

## **O Estado de Direito: autonomia e heteronomia; consenso e determinação; espaço de retórica**

**Luisa Neto**

1. As incumbências do Estado num Estado de Direito, tal como hoje é historicamente afirmado, apontam não para um modelo ideal de sociedade, mas para a percepção de uma sociedade democrática com maiores níveis de participação consubstanciando uma democracia processualizada. Esta perspectiva abrange o entendimento da norma e do Direito.
2. Se o Direito designa uma ordem objectiva que se valora justa, pode também ser entendido enquanto conjunto normativo ou poder moral que uma pessoa tem de exigir ou fazer algo, falando-se nesta acepção de direito subjectivo - ou dominativo como expressivamente lhe chama Suarez.
3. Caberá com certeza ao Estado propiciar o livre desenvolvimento da personalidade do Homem.<sup>1</sup> Mas **Gomes Canotilho**<sup>2</sup> acentua a falta de consenso social relativamente a

---

<sup>1</sup>A expressão não é nossa como é sabido, tendo sido a utilizada pelo legislador constituinte alemão no n.º2 do artigo 1º da *Grundgesetz*. **Gomes Canotilho** defendeu que tal concepção podia ser também encontrada na CRP em especial no artigo 73º. Hoje, depois da RC de 1997, encontra acolhimento expresso no artigo 26º, como se sabe.

problemas fundamentais, quais sejam precisamente o conceito de democracia, a natureza dos direitos fundamentais, e os fins do Estado.<sup>3</sup> Tal dificuldade reconduz-se no fundo, como é acentuado por **Gustav Radbruch**<sup>4</sup>, ao próprio entendimento do Estado de Direito, ou seja, da "anterioridade do Direito ou do Estado, a teoria que sustenta a identidade de ambos, a teoria da autolimitação, do valor do Estado de Direito como categoria formal".<sup>5</sup>

4. O conceito "Estado de Direito", estudado em especial por **Duguit**<sup>6</sup>, é a tradução da palavra *Rechtsstaat*, termo que parece ter sido introduzido por **Bähr** em 1864<sup>7</sup>. Mas a ideia segundo a qual o Estado deve estar limitado pelo Direito não é uma ideia específica da doutrina alemã. A noção, *lato sensu*, decorre por exemplo já da *Magna Charta* de 1215, e recobre todos os modos de submissão do Estado ao Direito, qualquer que seja a origem do laço considerado.

Este Estado de Direito – e para nós inelutavelmente Estado de Direito Democrático - implica conhecidos pressupostos materiais e sub-princípios concretizadores<sup>8</sup>, mas já

---

<sup>2</sup> **José Joaquim Gomes Canotilho**, *Constituição Dirigente e Vinculação do legislador*, Coimbra Editora Limitada, 1982, pp. 7 e nota de rodapé nº1 da mesma página

<sup>3</sup> Cfr também **R. Dreier**, *Problem der verfassungsinterpretationdokumentation einer Kontoverse*, Baden-Baden, 1976, 18, 22, 40.

<sup>4</sup> *Filosofia do Direito*, Arménio Amado, Editor, Sucessor, Coimbra, 1979, 6ª edição revista, Coleção Studium, prefácio de L. Cabral de Moncada, pp. 347.

<sup>5</sup> Já **Jan Broekmas** considerava que as mudanças sociais não influenciam de modo directo e imediato as mutações jurídicas. Entre umas e outras interpõe-se a cultura jurídica, como conjunto de atitudes, valores e convicções sobre o direito existentes numa sociedade ou em parte dela.

No mesmo sentido, **François Ewald**, para quem entre o conflito social a dirimir e a decisão legislativa há a ordenação do legislador; ou ainda **Antonie Peters**, para quem o subsistema jurídico, ao legalizar o social precisa-o com rigor, insere-o na sua lógica unitária. Já **Lawrence Friedman** fala na filtragem pelo Direito da realidade social e onde **Kelsen** recorreu à *Grundnorm* apontam **Luhman e Teubner** a própria circularidade e autoreferencialidade do Direito.

<sup>6</sup> *Traité de droit constitutionnel*, 2 vol, Paris, Fontemoing, 1911. Esta noção era tão pouco conhecida que **Carré de Malberg** começou a empregar o termo alemão antes de utilizar *État de Droit*, apesar de ser a tradução literal, enquanto outros grandes autores de direito público não lhe consagram mais que poucas linhas - **Duguit** refere-se-lhe fugaz e criticamente e **Hauriou** ou **Joseph Barthélemy** não lhe dão sequer espaço no índice.

<sup>7</sup> De acordo com **Carré de Malberg**, op. cit, t. I, pp. 488, nota 5, desenvolvido por **R. von Mohl** e **F.J. Stahl**.

<sup>8</sup> Vejam-se em especial **Gomes Canotilho** e **Vital Moreira**, *Fundamentos da Constituição*, Coimbra Editora, 1991, pps. 82 a 85, e ainda **Jorge Cortês**, *Contributo para o estudo do fundamento e limites do princípio da maioria*, Dissertação de Mestrado em Ciência Política, Lisboa, s.n., 1993 e, do mesmo autor, *Contributo para o estudo do princípio da proporcionalidade no direito constitucional português*, Dissertação de Mestrado em Ciências Jurídico-Políticas, Lisboa, s.n., 1995.

**Troper**<sup>9</sup> refere que "como a democracia, o constitucionalismo e os direitos do homem, o Estado de Direito é hoje em dia objecto de um consenso geral e repentino."<sup>10</sup>

Ou seja, chegamos ao conceito que **Troper** apresenta como o de **Estado de Direito inevitável**, apartado já de uma concepção que se ativesse a uma mera ideia de legalidade, "apresentado como desejável, (é) porque é considerado como uma garantia da liberdade e da democracia, ou seja, como um meio ou instrumento." Neste quadro, a actividade estatal é "concebida como "essencialmente libertadora do indivíduo". Aquela não se desenvolve à custa dos direitos deste, é ela que "os cria, os organiza, faz deles realidades". Neste aspecto, sirva-nos o modelo holístico de análise sociológica.<sup>11</sup>

5. Circunscrevemos aqui a referência histórica ao Estado subsequente à afirmação das primeiras independências europeias, ao 'Estado Repressivo' na expressão de **Wilke**, ou ao 'Estado Moderno' ou 'Estado Burguês Absolutista' como lhe chama **Habermas**. Como alguns outros autores, **Habermas** autonomiza, após o Estado Moderno, um Estado constitucional não liberal, como o germânico no séc. XIX, que representaria a constitucionalização daquele, na sua feição extrema de Estado de Polícia. Neste, o Direito em geral, e a lei em especial, seria positivada, como no seu contemporâneo Estado liberal, mas ali representando a projecção do poder político relativamente concentrado. No entanto, mais comum é a referência ao Estado Liberal como tipo anterior ao actual Estado Social.

---

<sup>9</sup> Cfr ainda **Michel Troper**, *Pour une théorie juridique de l'État*, Paris, PUF, 1994, e **Franco Fardella**, I fondamenti epistemologici del concetto di stato, Milano, Giuffrè, 1981.

<sup>10</sup> Quanto à distinção entre Estado de Direito e Estado legal cfr ob.cit., pps. 52/53 e autores como **Carré de Malberg**, **Redor** e **Jorge Novais** no artigo "Estado de Direito", Dicionário Jurídico da Administração Pública, e **Redor**, *De l'État legal à l'État de droit - l'évolution des conceptions de la doctrine publiciste française 1879-1914*, pp. 7: "as últimas tentativas de edificação de uma teoria geral datam agora de mais de um meio século com Kelsen, serão de 1920 com a contribuição mais limitada de Carré Malberg - *Contribution à la théorie générale de l'État*, 2 vol, Paris, Sirey, 1920-22 -, que para muitos continua referência inultrapassada."

No mesmo âmbito cfr **Maurice Hauriou**, *Précis de Droit administratif et de droit public*, 1892, e **Manuel Cavaleiro de Ferreira**, *Obra Dispersa*, em discurso proferido, na qualidade de Ministro da Justiça, na inauguração do edifício do Tribunal de Beja, 1951: "**O Estado não vive por si. Não se organiza, desenvolve ou aperfeiçoa, segundo leis de crescimento natural, ou pela virtude mágica de qualquer regulamentação. Resulta da acção e comportamento livre de todos nós, como nossa criação. Será o que dele fizermos.**"

<sup>11</sup> Enunciado por **Émile Durkheim**. Cfr a propósito **António Teixeira Fernandes**, *Os fenómenos políticos, Sociologia do poder*, Biblioteca das Ciências do Homem, Edições Afrontamento, 1988, pp. 151 e 150: *Desta forma tenta harmonizar um certo individualismo com o holismo que adopta na análise sociológica, não fugindo ao conflito criado entre esta e a concepção que assume em sede filosófica. Tal conciliação é feita, como acima mostrámos, à custa da separação do Estado em relação à sociedade.*

Todos aqueles tipos de Estado foram antiliberais, na sua inspiração filosófica - embora um deles, o Social, tendencialmente personalista -, na sua amplificação dos fins e das funções do Estado, no seu enlevar de mãos na sociedade, na economia, na cultura e também na declaração e tutela de novos direitos económicos, sociais e culturais. Tomemos agora então apenas em consideração o Estado Social ou o *welfare state*<sup>12</sup>, no qual a complexificação social, a nível estadual, é acompanhada da complexificação supra-estadual e infra-estadual, e em que surgem e se desenvolvem na sociedade áreas ou domínios dotados de crescente autonomia. Distinguindo-se ou não entre personalismos formais e transpersonalismos reais<sup>13</sup>, ou relembrando como, para **Mussolini** ou **Hobbes**, o Estado seria o absoluto para o qual o Homem naturalmente tende, é impossível ainda assim prescindir no nosso tempo da análise da influência do direito natural no pensamento contemporâneo<sup>14</sup>.

**Cabral de Moncada**<sup>15</sup> socorre-se, aqui com **Verdross**, do ideal platónico, vendo na "república ou *politeiam*, na parte das suas tendências autoritárias, não a mais lata expressão do pensar político grego, mas o início do declínio deste pensar, já na fase de decomposição da democracia helénica(...)". Tal pensamento alvorece já no século XIV com **Marsílio de Pádua**, mas a sua hora só chega verdadeiramente com **Maquiavel**, **Bodin** e **Vitoria**. O século dos Descobrimentos, da Renascença e da Reforma é um século decisivo para a evolução das concepções políticas; é, com efeito, a época em que se definem as três grandes ideias dominantes do mundo moderno: a ideia de Estado, a ideia de soberania e mesmo, em termos incipientes, a ideia de comunidade internacional.<sup>16</sup>

6. Do modelo ideal de sociedade democrática, centrípeta, herdámos concretizada uma sociedade centrífuga, e assim, o progresso da democratização, deverá referir-se não tanto à passagem da democracia representativa à democracia directa, como

---

<sup>12</sup>Há precisamente quem distinga entre Estado social e Estado de bem estar. Para **Habermas** ou **Ulrich Kreuss**, o Estado social representaria uma primeira fase.

<sup>13</sup> **Pedro Soares Martínez**, *Filosofia do Direito*, Almedina, 1991, pp. 25.

<sup>14</sup>*Estudos Filosófico e Históricos*, **Luís Cabral de Moncada**, *Acta Universitatis Conimbrigensis*, Vol. II, Carta Universitatis Conimbrigensis, pp. 52: *O vivo e o morto em Suarez jurista*.

<sup>15</sup> Pp. 379 da obra citada e **Verdross**, em *Grundzüge der antiken Rechts und Staatsphilosophie*, Viena, 1946, publicado no *BFDUC*, Vol. XXXIII, 1948.

<sup>16</sup>Cfr **P. Mesnard**, *L'essor de la philosophie politique au XVIIe siècle*, Paris, 1936.

habitualmente se pensa, mas sobretudo à passagem da democracia política para a democracia social, como já diagnosticou **Bobbio**,<sup>17</sup> assentando num crescente protagonismo dos grupos em detrimento dos indivíduos. Precisamente, o processo de democratização não constitui um novo tipo de democracia, mas antes alarga a esfera das relações políticas, das relações em que o indivíduo é considerado no seu papel de cidadão, à esfera das relações sociais, onde o indivíduo é considerado segundo a variedade do seu *status* e dos seus papéis específicos.

Conte-se embora com a aporia da constituição dirigente, a "reserva do possível", na expressão de **Bockenforde**, e os limites do necessariamente devido e do controlo jurisdicional, não esquecidos por **Alexy**, **Weber** acaba, nos últimos anos, por preferir a democracia plebiscitária por oposição à *democracia acéfala*, distinguindo-as quanto ao carisma, produto das grandes crises históricas, ao passo que o poder legal e tradicional representariam os tempos longos da história.

Para **Kelsen**, o artífice da Teoria Pura do Direito, “só o relativismo, negador da existência de verdades e valores absolutos, constitui suporte idóneo da democracia”, enquanto o absolutismo filosófico levará por sua vez inelutavelmente à autocracia. Assente a democracia neste conceito de liberdade, **Kelsen** entende substituir à tripartição clássica dos regimes políticos a classificação dualista que distingue com base na natureza autonímica ou heteronímica da democracia e autocracia. Da consideração do nexos entre democracia e relativismo filosófico surge-nos a contraposição entre uma democracia descarnada e formal, relativista e céptica, e uma democracia processual de acordo com a visão possentiana.<sup>18</sup> Atentas as peculiaridades da *praxis* e da razão prática, realça-se a virtude da prudência - a *recta ratio agibilium* -, na decisão última sobre o *agendum*.

---

<sup>17</sup>Vide, salientando também este ponto, **J.A. Sabater**, em *Ciudadanos e Instituciones en el constitucionalism*, Madrid, 1997.

<sup>18</sup>**Bigotte Chorão** analisou, num texto publicado na revista *O Direito*, com o título de "Reabilitação do Reino dos Fins", os contributos de **Vittorio Possenti** sobre a filosofia política e jurídica de **Jacques Maritain** - Ano 121, I (Jan/Março)1989, pp. 225, referido na Bibliografia.

7. Se a crise formal do Estado é inegável<sup>19</sup>, está ainda por demonstrar que este não tenha sobrevivência, no que tem de íntimo com a alternância entre ordem e continuidade humana.<sup>20</sup> Para compreender esta realidade, não basta partir do pensamento abstracto, do *cogito* cartesiano. É da unidade superior do eu e do mundo, que há que partir: "la vida consiste precisamente en una realidad que, a diferencia de las cosas, se hace a si misma entre las cosas", expressa **Salvador Lissarrague**. O político é portanto um dos modos inelutáveis do ser social. **Se o conceito de social transcende o de político, o de político, por sua vez, transcende o de Estado. É esta perspectiva que muitas vezes tem faltado por exemplo no seio das correntes positivistas.** E aqui falamos de correntes positivistas no seu todo, indiferenciando os distintos entendimentos que dentro delas podemos encontrar.

8. Ora, muito ao invés de degladiar positivismo e jusnaturalismo, há que apontar para uma perspectiva de tolerância que posiciona os direitos fundamentais num ambiente de consenso que torna subsidiária a acção do Estado. Este, qualquer que seja a sua forma e vocação última jamais poderá ser considerado fim em si mesmo. Só o Homem o há-de ser.

---

<sup>19</sup> Cfr **Orlando Gomes**, *Novos temas de direito civil*, Rio de Janeiro, Forense, 1983, pp. 88, e **F. von Hayek**, *Die Verfassung der Freiheit*, cap.I, Tübingen, 1969, que chama a atenção para o Leviathan da "ditadura de todos sobre todos", que aniquila a espontaneidade da ordem social e do modelo constitucional contratual.

Cfr ainda **David Duarte**, *Procedimentalização, participação e fundamentação: para uma concretização do princípio da imparcialidade administrativa como parâmetro decisório*, Livraria Almedina, Coimbra, 1996, em especial, pp. 101 sobre a estrutura integratória de interesses, pps. 103 ss sobre as categorias da participação, e **Gomes Canotilho**, em *A Constituição dirigente...*, pp. 135, sobre a categoria *processo*, já que Häberle define constituição como processo de conhecimento filosófico, categoria do consenso e do compromisso. O sentido de consenso fundamental prende-se então, para **Gomes Canotilho**, com o problema da constituição como projecto vinculativo dirigido ao futuro de uma evolução comum.

Idem, **Gomes Canotilho**, ob.cit., pps. 140 e 141: "o consenso constitucional é um resultado e não um dado preexistente com substancialidade autónoma. **A constituição como "sistema parcial" da sociedade não fica isenta das contradições, antagonismos, divergências e conflitos reinantes no contexto global, social, político e económico.** (...) Daí que o clausulado constitucional se apresenta, muitas vezes, formalmente, como produto de um "consenso"(ou contrato) entre os *constituent groups*; sob o ponto de vista intrínseco é um verdadeiro compromisso."

<sup>20</sup> **Pedro Soares Martínez**, *Filosofia do Direito*, 1991, pps. 106 a 108. Leia-se aqui **B. L. Benson**, *Justicia sin Estado*, Marcial Pons, Madrid, 2000. Veja-se ainda **Jorge de Brito Pereira**, *Introdução à compreensão da problemática da interpretação constitucional no estado moderno*, Relatório de Mestrado em Direito Constitucional, Lisboa, s.n., 199. Mesmo no plano das ciências físicas o determinismo foi forçado a ceder a sua posição a um princípio de incerteza - de Eisenberg. Segundo **Lissarrague**, lido por **Cabral de Moncada** - *Estudos Filosóficos e Históricos*, **Luís Cabral de Moncada**, ob.cit., pp. 387, *O poder político e a sociedade*, recensão do livro de Salvador Lissarrague, 1944, Madrid, publicada no **BFDUC**, Vol.XXI, 1945, em que se nota a inspiração das ideias originais de Hauriou-, há antes de mais que reivindicar uma nova ontologia do Direito e do Estado, do social, como objecto da filosofia que deles se ocupa.

**9.** A Constituição surge neste quadro como fundamento de validade de toda a ordem jurídica. Esta constatação não impede a necessária plasticidade, flexibilidade e abertura das normas constitucionais, nem importa a diminuição da densidade das normas.

**10.** Ultrapassadas discussões estéreis opondo o humanismo e o individualismo face ao universalismo, hoje é-nos claro que o direito natural funda e garante *ab superiore* o direito positivo. Perspectivada a origem semântica do conceito, o direito natural impõe hoje que se equacionem as noções de adesão e coerção e respectivas implicações na concepção das liberdades fundamentais. O direito natural não deve então ser visto como ideal para o direito positivo mas como a sua base, explicando claramente a obediência que lhe é devida.

**11.** Este objecto é marcado por um percurso de racionalidade e cultura, e por uma mundividência que exige a superação da instância sujeito-objecto e introduz novas preocupações, novas frentes e novos campos e disciplinas científicas como a Bioética, que esperam do Estado e da sociedade respostas normativas com respeito pela dignidade da pessoa humana.

**12 .** Neste âmbito releva a liberdade, integrante do referido *status* inalienável da pessoa humana, e decorrente da ideia de direito natural. As uma ética do auto-interesse não pode figurar como exclusiva justificação moral ou justificação da moral. De facto, em sede essencial para a existência humana, o princípio da ortonomia deve nestes termos substituir o da autonomia.

**13.**O reconhecimento efectivo dos direitos do homem depende da relação com o desenvolvimento tecnológico e social. Este vertiginoso desenvolvimento determinou o relativismo moral e intelectual - na expressão de Popper -, contrário a concepções do pensamento totalitário como o holismo, perfeccionismo e determinismo normativo.

**14.**O poder coercivo do Direito pressupõe aceite a autoridade do legislador, mas esta não pode ser vista enquanto processo fechado, mas sempre enquanto suscitando participação do *status activae civitatis*.

**15.** De facto, norma e ordem e comando não são para nós conceitos coincidentes, ao invés do que entenderia uma corrente estritamente positivista. Os tipos de poder pensáveis impõem hoje uma razoável margem de legítima discricionariedade e mesmo de livre apreciação e indeterminação.

**16.** Assim, não são absolutos os critérios de aferição e *indirizzo* do legislador, relevando um núcleo conceitual e halo conceitual. Consoante a maior influência do direito natural a vontade do legislador perde a sua precisão e garante maior liberdade para suprir essa falta de precisão.

**17.** O direito não é predição, mas corresponde a uma ordem de convivência humana orientada pela ideia de uma ordem justa, ideia essa a que, pelo seu próprio sentido tal ordem vai referida. Não é *ordo ordinatus* mas *ordo ordinans*, com referência a regras de reconhecimento que remetem para uma racionalidade deliberativa. Esta impõe a consideração do processo de decisão enquanto acto de liberdade até que o Homem encontre o projecto melhor para si.

**18.** A teoria moderna dos direitos fundamentais utiliza uma expressiva linguagem que conceptualizou a sua evolução e as fases representativas que culminam num movimento de internacionalização consagrado em pactos e em instrumentos de direito internacional de alcance geral e restrito.

**19.** Sendo verdade que os direitos fundamentais não podem ser ignorados sem ameaça para a compreensão central de uma sociedade é certo igualmente que se situa a sua validade acima e para além daquela ignorância.

A tipologia dos direitos fundamentais - direitos liberdades e garantias e direitos económicos sociais e culturais -, reclama regimes diferentes consoante a necessidade de *interpositio legislatoris*. A mesma tipologia faz realçar de modo distinto a ideia de garantia vs discricionariedade. Esta última componente expressamente esclarece que nem todos os direitos fundamentais são assim direitos naturais ou inatos.

Não há assim abstracção, antes se atendendo à consciência jurídica constituinte e constitucional da comunidade, que reclamou a transformação do *status negativus* em *status civitatis* e em *status activae civitatis* ou *status activae processualis*.

**20.** Também para **Habermas** a legitimidade, definida como a dignidade de reconhecimento de uma ordem constitucional, compreende dois aspectos fulcrais de qualquer ordenação da *res publica*: **(1)** o processo; **(2)** o bem comum (o justo comum). Mas a procedimentalização como tendência **absoluta** de análise do Direito há-de deixar pelo menos incólume o Direito Constitucional.<sup>21</sup>

Tal pretensão apoia-se claramente no papel central da concepção dos Direitos Fundamentais, enquanto princípio básico de distribuição em que se apoia o Estado de Direito liberal-burguês - no sentido de **Schmitt**. **Assim, os Direitos Fundamentais não devem em rigor ser considerados como um entre vários dos seus elementos, mas como verdadeiro fim da limitação jurídica do Estado**<sup>22</sup>. Na base do relevo que os Direitos Fundamentais assumem na concepção liberal do Estado de Direito, está a ideia da sua natureza ser pré e supra estadual, que remonta a **Locke** e à sua teoria do contrato social.

Como aceita **Hegel**<sup>23</sup>, o "indivíduo subsume em si a eticidade absoluta e esta aparece nele como sua individualidade", e assim a diferença entre a moral e o direito natural não deve ser excluyente: o conteúdo da moral - social, positivada - encontra-se plenamente no direito natural, já que as virtudes se manifestam no "absolutamente ético", mas apenas na sua transitoriedade. E assim é que os movimentos de aceitação e tolerância se mostram necessariamente como pressupostos de organização do Estado, paralelamente à confiança - em valores consensuais que fundam o mesmo Estado.

"A tolerância está ligada ao reconhecimento do carácter inelutável do pluralismo que mais não é que uma consequência necessária e positiva do livre exercício da razão no quadro de instituições livres".<sup>24</sup> E assim, há-de concluir **Rawls**, é um poder ético que torna o indivíduo

---

<sup>21</sup> Veja-se por todos **Peter Häberle**, *Teoría de la Constitución como ciencia de la cultura*, Tecnos, Madrid, 2000.

<sup>22</sup> **Miguel Nuno Pedrosa Machado**, *Circunstâncias das infracções e sistema do direito penal português (Ensaio de Introdução geral)*, separata do *Boletim do Ministério da Justiça*, nº 383, Lisboa, 1989, pps 319 a 324.

<sup>23</sup> *O sistema da vida ética*, cit., pp. 58.

<sup>24</sup> **John Rawls**, em *Political liberalism* (I, § 6), New York, Columbia University Press, 1993.

capaz de compreender e escolher uma concepção global de bem adequada às exigências práticas da vida "boa".<sup>25</sup>

21. Tal corresponde então, no nosso tempo, à ideia de consenso<sup>26</sup>, que pareceria ter aplicação mesmo em matéria de intervenções estatais sobre Direitos Fundamentais.<sup>27</sup> Ora, então, a realização de tal consenso não pressuporia a existência de prestações estaduais, mas apenas a garantia das condições que permitam o livre desenvolvimento das autonomias individuais. Mas como objectivo central de um projecto de racionalização dirigido contra o Estado Absoluto, os Direitos Fundamentais assumem naturalmente, como para **Jellinek**, o carácter de direitos contra o Estado, de garantias da autonomia individual contra as invasões do soberano, de direitos à liberdade, definindo o *status* negativo. Assim se atingiria uma correcta perspetivação material e formal do Estado de Direito. Se a validade formal dos actos estaduais decorre da sua conformidade com a lei, de acordo com o princípio da legalidade, já a sua legitimidade - que

---

<sup>25</sup> **A. Berten**, *Démocratie délibérative, droit et éthique: à propos de Habermas*, conferência produzida na Reitoria da Universidade do Porto em Abril de 1998.

<sup>26</sup> Ver por todos, **J. Habermas**, *Legitimation crisis*, Beacon Press, Boston, 1975 (existe trad. francesa); **S.M. Lipset**, *Consenso e conflito. Ensaios de sociologia política*, Gradiva, Lisboa, 1992; **N. Luhmann**, *Politics as a social system*, e *The political code in N. Luhmann, the differentiation of society*, Columbia University Press, N.Y., 1982, pps. 138-189; *Legitimação pelo procedimento*, Ed. Universidade de Brasília, 1980; *Political theory in the Welfare State*, W. De Gruyter, Berlin, New York, 1990. E ainda **J. Baptista Machado**, em *Introdução ao direito e ao discurso legitimador*, Reimpressão, Livraria Almedina, Coimbra, 1985, pps. 339 e 340, esclarecendo que "os consensos (intermédios) institucionalizados não podem ser vistos como meros factos (institucionais) descritíveis, antes têm sempre de ser encarados enquanto "concretizações" do princípio em que se funda o consenso originário (o assentimento à comunicação e à comunidade). (...) Assim se regressa à ideia de Rousseau. O contrato social era concebido por este como um contrato cujas cláusulas estavam por tal modo prefixadas que a menor alteração delas o tornaria nulo e sem efeito. Tratar-se-ia, portanto, de um imperativo situado acima da vontade das partes. E, no entanto, Rousseau concebe-o como um pacto, uma convenção - o que pareceria contraditório."

Veja-se ainda **Joseph Raz**, *Ethics in the Public Domain*, pp. 81, sobre consenso e estabilidade: "A resposta de Rawls ao pluralismo tem dois aspectos(...)dentro do quadro do princípio da justiça, a cada um é permitido prosseguir a sua concepção de bem, à sua maneira. Os argumentos de Rawls não conseguem sustentar uma teoria baseada em bases frágeis ou em abstinência epistémica."

Ainda **Raz**, pps 84 a 88: "Thomas Nagel ofereceu um argumento engenhoso que apresenta como uma tentativa para capturar as intuições sólidas por trás das posições advogadas por Rawls, entre outros, repousa novamente na defesa da abstinência epistémica.

O objectivo da justificação, diz Nagel - em *Moral conflictant political legitimacy, Philosophy and public affairs*, 16/3, Summer 1987, 218, - é persuadir do razoável.

Este consenso é mesmo aquilo a que **Gomes Canotilho**, *Direito Constitucional*, 6ª edição totalmente refundida e aumentada, Livraria Almedina, Coimbra, 1995, a pps. 20 a 22 chamava **paradigma do informal**, ou seja, da deslocação da produção normativa do centro para a periferia, da lei para o contrato, do Estado para a sociedade - desoficialização, descodificação, deslegalização. Em *Direito Constitucional e teoria da constituição*, Almedina, 3ª edição, 1999, pps. 1108 e 1334, o mesmo autor refere-se à função de integração de uma ideia de consenso fundamental. É também tema a que **Boaventura de Sousa Santos**, em *Um discurso sobre as ciências*, pps. 28 e 29 também dedica espaço, atentando em vez da eternidade, na história; em vez do determinismo, na imprevisibilidade; em vez do mecanicismo, na interpenetração, na espontaneidade e na auto-organização; em vez da reversibilidade, na irreversibilidade e a evolução; em vez da ordem, na desordem; em vez da necessidade, na criatividade e no acidente.

É o movimento de vocação transdisciplinar que **Jantsch** designa por paradigma da autoorganização e que tem aflorações, entre outras, na teoria de Prigogine, na sinérgica de Haken, no conceito de hiperciclo e na teoria da origem da vida de Eigen, no conceito de autopoiesis de Maturana e Varela, na teoria daas ctástrofes de Thom, na teoria da evolução de Jantsch, na teoria da "ordem implicada" de David Bohm ou na teoria da matriz-S de Geoffrey Chew e na filosofia do "bootstrap" que lhe subjaz.

<sup>27</sup> **Beatriz de La Gandara Vallejo**, *Consentimiento, Bien Juridico e Imputación Objetiva*, Colex, 1995, pp. 235.

verdadeiramente permite a sua qualificação como actos de um Estado de Direito - é condicionada pela **adesão a estruturação axiológica que lhe é prévia e superior.**

**22. O Direito tem então de estar, como ciência prática, atento ao caso concreto** e, se se propõe modelar de certo modo a vida social, a sua aplicação não pode dispensar-se de uma consideração das particularidades da situação concreta, adjacentes ou parasitárias, capazes de conduzir a um resultado diverso daquele que se visa alcançar.<sup>28</sup>

De facto, e ao contrário do que sustenta **Knut Amelung**<sup>29</sup>, não parece crível, mormente em matérias atinentes ao direito penal de sanções e ao direito processual penal, a admissibilidade de que os cidadãos outorguem ao Estado consentimento para que este intervenha na esfera dos seus direitos fundamentais.

Mais do que perigosos entendimentos particulares ou particularistas do princípio da legalidade e da reserva de lei<sup>30</sup>, a falta de consenso sobre o que sustenta uma intervenção estatal sobre um direito fundamental é tanto mais grave quanto o consentimento do titular tenha sido obtido mediante engano.<sup>31</sup> De facto, a incidência do Estado Social, comenta **Amelung**, não pode fazer aceitar de tal forma as intervenções estatais em direitos fundamentais, que se acabe por debilitar em grande parte a predisposição dos cidadãos a defender essas mesmas posições.<sup>32</sup>

---

<sup>28</sup>**Karl Engisch**, *Introdução ao pensamento jurídico*, Fundação Calouste Gulbenkian, Lisboa edição de 1964, em Setembro de 1965 em Lisboa, prefácio de J. Baptista Machado, XL.

<sup>29</sup>*Die Einwilligung in die Beeinträchtigung eines Grundrechtsgutes*, 1981.

<sup>30</sup>**Beatriz Vallejo**, ob.cit., pp. 240. Leiam-se também por todos **Margarida Cortez**, *A responsabilidade civil por actos administrativos ilegais e concurso de omissão culposa do lesado*, *Studia Juridica*, 52, Coimbra Editora, Universidade de Coimbra, 2000, **Maria Lúcia Amaral**, *Responsabilidade do Estado e dever de indemnizar do legislador*, Dissertação de Doutoramento em Ciências Jurídico-Políticas apresentada na Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa, em 1998, Lisboa, s.n., 1996, e **Rui Medeiros**, *Ensaio sobre a responsabilidade civil do Estado por acto legislativo*, Almedina, 1992.

<sup>31</sup>**Amelung**, ob. cit., pps. 70 a 72 e 78: "o verdadeiro critério para determinar se uma actuação estatal autorizada mediante consentimento contradiz a lei; não a dá o texto da lei mas o seu sentido, a interpretação teleológica e não meramente gramatical."

Como refere **M. A. Garcia Herrera** em *El Constitucionalismo en la crisis del Estado Social*, Bilbao, Marcial Pons, 1997, cabe à democracia tolerar desacordos razoáveis, mesmo que não racionais. O mesmo era acentuado por **Vital Moreira** em 23.6.99 em comunicação ao Congresso Portugal-Brasil 2000.

<sup>32</sup>**Alain Finkelkraut**, na Gulbenkian, em 7 de Maio de 1997, integrado no seminário "Europa Social" que decorreu naquela Fundação de 5 a 7 de Maio, apontava o Estado Social como uma especificidade da Europa entre modelos liberais e marxistas e como equilíbrio entre liberdade e protecção social. Os novos desafios, acentua o mesmo autor, da mundialização e da nova Revolução Industrial e da inerente manipulação de símbolos obrigam hoje a constatar tanto a fragilidade do Estado Social como a necessidade de o preservar. Esta preservação, assente não na igualdade mas na equidade, gera desigualdades e como tal uma desorganização da sociedade. Para ultrapassar tal situação exigem-se soluções e não expedientes, numa perspectiva de voluntarismo político e de cidadania que envolve facetas da vida social. Já **Boaventura de Sousa Santos** entendia - no mesmo local e dia - que se fala numa crise do Estado Providência sem que ele nunca tenha existido. De facto, em Portugal, na visão daquele autor, antes de se falará de um neocontratualismo ou póscontratualismo que convive com o *status*. Apontando o autor não para a necessidade de se pensarem alternativas mas para um pensamento alternativo de alternativas, como por exemplo ver o Estado como novíssimo movimento social, como mero elo na organização, porque não tem monopólio da regulação ou, na sua significativa expressão: ver o Estado como parte do espaço público não estatal. Assim se renovaria a noção de

23. Aqui convém reler autores mais antigos, como **Humboldt**, defendendo que o Estado deve coibir-se de olhar pelo bem estar dos cidadãos e preocupar-se somente com a segurança e com os inimigos estrangeiros, não restringindo a sua liberdade com vista a qualquer outro fim. Reconhecemos que há dúvidas legítimas quanto ao entendimento deste princípio político que constitui ingrediente essencial da tradição liberal, já que escritores liberais como **Adam Smith** e **John Stuart Mill** explicitamente rejeitaram que a actividade do Estado ficasse confinada à prevenção e castigo das violações dos direitos individuais.<sup>33</sup> Como é sabido, **Mill** distinguiu entre dois tipos de interferência do Estado: a autoritária e a não autoritária. No âmbito da primeira, o Estado proíbe ou limita determinada conduta. Ao invés, no âmbito da segunda, o Estado dá um conselho ou divulga informação ou actua "deixando os indivíduos livres para usar os seus próprios meios de prosseguir um objectivo de interesse geral." <sup>34</sup>

Está aqui em causa uma nítida ideia de subsidiariedade. Este conceito está claramente expresso na encíclica *Rerum Novarum* de 1891, mas sobretudo na encíclica *Quadragesimo Anno* de 1931. Nesta última, podemos nomeadamente ler: "**não podemos tirar aos indivíduos, para dar à comunidade, as atribuições que eles são capazes de exercer da sua própria iniciativa e pelos seus próprios meios. Isto seria cometer uma injustiça e pôr em perigo a ordem social**". É que a subsidiariedade, tão em voga quanto à repartição de atribuições entre organizações supranacionais como a União Europeia e os Estados, é geralmente aplicável ao caso vertente, como resulta claro por exemplo das palavras de **Mattina**: "(...) a formação conceptual e histórico-filosófica do princípio da subsidiariedade são paralelas ao nascimento da ciência política. (...) **A ideia sócio-filosófica inerente ao princípio da subsidiariedade está estreitamente ligada ao princípio geral do direito de soberania do indivíduo no interior da organização social.**" <sup>35</sup>

---

contrato social enquanto simultânea regulação e emancipação social, que hoje empurra grandes massas de excluídos para um Estado natureza de ansiedade e stress e para um comércio público de interesses que nada tem que ver com a vida privada.

<sup>33</sup>Cfr **Horacio Spector**, *Acerca del presunto caracter esencialmente controvertido del concepto de derecho*, *Proceedings of the second International Congress of the philosophy of Law*, i, La Plata, 1987, 349-59 e, do mesmo autor, *Autonomy and rights, The Moral Foundations of Liberalism*, Clarendon Press Oxford, 1992, pp. 4.

<sup>34</sup> **Spector**, pp. 5 e *Principles of political economy with some of their applications to social philosophy*, in *Collected Works of John Stuart Mill*, iii, ed. j.M. Robson, Toronto, University of Toronto Press, e London, Routledge & Kegan Paul, 1965), pp. 937.

<sup>35</sup>**Mattina**, 1992, *Subsidiarité, démocratie et transparence*, pps. 204 e 206 e 213.

Em causa, está assim a tridimensionalidade facto-valor-norma de que fala Miguel Reale<sup>36</sup>, no que respeita à hierarquia dos valores e à condição primária para a sua realização: a personalidade humana<sup>37</sup>, traçando ténue equilíbrio entre direito e ética.

24. Haverá também aqui margem para falarmos em valores? Haverá aqui um momento axiológico, nas coisas políticas e do Estado? É que de acordo com uma concepção axiológica personalista, o Estado é que existe para o indivíduo e não o indivíduo para o Estado - *omne ius hominum causa introductum est*, e não o contrário, como seria *reipublicae causa hominem introductum est*. O Estado, qualquer que seja a sua forma e vocação última, jamais poderá ser considerado fim de si mesmo, um *selbstzweck*, como **Kant** dizia. Fim de si mesmo, segundo o mesmo filósofo, só o pode ser a pessoa do Homem; ou a personalidade que para **Kant** correspondia a uma categoria abstracta e formal.

"*Homem torna-te naquilo que és*": o ponto de partida é a pessoa inexperiente e desorganizada e o caminho traça-se na própria acção do ser humano que não só faz coisas, como se faz a si mesmo, e que, ao agir, age sobre o mundo.<sup>38</sup> Entre as *Lebensformen* necessárias para as diferentes realizações espirituais dos vários tipos descreve-nos **Spranger** como tipos ideais e fundamentais, as seguintes; a do homem teórico, a do homem económico, a do esteta, a do homem social e a do religioso.<sup>39</sup> A primeira circunstância evidente é que entre estes tipos não figura o do homem jurídico, o *Rechtsmensch*. Mas a explicação é simples: segundo **Spranger**, este tipo não corresponde a uma estrutura simples, mas a uma figura complexa ou forma mista entre a estrutura do homem social e a do homem teórico.

Os fins que têm em si mesmos a sua razão de ser - os *Selbstzwecke* - excluem a possibilidade de qualquer hierarquia entre si. Por isso, o conceito de pessoa é necessariamente um conceito de igualdade, apesar de as preocupações da justiça e da segurança do Direito caracterizarem contudo o *homo juridicus* de maneiras diferentes e até opostas.

---

<sup>36</sup> Revista da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, Vol. 88, 1993, pps. 301 a 312, *Linha evolutiva da teoria tridimensional do direito*.

<sup>37</sup> Sobre a relação entre o Direito e o Estado cfr **Luís Cabral de Moncada**, *Filosofia do Direito e do Estado*, Coimbra Editora, vol. 1º e 2º, s.d., pps. 290 a 292.

<sup>38</sup> **Vasco Pinto de Magalhães** em *Pessoa, liberdade e bem comum - Bioética*, Coordenação de Luís Archer, Jorge Biscaia, Walter Osswald, Editorial Verbo, 1996, pp. 63, fazendo apelo à pessoa situada, com características e dimensões do ser pessoal: *eu sou eu e a minha circunstância* como escrevia **Ortega y Gasset**, isto é, não existe a pessoa humana abstracta, quimicamente pura.

<sup>39</sup> **Gustav Radbruch**, *Filosofia do direito*, ob. cit., pps. 207/208 sobre o *homo juridicus*.

25. Se o humano estar em relação pressupõe nas instituições da vida quotidiana uma realidade social historicamente "instituída"<sup>40</sup>, com transmissão das regras institucionais de uma geração a outra (supondo como hipótese que a primeira geração fora criadora originária de um mundo institucional), as condutas habituais e tipificadas convertem-se em instituições históricas. Ao adquirirem historicidade, tais instituições reforçam a sua objectividade. Como afirma **Max Weber**, estamos em face de uma conduta humana "se e na medida em que o agente ou agentes lhe associam um sentido". Ora a conduta significativa (ou seja, toda a conduta especificamente humana) é uma conduta regida por regras sociais.

Uma sociedade, para existir e subsistir, precisa de satisfazer os "imperativos funcionais do sistema social", como diz **Parsons**, apelando uma vez mais ao conceito de consenso de que já falámos antes. E a complexa telenomia constitucional não está alheia a tal imperiosa necessidade.<sup>41</sup> **Gomes Canotilho**<sup>42</sup> fala por exemplo na ideia da justiça contratual constitucional - *Verfassungsvertragsgerechtigkeit* - que equivale à autolimitação do poder constituinte. A ideia é a do contrato constitucional envolvendo cidadãos contratantes, permanentemente renovado (manifestando-se v.g. na revisão da constituição).

27. **Gomes Canotilho**, por distinguir entre pré-compreensão e questões prévias<sup>43</sup>, acaba depois por fazer assentar a teoria da constituição na racionalização e controlo da pré-compreensão constitucional. A constituição dirigente como problema localizado da ciência do Direito Constitucional<sup>44</sup> implica uma estrutura complexa de competências constitucionalmente plasmada. A teoria da constituição não se limita assim a uma tarefa de descoberta dos problemas político-constitucionais nem a uma função de elemento concretizador das normas da lei fundamental, implicando ainda imposições legiferantes. Ora, esta tarefa desenrola-se num momento em que assistimos a um processo crescente de politificação - entende **P. Duclos**<sup>45</sup> -, traduzido na institucionalização de sistemas de direcção e de controlo da legitimação da respectiva titularidade por parte dos detentores das funções de comando e constrangimento, e da legitimidade da ordem comum a que se subordinam a actividade e o arbitrário individuais. E

---

<sup>40</sup> **J. Baptista Machado**, *Introdução ao direito e ao discurso legitimador*, reimpressão, Livraria Almedina, Coimbra, 1985, pps. 10 a 12 e 21 a 25.

<sup>41</sup> Cfr a obra *Desafios Constitucionales contemporaneos*, sob a organização de C. Lauda e J. Faunde, e ainda **Boaventura de Sousa Santos**, *Reinventar a Democracia*, Cadernos Democráticos, 4, Coleção Fundação Mário Soares, Edição Gradiva, 1ª edição, Setembro de 1998.

<sup>42</sup> **José Joaquim Gomes Canotilho**, *Direito Constitucional*, ob.cit., 1995, pps. 118/119.

<sup>43</sup> **José Joaquim Gomes Canotilho**, *Constituição Dirigente e vinculação do legislador, contributo para a compreensão das normas constitucionais programáticas*, Coimbra Editora, Limitada, 1982, pps. 7 ss e pp. 80.

<sup>44</sup> Idem, ob.cit., pps 175 a 177.

<sup>45</sup> **José Joaquim Gomes Canotilho**, *Direito Constitucional*, ob.cit., 1995, pps. 33 a 39.

isto independentemente da plurisignificatividade do conceito de constituição, do conceito histórico universal de constituição de **Lassale**, ou da constituição como *lex fundamentalis*.

Este entendimento manifestar-se-ia por excelência no conceito da constituição como estatuto jurídico do político, com relevante significado para a captação do mundo circundante/estruturante do político. É que **Gomes Canotilho** fala do político e não do Estado por entender que este foi uma categoria nuclear da semântica política da modernidade, mas que hoje se perspectiva como forma de racionalização e generalização na constituição enquanto regra do jogo e espaço de criatividade política, aliando-se a um “espaço de indeterminação, que permite a inventividade, a criatividade das *personae* que actuam na cena jurídico política”<sup>46</sup> e a que poderemos dar o nome de **autonomia privada**.

**28.** A compreensão material da constituição passa pela "materialização" dos fins e tarefas constitucionais, pela legitimação e mediação legislativa, que não prescinde do entendimento da relação entre constituição e imagem do Homem, novamente no centro da agenda problemática hodierna. A constituição – e a CRP – é norma fundamental<sup>47</sup>, enquanto espelho das opções políticas fundamentais, e conta com preceitos que definem e caracterizam juridico-constitucionalmente a colectividade política (ou *Respublica*), e com princípios fundamentais da ordem jurídico constitucional, como padrões de legitimação constitucional, numa dimensão dupla constitutiva e declarativa.<sup>48</sup>

E assim é estatuto organizatório, limite da actividade do Estado e defesa da liberdade dos cidadãos perante o Estado, apesar de partir de uma versão originária em que a constituição estava longe de ser neutra quanto aos conflitos económicos, sociais, políticos e ideológicos contemporâneos.<sup>49</sup> Se a constituição é o fundamento de validade de toda a ordem jurídica, o valor jurídico negativo não se reconduz à inconstitucionalidade mas à sua consequência; respeita à sanção que decorre da ordem jurídica para a norma inconstitucional. O valor jurídico

---

<sup>46</sup> **José Joaquim Gomes Canotilho**, *Direito Constitucional*, ob.cit., 1995, pp. 51.

<sup>47</sup> **José Joaquim Gomes Canotilho e Vital Moreira**, *Fundamentos da Constituição*, Coimbra Editora, 1991, pps 69 a 73.

<sup>48</sup> Vejam-se **António Pedro Barbas Homem**, *Lei fundamental e lei constitucional: a formação do conceito de constituição: contributos para uma história do direito público*, Relatório de Mestrado em Direito Constitucional, Lisboa, s.n., 1985, e **Luzia Marques da Silva Cabral Pinto**, *Os limites do poder constituinte e a legitimidade material da constituição*, Coimbra Editora, Studia Juridica n° 7, Coimbra, 1994 **Lloyd**, ob. cit., pps 208 a 213 encontra em Weber e Ehrlich tipos de sistemas jurídicos com filosofias de base que são simultaneamente o produto e a causa da sociedade em que operam. Ehrlich, que foi quase um contemporâneo de Weber, fez do seu objectivo principal penetrar nas regras formais, tratadas como sinónimo do direito em si, e chegar às verdadeiras normas sociais que governam a sociedade em todos os seus aspectos e que ele aponta como o direito vivo.

Nesta linha vejam-se ainda Roscoe Pound e a sociologia americana e os desenvolvimentos posteriores do realismo legal nos EUA e dos realistas escandinavos.

<sup>49</sup> **José Joaquim Gomes Canotilho e Vital Moreira**, *Fundamentos da Constituição*, Coimbra Editora, 1991, pp. 29.

negativo depende pois, em cada momento histórico, da gravidade do vício que afecta a norma. Ora, a inobservância de determinados requisitos de conformidade com a constituição há-de desde logo de decorrer da *estrutura, natureza e expansividade das normas constitucionais*.<sup>50</sup> O termo **estrutura**, apesar do seu difundido emprego na linguagem científica, não dispõe de sentido unívoco. A estrutura é uma ordenação reveladora do modo de ser dos elementos que a integram.

A **validade**, ensina **Legaz Lacambra**<sup>51</sup>, pertence à essência do Direito, e a vigência é qualidade extraída da experiência. A **vigência** exprime a obediência dispensada à norma jurídica. **Hans Kelsen**, substituindo a vigência pela eficácia, torna mais nítida a distinção entre as duas categorias. É que o consenso que está na base da constitucionalização também há-de pois ser tido em conta na desconstitucionalização.<sup>52</sup> **A. Esmein**, descrevendo o processo de desconstitucionalização, assinala que as Constituições frequentemente incorporam ao seu texto disposições formalmente constitucionais, sem disporem da natureza material de normas dessa natureza, ou seja, que não guardam nenhuma relação necessária com a forma de Estado e de Governo e que foram inseridas na Constituição para adquirir a eficácia e a permanência da norma constitucional.<sup>53</sup>

**29.** Considerando a natureza obrigatória da norma constitucional, o acatamento de regras constitucionais pela legislação ordinária demonstra, entretanto, que a Constituição dispõe de plasticidade. A plasticidade permitirá a permanente projecção da Constituição na realidade social e económica, afastando o risco da imobilidade que a rigidez constitucional sempre acarreta<sup>54</sup>. Uma constituição plástica estará em condições de acompanhar, através do legislador ordinário, as oscilações da opinião pública e da vontade do corpo eleitoral. A norma constitucional não se distanciará da realidade social e política e a constituição normativa não conflitará com a constituição real e a coincidência entre a norma e a realidade assegurará a duração da Constituição no tempo.<sup>55</sup>

---

<sup>50</sup>A eficácia irradiante dos princípios, nomeadamente dos princípios fundamentais foi assinalada por **Constantino Mortati**, em *Commentario della Costituzione a cura di Giuseppe Branca - Principi Fondamentali*, Zanichelli editore, Bolonha, 1975, pp. 2.

<sup>51</sup> *Filosofia del derecho*, Bosch, Barcelona, 1953, pp. 246

<sup>52</sup> Veja-se **Jose Almagro Nosete**, *Constitución y proceso*, Barcelona, Bosch, 1984.

<sup>53</sup> *Éléments de Droit Constitutionnel Français et comparé*, vol I, 2ª ed, Récueil Sirey, 1921, pp. 580.

<sup>54</sup> Estará em causa aqui o *principle of growth* do Juiz Cardoso.

<sup>55</sup> Apresenta-se assim mais prudente, defende **Irineu Cabral Barreto**, *Democracia e direitos do homem*, 1993, pps. 78 e 79, evitar definir ou catalogar um regime como democrático ou ditatorial, e analisar antes o conteúdo dos direitos fundamentais que consagra e as garantias com que estes se apresentam revestidos, para então concluir sobre a sua verdadeira natureza. É semelhante a aceção de **Ricardo Leite Pinto** - *Direito de informação*, ob.cit., pp. 514-, lembrando que nos ordenamentos constitucionais democráticos a regra fundamental é a da liberdade de expressão e informação, não só porque esta sempre foi uma das bandeiras das democracias liberais dos últimos 200 anos, como

Neste domínio, o problema especificamente constitucional<sup>56</sup> é o da alternativa ou mudança de paradigma. Hoje, ou se procura um regresso ao Estado e sociedade tentando-se a sua compreensão através do *instrumentarium* liberal, ou se considera a constituição inserida na "utopia concreta", descurando os problemas de "racionalização" e de "situação", inerentes ao "projecto" de uma "constituição temporalmente adequada".<sup>57</sup>

A controvertida conciliabilidade da "lógica da constituição" de um Estado de Direito com a "lógica da democracia" e a análise estrutural-material da "densidade" e "abertura" das normas constitucionais até à própria "compreensão" da constituição em si mesma, implica uma "legitimação-legitimidade" de uma ordem constitucional no duplo sentido de justificação-explicação de uma ordem de domínio (estrutura de domínio) e de fundamentação última da ordem normativa, de "apoio" ou "fundamento específico", fonte da sua dignidade e garante das suas apreensões.<sup>58</sup>

---

tal recebida quer na Consituição Norte Americana de 1787 quer na Constituição Francesa de 1791, mas também porque a fé numa imprensa livre, constitui hoje, após os acontecimentos de 1989, um dogma planetariamente aceite como válido.

Neste quadro, quando se fala em limitações à liberdade de informar e ser informado - não há modo de encontrar consenso entre autores, entre jurisprudências ou entre as legislações dos diversos países - Cfr Parecer interno da PGR, *Segredo de justiça, liberdade de informação e protecção da vida privada*, Lisboa, 1981, Separata do BMJ, nº 309.

<sup>56</sup>Gomes Canotilho, *Constituição Dirigente e Vinculação do legislador*, Coimbra Editora, Limitada, 1982, pps. 9, 11, 15, 23 e 25.

<sup>57</sup>A crise da regulação social, as mutações do Estado e a necessidade de construção de uma nova hipótese filosófica têm ocupado o Centro de Filosofia do Direito da Universidade Católica de Louvaina, provando o interesse e a actualidade dos temas que temos vindo a abordar.

<sup>58</sup>Leia-se aqui *Os limites do poder constituinte e a legitimidade material da Constituição*, de **Luzia Marques da Silva Cabral Pinto**, Coimbra Editora, 1994, FDUC, Studia Juridica 7.