensa ao grupo e não ao indivíduo. A ideia de que no ocidente os países se dedicam aos direitos individuais é uma falsa ideia. «A tradição jurídica ocidental moderna conferiu uma primazia indiscutível aos direitos individuais, mas com a revolução social e teórica da pós-modernidade e do multiculturalismo, os ordenamentos jurídicos ocidentais estão se abrindo bastante ao reconhecimento e à instituição dos direitos do grupo» (ANANTA KUMAR GIRI, *O “governo da lei” e a sociedade indiana*). Os diversos Estados, no seu entrelaçado diferencial, uns porque entendem o homem como se realizando com outros homens e portanto colectivamente, outros porque, entendendo o homem individual mas em sociedade têm como principal fim a economia de subsistência (até do próprio Estado) e outros ainda por imposição de economia de mercado pura e incontrolável.

16. E Portugal? Tentamos nos textos anteriores pincelar notas sobre o que se passa no mundo. No momento em que se escreve já entretanto aquele deu outra volta ao Sol e com isso tudo pode estar já alterado. Os exemplos da China e da Índia (não porque sejam países de topo mas porque) um é comunista e outro democrata, aos sistemas africanos e aos países asiáticos, ou seja: o modelo de Estado de Direito afinal serve a tudo, a uns mesmo sem democracia, a outros com parcial democracia, ainda a outros que primeiro do que a liberdade de pensamento, por exemplo, está a subsistência, e outros ainda que a democracia é mero processo. E não deve o ocidente lamentar-se de tal diferenciação: afinal os Estados Unidos da América ou o Reino Unido, ou tantos outros, pugnam e defendem o Estado de Direito mas continuam a comportar-se, sobretudo no exterior, com a fé no conflito armado em defesa dos seus interesses – que é precisamente o oposto de um Estado de Direito. A crise leva, por exemplo, a LUIGI FERRAJOLI (*O Estado de Direito* já citado) a defender a necessidade de um constitucionalismo sem Estado (primeiro um europeu, depois, mais difícil, um internacional). Não nos parece que um constitucionalismo europeu dê solução à

crise actual do Estado, porque a crise está nas pessoas, não nas instituições orgânicas.

17. Portugal é um exemplo, a nível mundial. A título formal. Tem uma Constituição, escrita, documento com garantias efectivas no âmbito do processo político e do controlo político; tem uma instituição especializada na Constituição; possui os mais importantes institutos sob a forma de códigos; e sobretudo possui um povo que é um exemplo de cidadania do ponto de vista das mudanças de paradigma jurídico; e possui duas importantes regiões com poder político e administrativo. Mas está longe de um Estado que sirva de exemplo em termos substanciais.

18. Se o Estado está em crise por arrastamento em crise está a autonomia. Mas esse arrastamento não é natural, porque se há elementos que têm forçosamente de acompanhar o todo, também os há em que isso não é obrigatório.

19. Na generalidade, sem atender à realidade, o Estado Constitucional de Direito está de saúde: é bem melhor este do que o Estado legal de Direito: porque o poder está vinculado não apenas à mera legalidade, mas, mais do que isso, à substância dos seus actos políticos e legislativos; melhor ainda naqueles estados, como o de Portugal, cuja constitucionalidade tanto é tratada em concreto nos tribunais como de igual modo num tribunal superior, incluindo a fiscalização preventiva da lei. Mas descendo à realidade, a crise é profunda: se for verdade que 80% dos actos dos ordenamentos jurídicos da União Europeia são comunitários (não desconfio do estudo de M. CARTABI e J. WEIBER, *L'Italia in Europa. Profili istituzionali e costituzionali*, de 2000, que nem conheço em pormenor; mas olhando para os actos normativos que são mais do que os legislativos, esse número de 80% não me parece real no caso de Portugal), sendo verdade que o Direito comunitário, na sua relação com o Direito dos restantes ordenamentos jurídicos internos, está sendo reescrito pela jurisprudência comunitária (à boa maneira do *ancian regime*, atente-se), sendo verdade que há multiplicação legal de parca e duvidosa qualidade, sendo verdade que a «era dos direitos» (NORBERTO BOBBIO) não é mais do que meras intenções cuja realidade não consegue suportar, temos então um conjunto

de dados que nos deve preocupar e que, de facto, inquina a solução que o Estado Constitucional de Direito queria solucionar.

20. A isto junte-se os poderes infra-estaduais os quais, adentro das respectivas constitucionais, têm poder legislativo – cuja produção é bastante relevante e cujos comandos substituem ou arredam as leis estaduais numa lógica de que o sistema estadual não serve. O caso dos Açores (e o da Madeira também) é paradigmático: não tanto pela quantidade, não tanto pela incoerência dos textos legais; mas sobretudo pela ideia errada de que se possui mais poderes do que os que se têm e, pior ainda, rasgando o que existe no ordenamento jurídico nacional e convencidos de que se faz do melhor que existe (o que ainda é mais grave), plasmam-se sistemas totalmente alheios à Constituição, ao Estatuto Político-Administrativo, à Lei, e à própria realidade (como são os casos dos quadros de ilha e a mobilidade do funcionário), ou criam-se leis sem necessidade real (como são os casos das transposições de actos comunitários que afinal são uma *fotocópia* do que a nível estadual já existe).

21. O Estado está em crise porque padece de todos os males que o Estado de Direito na Europa sofre. A crise de Portugal só não é mais grave do que nos restantes países porque, em boa verdade, países como a Itália (na corrupção e no desmantelamento do ordenamento jurídico) ou Espanha (terrorismo interno) ou a Alemanha (neonazismo e xenofobia) têm problemas bem superiores aos nossos; mas a crise institucional no plano da eficácia do Estado de Direito Democrático, porventura é a maior da Europa: porque a sua autonomia teima, em nome da diferença, criar modelos de subsidiariedade que são duplamente piores: porque são mais “caros” aos insulares e porque são feitos ao arrepio da própria Constituição. A Constituição não está a salvo, nem das autonomias nem da União Europeia.

22. Tais preocupações ao nível interno crescem de tensão. Se o Estado se vai paulatinamente divorciando dos seus afazeres transmitindo-os às autarquias locais ou às regiões autónomas ou a entidades *independentes* e assim fica livre

para as relações económico-internacionais, o que fazem esses novos e infra-estaduais poderes aos direitos individuais?

23. Não me refiro à destruição física do indivíduo, mas ao seu apagamento psicológico, ao encerrar-lhe todas as esperanças de atingir uma excelência de dignidade. Referindo-se a direitos do indivíduo é necessário esclarecer. Não ter acesso à justiça por falta de dinheiro, não ter acesso à saúde básica por falta de meios disponíveis, não ter acesso a uma informação por dificuldades técnicas ou de acessibilidade com impedimentos incompreensíveis e inoportunos, enfim tudo isso são situações que cabem no direito do indivíduo; mas também estar proibido de fazer certas liberalidades habituais e que por influência dum fundamentalismo qualquer se altera radicalmente. Ou seja, a ideia de políticas de grupo é visível numa imagem: no acesso à saúde, porta larga, no interior aos montes, no exterior uma fila enorme, no entanto só podem ser atendidos meia dúzia; ou seja ainda, políticas de pacote, quem chegar primeiro tem acesso, quem chegar depois não tem. E concluímos que, no caso de Portugal, quais as consequências de uma das formas dessa liquidação: a transferência de poderes estaduais para outras entidades.

24. No caso das regiões autónomas o Estado tem vindo a pautar-se por uma limitação daquilo que é mais significativo, desfigurando o sistema autonómico, em especial o legislativo. O Estado quer regiões autónomas e até quer que elas tenham poder legislativo. Mas quer que tenham modelo diferente do que foram os primeiros vinte anos de democracia: que sejam mais parecidas com as autarquias locais do que com o Estado ou os órgãos centrais. Só assim é possível uma política de grupo (ou de massas) porque sabe que, se porventura as regiões autónomas perfilassem o sistema em prol do indivíduo e não do grupo (o que não é o caso), elas custam-lhe muitíssimo mais. O ideal para o Estado é que as regiões autónomas tenham uma organização administrativa própria, mas não mais do que isso; que tenham poderes para arredar o holofote do Estado para a região autónoma naquilo que é menos importante.