

O Constitucionalismo do Futuro ou Dos Futuros do Constitucionalismo¹

PAULO FERREIRA DA CUNHA *

“ (...) É pra ver o meu futuro
Em função do meu passado
É pra ver o caminho
E é pra ver o que calco
Que eu não ando nas nuvens
A pisar pó de talco (...)”

Sérgio Godinho

Resumo

No presente artigo se procura, muito cautelosa e modestamente e sem intuits sensacionalistas ou esotéricos, indagar, a partir do processo histórico e especificamente da análise da conjuntura atual, jurídico-política, quais os possíveis cenários que poderão vir a emergir no futuro na realidade constitucional. Assim, olhar-se-á muito para o passado para tentar não prever mas sobretudo acautelar possíveis futuros.

JURISMAT, Portimão, 2022, n.º 16, pp. 27-42.

* Juiz Conselheiro do Supremo Tribunal de Justiça.

¹ Artigo inspirado na nossa conferência magna “O Constitucionalismo do Futuro”, proferida em 30 de agosto de 2022, na Universidade Federal da Bahia (por videoconferência), com os agradecimentos aos respetivos organizadores (desta instituição e da Associação de Letras Jurídicas de Montes Claros) nas pessoas, respetivamente, dos responsáveis Profs. Doutor Daniel Oitaven, Doutor Ricardo Maurício Freire Soares, e Doutor Waldir de Pinho Veloso, e à “Jurismat”, na pessoa do seu Diretor, Prof. Doutor Alberto de Sá e Mello, que este estudo acolhe.

I. Constitucionalismo & Futuro

Os títulos devem ser, sobretudo nos tempos que passam (para acordar os adormecidos), impressivos, apelativos, até em alguns aspetos provocadores. A avalanche de oferta cultural e académica (são coisas diferentes) é tanta que, para um evento ou um produto poder fazer-se notar, tem de se colocar em bicos de pés e afirmar-se, por vezes com humor, trocadilhos, surpresa, etc. Ou atrevimento.

O caso presente é o do atrevimento. Não possuo uma bola de cristal nem consulto as cartas nem os espíritos para poder perscrutar o futuro.

Aliás, a tentação de convidar alguém a falar sobre o futuro (ingenuidade, provocação, sabe-se lá o que mais) não é infrequente, em todas as áreas, e mesmo em geral: como será o futuro? O que nos espera?

Dois obras nos ocorrem (certamente estamos a esquecer muitas... mas o esquecimento é uma forma de seleção, é, como o tempo, um grande escultor) de particular interesse, e não adianta dizer que foram proféticas, porque quando se colocam possibilidades, é difícil não se acertar. Mas o importante não é acertar (em geral prever desgraças é prudente e compensa quanto à fama de ser vidente), é equacionar bem os problemas e ser capaz de pelo menos ir sugerindo soluções. Duas obras, pois, parecem especialmente importantes: *Der Waldgang*, de Ernst Jünger,² e *The Human Situation*, de Aldous Huxley.³ Particularmente esta última, no capítulo “o futuro do mundo”,⁴ acaba por falar com eloquência das possibilidades da nossa encruzilhada diante do futuro. Como o tempo é escasso, para aí remetemos os interessados numa contextualização de “futurologia” conjectural, dentro dos padrões de seriedade admitidos pela academia e a ciência, pois há proliferação (na Internet, então... nem se fala) de cenários (normalmente apocalípticos) baseados em puro subjetivismo, sensacionalismo, certamente, até, em gosto sádico de atormentar as almas impressionáveis.

Falaremos, então, apenas, do constitucionalismo que no futuro haverá, partindo do princípio de que sempre haverá algum constitucionalismo, conquanto exista, ou subsista, a Humanidade – aplicação, assim, do conceito histórico-universal de Constituição.

² JUNGER, Ernst — *Der Waldgang*, Estugarda, Klett, 1980, trad. e posfácio de Maria Filomena Molder, *O Passo da Floresta*, Lisboa, 1995.

³ HUXLEY, Aldous — *The Human Situation*, Londres, 1977, trad. de Lya Luft, *A Situação Humana*, 4.^a ed., São Paulo, 1992.

⁴ *Idem, Ibidem*, p. 98 ss..

O Constitucionalismo do futuro é um título pretensioso, em teoria. Só não o é na prática, na medida em que no pacto autoral com o público, que se presume inteligente, culto, com sensibilidade e *finesse*, se pressupõe que ele comporta ironia. O mais que se pode fazer é supor, e, de algum modo, exercer o trabalho das presunções (ilidíveis, claro, no caso): de factos conhecidos tentar estabelecer, em conjectura, factos desconhecidos. Tanto mais que factos futuros.

Igualmente arriscado, embora todos compreendamos que um pouco menos que o título anteriormente comentado, seria uma variante, que o é apenas: *O futuro do Constitucionalismo*.

Analisemos um instante as diferenças.

Enquanto *O Constitucionalismo do Futuro* nos remete para o domínio da utopia (boa ou má, eutópica ou distópica – depende da conjectura do observador), fixando uma “cidade ideal” futura (que, para o bem e para o mal, pode ser muito diversa do que hoje existe – assim implicando um dinamismo e a possibilidade de rutura), já em *O Futuro do Constitucionalismo*, se parte de algum modo de uma perspectiva de maior continuidade. Ou seja, enquanto no primeiro título se está no domínio utópico (mito da *cidade ideal* – ou anti ideal) neste último parece ecoar uma ideia de continuidade, embora em mudança, ou seja, o solo em que se funda a discussão é o do mito *tout court*: como narrativa de origens, ideia-força, e, eventualmente, também, com os seus elementos de mistificação...

O Futuro do Constitucionalismo é saber a continuidade (na verdade, a continuação) da História que já vivemos. Trata-se de saber do futuro do Constitucionalismo moderno. O Constitucionalismo do Futuro deixa-nos a suspeita de que tudo poderá ser bem diferente. E, portanto, a grande questão, neste caso, é a de saber se o Constitucionalismo tem futuro. Naturalmente, o nosso Constitucionalismo moderno atual, mas, mais radicalmente, todo o constitucionalismo. Colocando-se até um pouco em causa a tese de Lassalle, da existência histórico-universal da Constituição...

O que preferimos?

O pensamento não deve temer questões radicais. Se é certo que gostaríamos de uma evolução na continuidade do atual Constitucionalismo moderno, não podemos, não devemos mesmo, furtar-nos ao desafio de indagar, radicalmente, se haverá constitucionalismo no futuro, ou se tal constitucionalismo será ainda do mesmo timbre, tipo ou família do atual.

A uma opção avisada, prudente, com algo de conservador (mas num sentido de razoabilidade, não de reacionarismo) se opõe uma outra mais ousada, indagadora, não propriamente revolucionária nem progressista, mas aberta a novas soluções... Ainda que essas novas soluções, do nosso ponto de vista, não possam, não devam, dar passos atrás no legado adquirido do Constitucionalismo moderno.

II. Constitucionalismo Moderno e Constitucionalismo Histórico

Ainda somos do tempo em que havia uma espécie de esquizofrenia doutrinária. Não era coisa de que o estudante ou sequer o docente comum pudessem aperceber-se. Mas queria e quer parecer que havia dois pesos e duas medidas na análise dos momentos constitucionais, numa perspectiva histórico-teórica.

Assim, por um lado não deixava de se aderir, ao menos implicitamente, à tese histórico-universal de Constituição proclamada na palestra de Ferdinand Lassalle sobre o “ser” da Constituição. Considerava-se, pois, sem dificuldade, que sempre, em todos os tempos e lugares, haveria uma trama normativizada de poderes, ou seja, sempre haveria Constituição.

Mas, por outro lado, na medida talvez até em que nesses tempos não havia o nefasto peso de teorias antirrevolucionárias, anti vetero liberais, etc., e, portanto, vigorava um consenso de base (só imperfeito em margens do sistema, muito laterais e pouco visíveis na comunicação social) no valor da Revolução Francesa e do Constitucionalismo emergente dela e de revoluções afins (o chamado Constitucionalismo moderno), nessa medida, havia então uma tendência para identificar Constituição com a Constituição em sentido moderno. Ou seja, em termos latos, o sentido já determinado pelo artigo 16.º da primeira Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão francesa: *Toute société dans laquelle la garantie des droits n'est pas assurée, ni la séparation des pouvoirs déterminée, n'a point de Constitution.*

Por outras palavras, num contexto de constitucionalismo escrito, codificado, e com alguma rigidez (o que permitirá depois o controlo da constitucionalidade, como bem frisaria no Brasil Manoel Gonçalves Ferreira Filho), o referido artigo dessa antiga Declaração fazia sobressair dois elementos que avultam ainda hoje como traços *sine qua non* da existência de uma Constituição em sentido moderno: a Separação dos poderes e os direitos fundamentais (evoluindo depois para a categoria também de direitos humanos). Embora o texto do mestre de São Paulo seja um pouco longo, é importante tê-lo presente, até para o futuro, porque pode haver pessoas esquecidas (“olvidadiças”, dir-se-ia com um neologismo, imitando o castelhano) que podem querer constituições flexíveis doravante, mutáveis

ao sabor dos detentores efêmeros do poder, e para mais dizendo (como já se disse – *hélas!*) que a rigidez constitucional seriam “os mortos a mandar nos vivos”, e que as cláusulas pétreas seriam antidemocráticas. Recordemos, pois, Ferreira Filho:

“A distinção entre Constituição rígida e Constituição flexível, entre Poder Constituinte originário e Poder Constituinte derivado, implica a existência de um *controle de constitucionalidade*. De fato, onde este não foi previsto pelo constituinte, não pode haver realmente rigidez constitucional ou diferença entre o Poder constituinte originário e o derivado.

Em todo Estado onde faltar controle de constitucionalidade, a Constituição é flexível: por mais que a Constituição se queira rígida, o Poder Constituinte perdura ilimitado nas mãos do legislador. Este, na verdade, poderá modificar a seu talante as regras constitucionais, se não houver órgão destinado a resguardar a superioridade desta sobre as ordinárias. Mais ainda, órgão com força bastante para fazê-lo.”⁵

Pois bem. Voltemos ao Constitucionalismo moderno. É evidente que, por muito que se aprecie e louve e adira ao projeto do Constitucionalismo moderno, não se pode olvidar que, pela teoria de Lassalle (e ainda que ela não existisse) houve um outro constitucionalismo antes desse. E a prova disso mais simples e impressiva será a ponte histórica que para tal é lançada pelos próprios preâmbulos de três das mais significativas constituições iniciais do Constitucionalismo moderno: a francesa de 1791, a espanhola de 1812 e a portuguesa de 1822. Em todas elas há uma referência a um tempo mais ou menos idílico que não é uma mera alusão ao mito da Idade do Ouro, mas a reminiscência de que houve alguma liberdade antiga, que agora se recuperava, com Cortes modernas. Houve o interregno do Absolutismo, mas existiram velhas liberdades.

Importa recordar que há sempre narrativas sobre o passado no discurso constitucional. Elas podem fazer parte dos preâmbulos das Constituições, ou andar nos ares dos livros de História e das conversas dos políticos e das peças da comunicação social. Por essas e por outras é que o Preâmbulo da Constituição portuguesa (que explicitamente remete para a queda do regime fascista) foi considerado por Gomes Canotilho como o RG (em Portugal dizia-se bilhete de identidade, hoje cartão do cidadão) da Constituição vigente.

É interessante advertir que enquanto a Constituição portuguesa faz uma ponte entre o passado e o futuro, a Constituição federal brasileira coloca a tônica toda

⁵ FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves — *Curso de Direito Constitucional*, 17.^a ed., revista e atualizada, São Paulo, 1989, pp. 29-30.

no futuro, no tipo de sociedade que pretende construir. Digamos que a primeira é mítico-utópica, e a segunda apenas utópica. No sentido nobre e nada crítico da expressão, evidentemente. Com “utópico” não se quer designar o quimérico, o impossível de realizar. Apenas o que remete para o mito da cidade ideal, aliás magnificamente retratado por Roger Mucchielli.⁶

Ora as narrativas sobre o passado constitucional são também instrumentos de intervenção no presente e formas de projetar o futuro.

III. Algumas Narrativas. Portugal

Será útil e instrutivo atentar em algumas narrativas, brevemente e apenas a título exemplificativo.

Desde os alvares do Constitucionalismo moderno, foi posta a correr em Portugal – e se procurarmos (e nem precisamos de procurar muito) ainda tem posteridade atualmente no Brasil – uma narrativa diabolizadora do Constitucionalismo moderno.

Segundo ela, o Constitucionalismo moderno era uma importação estrangeira, alheia à alma nacional. Os absolutistas e os seus filhos e netos ideológicos (não já, obviamente, os vetero liberais, profundamente identificados com os valores e princípios das Constituições) insistiram sempre que a nova ordem instituída pelas constituintes e depois pela Carta Constitucional (dada por Dom Pedro IV de Portugal, o Imperador D. Pedro I do Brasil) era um corpo estranho na alma nacional, no espírito lusitano, etc.. E como sempre os poderes chauvinistas e autoritários insistem no dogma de que só o nacional é bom e o estrangeiro e o internacional é mau (durante o Estado Novo português, por exemplo, insistia a propaganda do governo no perigo do “comunismo internacional”, não se sabendo o que seria mais terrível, se o primeiro se o segundo termo da expressão), obviamente a solução seria voltar atrás, a uma mítica idade do ouro, perdida algures. Acresce que esse criticado estrangeiramento da Constituição se associa ao facto de ser alegadamente obra de forças consideradas ocultas, conspirativas e antirreligiosas. Tudo se pode ver neste poemeto de medíocre rima (mas muito certa intenção), que circulava nesses tempos:

“Eu, Dona Constituição
Que fui nascida na França,
E sendo ainda criança

⁶ MUCCHIELLI, Roger — *Le Mythe de la cité idéale*, Brionne, Gérard Monfort, 1960, reimp. Paris, P.U.F., 1980.

Jurei a Revolução [...]
Viajei terras e mares
Fui à Itália e à Prúcia
Porem da Espanha e Rússia
Me fizeram mal os ares.
Nunca me dei a vagares,
Com presteza sem igual,
Vim á pouco a Portugal
Pelos Pedreiros chamada [...]"⁷

Foi complicado, por exemplo, encontrar um padre que dissesse a missa de celebração da Constituição portuguesa de 1822. E mesmo a rainha, a tão conhecida no Brasil D. Carlota Joaquina, alegaria (pasmem-se!) o seu direito natural à preservação da saúde para não se dar ao trabalho (e desonra, crê-se) de sair do palácio com tempo chuvoso e ir jurar a Constituição.

Mesmo um escritor liberal como Alexandre Herculano é citado por outro liberal como Oliveira Martins a propósito do grande peso da influência estrangeira, designadamente francesa ou inglesa, sobre os primeiros políticos do constitucionalismo luso.

E por isso, por vezes, irrompe um grito de autonomia, um desatar de laços, um proclamar da independência de pensamento. Na Assembleia Constituinte, Fernandes Tomás insurge-se: “Eu sou português e estou aqui para fazer uma Constituição portuguesa e não espanhola”.⁸

O contra-ataque teórico, em toda a sua extensão, demorará. E provavelmente, com a fortuna caprichosa da difusão das ideias, a muitos poderá ter passado ao largo.

O que vai ocorrer é que, primeiro, se vai ter de insistir que o Constitucionalismo é dual: antigo e moderno, e em ambos os casos é constitucionalismo de parte inteira. Não é uma tese fácil de aceitar por tradicionalistas que só pensam nas velhas leis fundamentais do reino, nem por constitucionalistas dos nossos tempos, que pouco delas saibam.

Depois, vai ser necessário explicar que a oposição de um a outro dos constitucionalismos, à luz do estudo concreto e no terreno histórico, é mais de cor local, verbal (e nem sempre), e sobretudo ideológica. No plano da filosofia e da meto-

⁷ “Testamento da Constituição”, p. 304.

⁸ CARVALHO, Joaquim de — *A obra legislativa das Côrtes*, in *História de Portugal*, dir. de Damião Peres, Barcelos, 1934, vol. VII, pp. 101-102.

dologia não há uma verdadeira rutura. E finalmente, se não há rutura, pode-se, na Península Ibérica (e naturalmente nas suas extensões que foram um dia coloniais, pelo mundo – desde logo nas Américas, em África, etc.), muito legitimamente invocar uma prevalência, até cronológica, face aos constitucionalismos modernos classicamente invocados: inglês, americano e francês.

Teixeira de Pascoaes, na sua *Arte de ser Português*, reflete essa prevalência histórica até portuguesa:

“Temos ainda os forais e os princípios de direito político estabelecidos nas antigas cortes, revelando o espírito de independência e liberdade que animou sempre a alma popular. Intervinha no governo do País, na sucessão do trono, em todos os actos de interesse geral que o Rei praticasse: a guerra e a paz, lançamento de impostos, etc. E exercia ainda uma esperta vigilância sobre o procedimento dos homens de Estado, alguns dos quais foram acusados e condenados! Em plena Idade Média, enquanto outros Povos gemiam sob o peso do poder absoluto, impúnhamos à nossa Monarquia a forma condicional: o Rei governará se for digno de governar, e governará de acordo com a nossa vontade, expressa em cortes gerais reunidas anualmente.”⁹

Claro que um tradicionalista à *outrance* poderá sempre dizer que isso é justificativo do seu próprio discurso, porquanto do que o vate do Marão fala é do excelente constitucionalismo antigo, que ele exalta, tanto quanto execraria o moderno. Porém, como vimos, a questão é que eles se não opõem, antes são complementares. O radicalismo do tradicionalista (ou o do modernista, por razões simétricas) é que não o permitem ver.

Seja como for, não é pequena a força propulsiva, de futuro, do discurso legitimador da autonomia do constitucionalismo nacional, em alternativa à muito martelada narrativa de a Constituição e o Constitucionalismo em geral serem corpos estranhos, de origem estrangeira. Note-se que esta acusação começou com a primeira constituição nos inícios do século XIX e ainda não se cansou. Ainda hoje alguns não mudaram de argumentos críticos.

⁹ PASCOAES, Teixeira de — *Arte de Ser Português*, nova ed. com prefácio de Miguel Esteves Cardoso, Lisboa, 1991.

IV. Algumas Narrativas. Alemanha

Durante a República de Weimar, que tantas lições nos pode dar para os nossos dias (vejam-se as eloquentes obras de Claude Klein e de Jacobson e Schlink),¹⁰ a narrativa dominante era muito semelhante a esta, nos seus traços mais profundos.

Também as forças antidemocráticas, reacionárias, eram explicitamente anti-constitucionais, invocando alguns argumentos paralelos aos que haviam sido invocados noutros países, como Portugal: e em especial o argumento do estrangeiramento desta fórmula político-jurídica.

Sendo a questão identitária uma das mais mobilizadoras, é natural que as opções políticas extremistas desfraldem bandeiras desse teor, para coesão, arriamento e mobilização de sequazes. E um dos identitarismos mais tradicionais e mais perigosos, do mesmo modo que mais confusos é o nacionalista (por exemplo, os judeus que governavam a clausura dos judeus e organizavam a discriminação, se não mesmo pior; os antigos migrantes que uma vez naturalizados alinham ferozmente com os xenófobos, etc.). Não se confunda, nunca, nacionalismo com patriotismo. Este é legítimo e com janelas e portas abertas; aquele é uma clausura, de fronteiras e de mentes.

Ora também na Alemanha teve de haver um contra-ataque às ideias retrógradas nascendo à sombra da democracia de Weimar, o qual valerá a pena cotejar com o ocorrido em Portugal. Não poderemos aqui, contudo, senão sumariar um pouco a questão, como incitamento a ulteriores estudos e reflexões.

Weimar não teve só “gigantes” juristas (e um gigante jurista do lado que viria a liquidá-la, como se sabe: Carl Schmitt). Teve também gigantes filósofos (também com um que colaborou com o nazismo, no mínimo: Martin Heidegger). Um dos mais denodados defensores da democracia (e, por sinal, decerto, um daqueles que conseguiu harmonizar a celebridade, o estudo profundo e o equilíbrio pessoal), foi Ernst Cassirer.

Contra a doutrina e a *vox populi* dominantes, ele vai buscar a Leibniz a génese dos direitos fundamentais. O clássico autor setecentista teria mesmo escrito sobre os direitos dos escravos e dos servos, o que aparentemente ninguém tinha notado, e sobretudo interpretado até ao momento. E mesmo para nós, hoje, é

¹⁰ JACOBSON, Arthur J. / SCHLINK, Bernhard (eds.) — *Weimar. A Jurisprudence of Crisis*, trad. Belinda Cooper *et al.*, Berkeley, 2000; KLEIN, Claude — *Weimar*, Paris, 1968.

ainda surpreendente. Porquanto, do mesmo modo que os lusófonos não têm sabido enfatizar as liberdades ibéricas (em que são partícipes), que recuam pelo menos a Isidoro e Leandro de Sevilha, e que se limitam a algumas referências, nem sempre diretas, de Pascoaes, Agostinho da Silva, Jaime Cortesão, e, no Brasil, Sérgio Buarque de Holanda, que nos recordemos, também os Alemães não deram posteridade em divulgação a estas ideias pioneiras, que resgatavam uma origem, um legado, bem ao arrepio dos lugares comuns. Mesmo historio-graficamente há uma hipótese muito grande de triunfarem os lugares comuns.

Para Cassirer, as ideias político-jurídicas de Leibniz influenciariam o célebre jusnaturalista Wolff, o qual, havendo sido fonte de Blackstone, é que acabaria por dar origem à Declaração da Independência dos EUA de 1776 e daí viria a ser inspiração do constitucionalismo francês, etc.

Mas decerto que o peso pesado da argumentação acaba por ser outro ainda: Kant. O filósofo de Conisberga, ao ter redigido, antes de mais, cinco anos antes da Revolução Francesa, o seu opúsculo sobre o Cosmopolitismo, não pode deixar de ser um precursor. E obviamente depois o corroborará na sua *Paz Perpétua*.

Em 15 de agosto de 1928, Cassirer proclama estas ideias em que Alemanha e Democracia (ou pensamento Vetero liberal *tout court*) se fundem. Contudo, a esposa de Cassirer anota nas suas memórias (apesar dos grandes aplausos que recompensaram o orador) que o discurso não comoveu, nem persuadiu. Apenas terá reconfortado quem já esperava sê-lo.¹¹

V. Mais Narrativas. De volta à Língua Portuguesa

Há vários lugares paralelos de influências e origens. Diz-se que na Suíça se foi desencantar um autor alemão para ser apresentado como grande inspirador do seu constitucionalismo, porque seria impopular reconhecer-se a influência do “big brother” francês. Diz-se que em Portugal acabaria por se querer fazer uma Constituição “mais liberal que a espanhola”, para com esta perífrase não dizer que se desejava a influência francesa. Estava ainda muito recente e dolorosa a memória das três invasões francesas.

E assim se vão criando ideias-feitas, que passam até para malhas retóricas do discurso mais *savant*: o reputado historiador Victor de Sá, para citar um exem-

¹¹ Todo este passo se inspira no interessantíssimo livro de EILENBERGER, Wolfram — *O Tempo dos Mágicos. A Grande Década da Filosofia. 1919-1929*, trad. port. de Isabel Castro Silva, Lisboa, 2022, p. 280 ss., que convém ler e reler, sobre esta questão.

plô apenas que nos veio à mão, não deixa, *en passant*, de referir um “sofisma constitucional”, pelo qual teria sobrevivido o regime monárquico português.¹² Cremos entender onde queria chegar. O constitucionalismo, visto a certa luz (enquanto, por exemplo, simples molde jurídico ou institucional da chamada “democracia burguesa” – mas não garantimos ao certo a opinião do autor), seria um sofisma. Ou então... tratar-se-ia de um simulacro. Tal é o título de uma obra de Luiz Moreira, editada no Rio de Janeiro, *A Constituição como simulacro*,¹³ colocando sobretudo em causa o entendimento corrente sobre o poder constituinte originário. Mas vale obviamente a pena ler o empenhado e original escrito.

VI. A Advertência do Imperador

Onde queremos chegar com tanto passado? Poderá ele elucidar o futuro? Sem dúvida, e a muitos títulos.

Insistamos apenas no óbvio: as narrativas sobre a Constituição não são relatos simples, decalcados simplesmente em pontos do real, como num desenho sem mão livre. As narrativas constitucionais são (tal como as próprias constituições) discursos legitimadores. E mitos! Mitos de narrativa das origens, mitos fundadores, mitos dadores de sentido, mitos de legitimação (insista-se); ideias-força, mitos propulsivos; e por vezes cortinas de fumo, mistificações...

Assim, ao vermos com mais distanciamento o passado, poderemos estar precavidos e cientes de que, muito provavelmente, no futuro haverá a preocupação de que as Constituições assumam essas funções que sempre tiveram, e que, na sua mescla de aspetos excelentes e menos recomendáveis, alcançam padrões de humanidade e eficácia muito razoáveis.

Assim, antes de mais, as Constituições futuras naturalmente terão que fundar, legitimar, dotar as comunidades políticas de sentido, na sua existência, na sua continuidade. Deverão remeter para os grandes mitos do nascimento e da renovação da Cidade.

Em seguida, as Constituições terão que traçar horizontes de esperança, como desenhos, pelo menos utopistas, que atualizem o princípio esperança de que falava Bloch. Terão que gizar um programa dos Estados.

Finalmente, e subsidiariamente, poderão ter que entrar em alguns sofismas, por vezes da maior subtileza, para fazer passar ideias ou argamassa-las de forma

¹² SÁ, Victor de — *Perspectivas do Século XIX*, Lisboa, 1964, p. 71.

¹³ MOREIRA, Luiz — *A Constituição como Simulacro*, Rio de Janeiro, 2007.

segura. O que pode ser desmascarado; e nem sempre isso será mal, desde que não faça perigar o edifício e o espírito constitucional. Por exemplo, como quando Nietzsche denuncia que o Estado se faz passar por Povo. Não são a mesma coisa, evidentemente. Mas sabê-lo não faz mal ao Estado. E quando o Estado se diz Povo, muitas vezes, ajuda ao princípio institucional de integração, sem o qual tudo pode vir a desmoronar-se. É como as colunas no Pártenon: foram feitas tortas para que não as vejamos assim...

Como serão as Constituições no futuro?

Em concreto, como é evidente, ninguém o sabe.

Mas sabemos que três vias básicas são possíveis, e entre elas, e na sua mescla, certamente se acertará na previsão.

Numa metáfora tirada da ópera Otello de Verdi, diremos que as possibilidades para a Constituição são duas, como para a nave do “Mouro”: Ou se afunda, ou vai aos céus.

Analisando um pouco mais de perto, consideraríamos três situações-tipo:

Mar plácido. Uma possibilidade é a de continuidade cinzenta, pura e simples. Com mais ou menos pequenas crises, as constituições do *mainstream* constitucionalista continuarão o seu caminho, no pressuposto de que não haverá, como profetizava Tocqueville, grandes revoluções que precisem de um discurso legitimador novo. Ou, se dele necessitarem, talvez não passe de uma glosa do texto passado, talvez, necessariamente, polvilhado de algumas modas do momento.

Oceano revolto. Outra possibilidade é a de profundas crises em permanência, o que dará uma erosão grave da própria ideia constitucional. O paradigma constitucional deixará de ser predominante. Governantes tirânicos não necessitarão sequer de uma veneração hipócrita dessa “folha de papel”. Seja pelo poder ter caído na rua, seja pela mão dura de ditadores, a Constituição será, então, “sobrevivência” escassa, talvez mais “templo alegórico habitado por sombras”. É o pior cenário, evidentemente.

Das águas inferiores às superiores. A possibilidade otimista é que o constitucionalismo moderno não simplesmente continue, mas se aprofunde. Continue a ser o melhor amigo das democracias vetero liberais, portanto sem exageros de *marxismo branco*. Assim, que ela seja o manto protetor e o instrumento concretizador do Estado de direito, democrático, social, ecológico, sem preconceitos, etc. E que se revele capaz de descobrir novos bons direitos, verdadeiros, e não simulacros ou fantasmas, que, como *a má moeda expulsa a boa*, farão perigar

os reais direitos, liberdades e garantias. Ou seja, o Constitucionalismo do futuro, numa perspectiva progressiva, terá de ser ao mesmo tempo raiz e asa, mito e utopismo (utopia não, porque é excessivamente geométrica e tende para o totalitarismo). Será um Constitucionalismo multinível, em rede, em diálogo, com instituições protetoras internacionais, como as já existentes, funcionalizadas, melhoradas, articuladas, e com um futuro Tribunal Constitucional Internacional, por exemplo. Sobretudo não deverá confundir a nuvem com Juno, e não embandeirar em arco com reformas e revoluções constitucionais que objetivamente viessem a ser ablativas de direitos fundamentais e humanos. Terá que ser um constitucionalismo audacioso, mas, ao mesmo tempo, muito prudente. Sem ufanismos, triunfalismos e experimentalismos, não correndo atrás de quimeras, mas com os pés bem solidamente assentes na realidade da vida, pela experiência e pela História.

O que nos preocupa, deveras, não são as dificuldades de governos em cumprir constituições mais exigentes ou audaciosas. São os sonhos dos políticos e dos constituintes, talvez ajudados por constitucionalistas (as fronteiras por vezes são ténues), quantas vezes com o inconfessável fito de inscreverem o seu nome nos Anais das glórias e das vaidades. E ao ver certas medidas, com implicações constitucionais evidentes, infelizmente nem sempre apercebidas, fica-se com a impressão de que, algumas vezes, pelo menos, na montra de novidades em que se tornaram as ações dos executivos e das assembleias, agigantadas e muitas vezes deturpadas pelos *media*, parece com frequência compreender-se que algumas são de impacto mas não afetam o orçamento, e, por isso, se preferirão quiçá às medidas mais discretas, mais necessárias, mas que custam dinheiro.

Temos para nós que os combates à pobreza, à fome, à escassez de recursos naturais, à crise energética, à implosão ecológica, terão de ser prioridades. E prioridades das prioridades. Mas sem folclorismos e medidas apenas para inglês ver. Então, inserir em textos constitucionais minudências para agradar a Gregos ou Troianos, isso seria uma demagogia que equivaleria também a um verdadeiro sucateamento das Constituições. Seja como for, elas devem manter a sua dignidade.

Evidentemente, para conseguir atingir objetivos como os enunciados, é necessário enorme investimento (e também, e desde logo, vontade política) na Educação e na Cultura, na Saúde, na Justiça, nos Equipamentos sociais ambientais... Dir-se-á que é quase tudo. Na verdade, é quase tudo o que mais interessa. Mas é lógico que não se pode descurar, por exemplo, e antes de mais, a proteção no seu mais cortante e elementar aspeto: da guerra e da paz. E por isso as relações exteriores, a cooperação internacional e a diplomacia, assim como a defesa, não podem esquecer-se.

Mas Constituição não é política pura. É apenas estatuto jurídico do político. Há que não misturar as coisas, e tendo conhecimento do político, não derivar ou derrapar para ele. A ausência de cortes epistémicos claros é sempre princípio de muito mal.

Em suma: há três cenários possíveis, e a escolha é do complexíssimo paralelogramo de forças que fará a História.

É interessante regressar a Napoleão, que tinha um sentido jurídico apurado (como decerto todas as pessoas com sentido da medida, ainda que desmedidas, e da prudência, ainda que por vezes imprudentes). Ele sabia, antes de mais (e nunca será demais repeti-lo), que “o andamento de uma constituição está sempre subordinado aos homens e às circunstâncias.” Não pode haver constituição bem-sucedida se ignorar quem serão os seus destinatários e protagonistas, e o tempo em que deverá viver.

Napoleão, homem de Estado, preocupa-se com a efetividade da Constituição. Mas entende que precisa de alguma latitude. É verdade, mas não completa, não tanto que se torne uma constituição híper flexível. Diz ele que a Constituição “tem de ser feita de modo a não estorvar a ação do governo, de modo a não o obrigar a violá-la”.¹⁴ Algo nos faz lembrar a sabedoria do rei do *Príncipezinho* ou *Pequeno Príncipe*... E hoje sabemos que a violação pode ser por ação ou omissão.

Não diríamos completamente como o Corso, embora compreendamos as suas razões. O problema não é tanto o valor sacrossanto de uma Constituição tão pouco exigente que não seja difícil a um governo qualquer não a cumprir. O problema é encontrar governos competentes e amigos de uma Constituição tão adaptada às pessoas e às circunstâncias que nem sequer exija ou peça demais. Mas exatamente o necessário e o justo. É, aliás, o que de algum modo parece pensar Saramago, que não era jurista: “As constituições estão aí e à luz delas, penso eu, que deveria ser julgada a gestão dos nossos governos.”¹⁵

Sempre se alega com a falta de recursos para satisfazer as necessidades e os clamores reivindicativos. Talvez a chave do problema esteja a montante.

Por um lado, há que combater eficazmente a corrupção, em todas as suas modalidades, o que dará ao erário público uma fortuna. Mais nuns países do que noutros, mas sem dúvida muito.

¹⁴ NAPOLEÃO, *apud* Ernesto Ferrero — *Lezioni napoleoniche*, trad. port. de José Colaço Barreiros, Lições de Napoleão, Lisboa, 2009, p. 25.

¹⁵ SARAMAGO, José — “Constituições e Realidades”, in *O Caderno*, Porto, 2018, p. 81.

Por outro lado, é necessário (e esta perspectiva é impopular, mas seja-nos permitida, enquanto opinião) uma educação para alguma frugalidade. Os tempos de guerra e de esgotamento dos recursos vão necessariamente impor restrições. E custarão muito menos se não aspirarmos todos a *nadar em mar de contentamentos...* A forma como educamos os nossos filhos e netos para a vida é a de um *luna parque* permanente, afora os excluídos da civilização, que, esses, penam do lado obscuro da vida, sem sequer terem direito à infância. De um lado, a alienação, que começa nas classes médias baixas, e do outro a miséria. Não há Constituição que possa ser cumprida com esta dicotomia gritante, em que, para mais, todos perdem.

A justiça social (com esse ou outro nome), com todo o equilíbrio e sem prejudicar as liberdades políticas, como é óbvio e já adquirido histórico civilizacional,¹⁶ tem de ser imperativo constitucional e também político. E nele se inclui (e tal pressupõe) a educação integral não consumista e não infodependente, que são fenómenos de profunda alienação, a que o mundo constitucional não pode ser alheio. Eventualmente sob pretexto de uma ideia anarquista e laxista de falsa “liberdade”. Um *laissez faire* que pode chegar a ser “criminoso”, até. Porquanto, desde logo, o *vidrado* no celular ou no computador, e o comprador compulsivo, como o bulímico, ou o acumulador, não podem ser bons cidadãos. Não têm tempo, nem disponibilidade mental e anímica para a participação na *res publica*. A cidadania implica alguma frugalidade voluntária, inteligente, e, digamos, ecológica *lato sensu*. Implica discernimento, identidade, dignidade não apenas exteriormente reconhecida, mas pessoalmente assumida e protagonizada.

Há assim um vasto trabalho a empreender, porque o projeto constitucional vale a pena. É uma bandeira de que nos devemos orgulhar. E será parte da solução dos problemas no futuro, já próximo.

¹⁶ Já em 1971, entre nós, se sintetizavam alguns novos rumos da Justiça Social, entendida latamente como proteção dos menos favorecidos (sem que, dizemos nós, se deva cair com tal num simples assistencialismo), ultrapassando as bipolaridades iniciais a que o conceito se associava, e alguns ainda associam, de forma exaltante ou crítica: XAVIER, Alberto P. — *Economia de Mercado e Justiça Social*, Lisboa, 1973, máx. p. 435 ss.. Desde então, muitas versões tem havido a favor e contra. Um dos mais encarniçados adversários dela é o neoliberalismo. Cf., v.g., AZEVEDO, Plauto Faraco de — *Direito, Justiça Social e Neoliberalismo*, 1.ª ed., 2.ª tiragem, São Paulo, 2000. V. ainda TANON, Pelissier / MOREIRA, José Manuel — *Será a Justiça Social Possível? Apresentação de ‘De la Justice’ de Bertrand de Jouvenel*, Separata de “Humanística e Teologia”, 21, 2000, p. 24 ss.. A nossa perspectiva da Justiça social é a plasmada nas constituições, nomeadamente as de Portugal e do Brasil. É o programa socioeconómico, ou constituição socioeconómica dessas magnas cartas.

Bibliografia citada

- AZEVEDO, Plauto Faraco de — *Direito, Justiça Social e Neoliberalismo*, 1.^a ed., 2.^a tiragem, São Paulo, Editora Revista dos Tribunais, São Paulo, 2000.
- CARVALHO, Joaquim de — *A obra legislativa das Côrtes*, in *História de Portugal*, dir. de Damião Peres, Portucalense Editora, Barcelos, 1934, vol. VII, pp. 101-102.
- EILENBERGER, Wolfram — *O Tempo dos Mágicos. A Grande Década da Filosofia. 1919-1929*, trad. port. de Isabel Castro Silva, Edições 70, Lisboa, 2022.
- FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves — *Curso de Direito Constitucional*, 17.^a ed., revista e atualizada, Saraiva, São Paulo, 1989.
- FERRERO, Ernesto Ferrero, *Lezioni napoleoniche*, trad. port. de José Colaço Barreiros, *Lições de Napoleão*, Teorema, Lisboa, 2009.
- HUXLEY, Aldous — *The Human Situation*, Londres, Chatto & Windus, 1977, trad. de Lya Luft, *A Situação Humana*, 4.^a ed., Globo, São Paulo, 1992.
- JACOBSON, Arthur J. / SCHLINK, Bernhard (eds.) — *Weimar. A Jurisprudence of Crisis*, trad. Belinda Cooper *et al.*, University of California Press, Berkeley, 2000.
- JUNGER, Ernst — *Der Waldgang*, Estugarda, Klett, 1980, trad. e posfácio de Maria Filomena Molder, *O Passo da Floresta*, Cotovia, Lisboa, 1995.
- KLEIN, Claude — *Weimar*, Flammarion, Paris, 1968.
- MOREIRA, Luiz — *A Constituição como Simulacro*, Lumen Juris, Rio de Janeiro, 2007.
- MUCCHIELLI, Roger — *Le Mythe de la cité idéale*, Gérard Monfort, Brionne, 1960, reimp. P.U.F., Paris, 1980.
- PASCOAES, Teixeira de — *Arte de Ser Português*, nova ed. com prefácio de Miguel Esteves Cardoso, Assírio & Alvim, Lisboa, 1991.
- SÁ, Victor de — *Perspectivas do Século XIX*, Portugália, Lisboa, 1964.
- SARAMAGO, José — “Constituições e Realidades”, in *O Caderno*, Porto Editora, Porto, 2018.
- TANON, Pelissier / MOREIRA, José Manuel — *Será a Justiça Social Possível? Apresentação de ‘De la Justice’ de Bertrand de Jouvenel*, Separata de “*Humanística e Teologia*”, 21, 2000, p. 24 ss..
- XAVIER, Alberto P. — *Economia de Mercado e Justiça Social*, Lisboa, ed. autor (?), Tip. Anuário Comercial de Portugal, 1973.