

## Guadalajara

25 de novembro de 2018

### Suprema Corte de la Justicia de la Nación – FIL 2018

#### Perspetivas do Estado de Direito no contexto global

1. Não sei como agradecer à Feira Internacional do Livro de Guadalajara a homenagem que presta ao meu País, Portugal, ao escolhê-lo como tema da edição deste ano de 2018.

Não sei como agradecer ao Supremo Tribunal de Justiça da Nação Mexicana o ter-me honrado com o convite para estar aqui hoje, abordando o tão candente tema das «Perspetivas do Estado de direito no contexto global».

O tema convoca uma reflexão que ultrapassa as fronteiras de qualquer direito positivo. Para usar uma expressão vulgar, é este um tema não de dogmática jurídica – de interpretação de certo direito vigente – mas de teoria jurídica, que convoca a reflexão sobre o Direito que porventura deverá existir, ou que [ainda] não existe. Não obstante, vou começar por abordá-lo invocando um certo dado decorrente do direito positivo do meu País. Na Constituição portuguesa, escrita em 1976, diz-se, no artigo 2.º, que a República portuguesa é um *Estado de direito democrático*. E diz-se ainda que o é porque, em Portugal, o Estado tem por «base» a soberania popular, o pluralismo de expressão e organização política democrática, o respeito e a garantia da efetivação das liberdades fundamentais, e a separação e



interdependência dos poderes. Mais adiante, no artigo 3.º, sob a epígrafe «Soberania e Legalidade», diz-se ainda que a *soberania* reside no povo, que no entanto a exerce segundo as formas prescritas pela Constituição.

Invoco este elemento, retirado do direito positivo do meu País, por duas razões fundamentais. Em primeiro lugar, porque nele se ensaia uma definição do que seja o Estado de direito através da enumeração dos elementos que o compõem. Crê-se legitimamente que a enumeração não será exaustiva. Mas de todo o modo a opção feita neste domínio pelo Direito português não deixa de merecer alguma nota: implica uma aventura arriscada, essa de o direito legislado (ainda que ao nível constituinte) procurar definir o que seja a estadualidade de direito, e de procurar defini-la pela enumeração dos elementos que a compõem, Tanto quanto sei – e por se traduzir, justamente, em empreendimento de risco – não será muito frequente encontrar semelhante opção em direito comparado. No entanto, para uma reflexão como aquela que nos propomos hoje empreender poderá ser útil averiguar se a «enumeração» feita pela Constituição portuguesa fará sentido, ou se apresentará como correta. Só poderemos perspetivar os caminhos que o Estado de direito deverá empreender no contexto global se nos tivermos entendido antes sobre a questão de saber em que é que ele [o Estado de direito], se traduz, ou que condições precisam de estar reunidas para que possamos identificar uma certa *polity*, ou uma certa comunidade política, como correspondendo às exigências próprias de uma «estadualidade de direito». Como a Constituição portuguesa ensaia, ainda que em aventura arriscada, a enumeração de algumas dessas exigências, a primeira razão pela qual eu a convoco hoje reside nisto mesmo: tem ela razão, quando enumera como enumera os elementos componentes do que seja um «estado de direito»? Podemos sequer sabê-lo? Faz sentido colocar a questão?



A segunda razão que me leva a recordar a Constituição do meu país, como ponto de partida de um debate que tem no entanto natureza teórica e não dogmática, reside no facto de a definição que nele é dada de «estado de direito» vir estreitamente associada à definição de «estado democrático». A epígrafe do artigo 2.º, cujo intento definitório há pouco recordei, não é simplesmente «Estado de direito». É «Estado de direito *democrático*». E os primeiros elementos que compõem a definição por enumeração que é ensaiada integram (de acordo com as nossas perspetivas partilhadas) não a ideia geral de estadalidade de direito mas a ideia geral de democracia. Assim por exemplo, com o elemento «soberania popular», ou com o elemento «pluralismo de expressão e organização política democráticas». Ambos parecem apontar, não para os princípios constitutivos de uma comunidade política onde o poder seja regulado pelo Direito, mas para os princípios constitutivos de uma comunidade política onde o poder seja legitimado ou justificado por um certo tipo de mandato e não por outro. Misturam-se aqui, portanto, quer questões atinentes à *legitimidade* do poder quer questões atinentes ao modo de *submissão* desse poder ao Direito. E tal mistura continua, logo no artigo seguinte (o artigo 3.º da Constituição portuguesa), onde se diz que a *soberania pertence ao povo*, que a *exerce nos termos prescritos na Constituição*. A primeira frase contém a identificação clara da fonte de legitimidade do poder político. Mas a segunda frase contém a identificação clara do modo do seu exercício, que só pode ser ditado pelo *Logos* que o Direito prescreve. De modo que os dois princípios – o Estado de direito e a democracia – aparecem sempre estreitamente associados, como se um não pudesse sequer ser pensado sem o outro.

Mas terá também quanto a este ponto razão a Constituição portuguesa? Será o Estado de direito *impensável* sem a democracia e esta última *impensável* sem o Estado de direito?

Creio que também a esta pergunta deveremos tentar responder, se quisermos «perspectivar» o Estado de direito no contexto global.

2. Começarei, justamente, por esta última interrogação, ou por tentar para ela encontrar resposta.

A doutrina do meu país é atenta à associação estreita que o nosso direito positivo faz entre o princípio democrático e o princípio do Estado de direito e tende para encontrar, para explicar tal associação, uma resposta praticamente consensual. O Estado – diz-se – é *de direito* e é *democrático* porque ambos os princípios (a estadualidade de direito e a democracia) têm por base a mesma raiz. Ao longo das últimas quatro décadas fomos vivendo em consenso constitucional, no sentido verdadeiro e próprio que ao termo deve ser dado: há um certo corpo de valores que a todos nos une; que todos reconhecemos como sendo fundamentais; por cujo cumprimento nos responsabilizamos; cuja existência não precisamos de justificar. A base desse corpo de valores *constitucionalmente partilhado* é a mesma que aparece enunciada nos primeiros artigos das declarações de direitos das revoluções iluministas e no artigo primeiro da Declaração Universal de 1948: numa sociedade formada por seres *livres e iguais* cada pessoa é merecedora de *igual* consideração e respeito por parte da comunidade em que se integra e por parte do poder político que nessa comunidade se organiza. Sendo este o alicerce no qual se funda o consenso constitucional em que temos vivido, parece claro que ele reclama tanto a *democracia* quanto o *Estado de direito*.

Um mundo de *livres e iguais* reclama a democracia, na exata medida em que repudia poderes que não sejam sustentados pela vontade das maiorias, expressa através de procedimentos instituídos em espaços públicos plurais e abertos; mas um mundo de *livres e iguais* reclama

também o Estado de direito, na exacta medida em que repudia ordenamentos jurídicos que não assegurem a protecção efectiva das liberdades individuais do corpo e do espírito ou nos quais não coexistam poderes separados, mas todos submetidos à lei. Assim, e por partirem da mesma raiz, os dois princípios andam estritamente associados. O Estado de direito não é pensável sem a democracia e esta última não é pensável sem o Estado de direito: este é, pelo menos, o enunciado mínimo do consenso constitucional em que temos vivido desde a segunda metade do século XX.

3. Ora, esse consenso constitucional foi pensado – não há, quanto a este ponto, qualquer dúvida – para ter como base o Estado. Foi pensado para ser aplicado ao povo do Estado. Foi pensado para ser exercido no território do Estado. Foi pensado para ser concretizado através das funções estaduais da *legislatio, gubernatio, jurisdictio*.

Não é, porém, esse mundo, no qual tal consenso foi estruturado, aquele em que hoje vivemos. Nele, o exercício de poderes públicos de autoridade já não é apenas reconduzível à constituição nacional mas a uma pluralidade de fontes em que os protagonistas não são já os Estados.

Querirá isso dizer que, conceptualmente, o «contexto global» traz consigo a necessidade de *revisão* de todos os dados em que se baseia o consenso constitucional da segunda metade do século XX? Aquilo que seja o consenso de um – chamemos-lhe assim – «constitucionalismo cosmopolita» – implica, verdadeiramente, uma *ruptura* com a tradição histórico-cultural do constitucionalismo moderno?

O que constitui um *povo* [como é que se identifica o *demos*] num mundo aberto às migrações e à formação de populações cosmopolitas? Como garantir, no contexto desse mundo, a organização de espaços públicos plurais e abertos, que permitam a expressão ordenada das



diferentes propostas que se apresentam às escolhas dos eleitores? Como garantir que o poder político cumpra, efetivamente, as suas responsabilidades no que diz respeito à segurança e à ordem pública em espaços territoriais que as tecnologias tornaram, inevitavelmente, mais vastos do que os territórios de cada Estado? Como garantir a persistência de poderes separados num mundo em que emergem centros de governação formados *para além* do Estado? Finalmente: como continuar a partilhar o *consenso constitucional* que é próprio de uma sociedade de livres e iguais se o espaço no qual o consenso é requerido se alargou desmesuradamente, e ainda nos aparece de modo informe?

A única resposta que me parece hoje possível é esta: alargando nele os instrumentos do Estado de direito. Criando – nomeadamente através das cartas de direitos regionais, protegidas por entidades jurisdicionais transnacionais – instituições que sejam capazes de ir constituindo progressivamente *comunidades de direito*, que sejam capazes de se apresentar aos povos como espaços transnacionais nos quais é possível o exercício da democracia. Foi este o caminho seguido pela Europa do pós-guerra, e está hoje à vista que se não trata de um caminho fácil. Mas não parece que nos reste uma outra escolha, se queremos reeditar, para além do Estado, o consenso constitucional que nos permita que vivamos como *livres e iguais*. Se bem que, como a Constituição portuguesa diz, o Estado de direito não seja pensável sem a democracia, parece que há momentos da História em que o combate pela democracia se tem que fazer, antes de tudo o mais, através do Direito. E, chegada a este ponto, volto à interrogação que coloquei logo no início desta minha intervenção. Mas que elementos do Direito devem ser sobretudo tidos em conta, para que possamos através dele criar novos espaços integrados de exercício democrático? Direi que esses elementos são os essenciais, que sempre definiram em última instância a ideia de «Estado de direito»: de um lado, a garantia de



liberdades fundamentais; do outro, a garantia de poderes jurisdicionais independentes que as possam proteger.

Durante demasiado tempo, a ciência do Direito, e em particular a ciência do Direito Constitucional ofereceu resistência aos desafios impostos pelo fenómeno da globalização, porventura por se recear que uma atitude de *abertura* ameaçaria a sua unidade científica e a primazia da constituição nacional.

Mas não é esse, felizmente, o estado atual da ciência do direito público, para cujo desenvolvimento muito têm contribuído autores que, dos dois lados do Atlântico, têm chamado a atenção para a possibilidade e necessidade de, agora no «contexto global», preservar e realizar o consenso constitucional que, afinal, desejamos que continue a ser o nosso.

*Maria Lúcia Amaral*