

# Recuperar o Estado e a Política

Luís de Sousa

## Introdução

A Constituição é um conjunto de normas (regras e princípios) cuja função é a de organizar e limitar os poderes (o executivo, o legislativo e o judicial) do Estado e de definir e proteger um conjunto de direitos, liberdades e garantias fundamentais dos indivíduos no seio de uma comunidade política historicamente constituída.

Historicamente, tratava-se de documentos legais escritos, generalistas curtos e, muitas vezes, duradouros, tendo evoluído para documentos extensos, detalhados e frequentemente revistos. Portugal dispõe de uma constituição escrita, substantiva, longa e que tem sido objecto de sucessivas revisões<sup>1</sup>.

As Revisões Constitucionais são sempre pontos altos da nossa vida política, caracterizados por um confronto ideológico intenso sobre as funções políticas do Estado, mesmo se, na prática, essa diferenciação seja menos acentuada e substantiva do que parece à primeira vista.

A Constituição da República Portuguesa apresenta o pior de dois mundos: não só é excessivamente prolixa, como também introduz a possibilidade de revisão cada cinco anos ou por maioria de quatro quintos dos deputados da Assembleia da República (art. 284.º), mas de uma forma restrita (art. 288.º)<sup>2</sup>.

A análise da qualidade de um texto constitucional não se resume à descrição dos pressupostos, regras e princípios consignados nessa lei fundamental, mas uma interpretação crítica e comparada do seu alcance e efectiva aplicação.

Do ponto de vista formal, a Constituição da República Portuguesa de 1974 apresenta um articulado de Princípios fundamentais (art. 1.º a 23.º) e Direitos, liberdades e garantias (art. 24.º a 57.º) bastante inovador e ambicioso que em nada compromete a sua qualidade jurídica quando confrontada com a de outras constituições democráticas. Porém, no que concerne a sua prática, os resultados têm sido menos auspiciosos. São vários os desígnios constitucionais não cumpridos, desde a regionalização à transparência do financiamento político.

Não sendo possível tratar detalhadamente o valor e a prática de cada princípio ou direito fundamental, optei por discutir duas questões de fundo que considero relevantes para a próxima revisão constitucional: (1) a natureza substantiva dos direitos económicos e sociais consagrados; e (2) o desequilíbrio entre as garantias de defesa e a protecção do bem público, no que concerne a materialização da Justiça nos casos de criminalidade complexa.

<sup>1</sup> A CRP de 1976 é a mais longa constituição portuguesa que alguma vez entrou em vigor, tendo mais de 32.000 palavras na sua versão actual. Num período de 34 anos foi sujeita a 7 revisões constitucionais (em 1982, 1989, 1992, 1997, 2001, 2004 e 2005). Comparativamente, a Carta Constitucional de 1826, em vigor durante 72 anos, continha 7.000 palavras na versão original e foi sujeita apenas a 4 revisões.

<sup>2</sup> O art. 288.º impõe uma série de limites materiais de revisão que desde logo representam um travão ideológico sobre um determinado conjunto de matérias, nomeadamente as de natureza laboral, penal ou até mesmo no que concerne a vida partidária.

## 1. A natureza substantiva dos direitos económicos e sociais consagrados

Um dos principais pontos de contenção política da nossa constituição é a referência à ‘realização da democracia económica, social e cultural’ (art. 2.º).

A requalificação do Estado de Direito está no centro do recente debate sobre as funções que o mesmo deve cumprir. A questão está em saber se o cerne da acção do Estado de Direito Democrático consiste na protecção dos cidadãos contra a prepotência, o arbítrio e a injustiça dos poderes do Estado (legislativo, executivo e judicial) e de outros poderes existentes em sociedade, nomeadamente o poder económico; ou se se estende também à definição de um modelo de vida e formas de mobilidade social para a sociedade em questão (Berger e Luckman 1997: 95-103). Por outras palavras, o problema de fundo está em saber qual a natureza e alcance do princípio social do Estado de Direito Democrático.

A multiplicação de funções e o crescimento do aparelho do Estado, tal como o conhecemos hoje, deve-se, em grande medida, à necessidade de acompanhar e regular a crescente complexidade das relações sociais e económicas. Ao início tudo era mais simples, mas também mais precário. O Estado não prometia aquilo que não podia prover, mas também não gerava a solidariedade necessária à sua legitimação.

O Estado liberal do séc. XIX era essencialmente um Estado burguês cujas funções se limitavam aos quatro pilares fundamentais de autoridade pública – Fazenda, Justiça, Segurança interna e Defesa/Diplomacia externa – e à protecção da liberdade e da propriedade privada contra a prepotência e arbitrariedade do soberano.

O liberalismo do séc. XIX foi prolífero na promoção de direitos humanos e políticos, mas parco na defesa de direitos sociais. A protecção dos direitos dos trabalhadores e a modernização/humanização das estruturas económicas nunca mereceu especial atenção no constitucionalismo liberal.

O Estado liberal pagou caro essa incapacidade de antecipar a transformação económica, social e política que se avizinhava. A instabilidade do sistema capitalista provocada pelo desequilíbrio nas trocas comerciais e numa ordem monetária internacional precária e desajustada; a instabilidade social causada pela rápida industrialização, urbanização e inflação; a instabilidade política causada pela fragilidade dos governos democráticos, pela subida dos fascismos e pela derrocada da ordem internacional; todos estes factores de crise conduziram a uma reavaliação da natureza e alcance das funções do Estado de Direito.

O Estado de Direito do séc. XX incorporou novas funções sociais (educação, saúde, cultura, previdência e assistência social, ciência, etc.) e novas actividades económicas (a produção e gestão de determinados bens e serviços essenciais, a regulação do sistema económico e financeiro interno, a definição de uma política monetária e cambial, o estabelecimento de relações comerciais internacionais, etc.).

Hoje, nenhum liberal democrata que se preze questionaria a legitimidade do princípio social do Estado de Direito. Trata-se de uma conquista civilizacional cujo retrocesso é impraticável sem causar danos estruturantes na sociedade. O debate que se tem levantado nos últimos anos não é o de questionar essa vocação social do Estado, mas os seus métodos. Não está em causa a solidariedade, mas a universalidade das prestações sociais; não está em causa a segurança no emprego, mas a flexibilização dos contratos como garantia de qualidade e eficácia nas contratações públicas ou privadas; não está em causa a coesão social, mas a necessidade de garantir que as políticas de compensação das desigualdades sociais e dos desequilíbrios de desenvolvimento territorial sejam desenvolvidas de uma forma sustentável.

A pormenorização dos direitos económicos e sociais e das políticas que assiste ao Estado cumprir tem três consequências imediatas: (1) cria um hiato entre os pressupostos normativos da Constituição e a sua prática, potenciando um contínuo incumprimento dos mesmos, o que agrava a legitimidade do regime; (2) cria um potencial de desresponsabilização dos governos por opções não tomadas, retirando espaço à disputa política na definição de trajectórias do Estado e transformando o debate em torno da revisão constitucional num subterfúgio para a demagogia; e (3) condiciona o modo como o princípio do Estado Social deve ser interpretado pela Administração e pelos Tribunais e coloca limites materiais à revisão constitucional do mesmo.

Importa reequacionar os métodos de intervenção social e económica do Estado, eliminando do texto base da Constituição as matérias que pela sua natureza não consensual deveriam pertencer à luta política (Gavison 2005).

## **2. O desequilíbrio entre a protecção dos direitos, liberdades e garantias pessoais e a protecção do bem público**

A CRP define, de uma forma sintética, os princípios materiais do processo criminal (art. 32.º).

Esta *constituição processual criminal* (Canotilho e Moreira, 2007) é porventura dos pilares normativos essenciais da *constituição material*, porquanto trata da protecção dos direitos, liberdade e garantias dos cidadãos face à prepotência, arbitrariedade e injustiça do Estado.

Os princípios materiais do processo criminal não são monólitos, tendo evoluído ao longo dos tempos no sentido de incorporar as opções e inovações das sociedades em matéria criminal.

Perante uma série de ameaças à sua existência, tais como o terrorismo, o crime organizado e a corrupção, os governos das sociedades democráticas de matriz ocidental começaram a ponderar a adopção de medidas “iliberais”, isto é, suprimindo ou, pelo menos, comprimindo o núcleo essencial de algumas liberdades e

garantias constitucionais dos indivíduos em matéria criminal, de modo a salvar o estilo de vida que essas mesmas sociedades foram cultivando ao longo dos últimos 50 anos. Esta tendência levanta uma série de desafios constitucionais em matéria criminal.

Tomemos o fenómeno da corrupção. A corrupção é um atentado ao Estado de Direito Democrático, não só porque impede a materialização da justiça, como impossibilita a realização da democracia enquanto arquétipo normativo e institucional de bom governo. A corrupção transformou a política institucionalizada numa não opção para muita gente (Moriconi 2011). Evidência deste facto são os inúmeros inquéritos que confirmam um total desencanto com a democracia, os seus actores e processos e a percepção generalizada de que a democracia é, e tenderá sempre a ser, corrupta.

O Estado de Direito Democrático não é, como é óbvio, intrinsecamente corrupto, porém tem apresentado enormes dificuldades em sancionar os prevaricadores, por um lado, devido à complexidade e opacidade do fenómeno e, por outro lado, devido à ineficácia do sistema de repressão. Essa ineficácia resulta, entre outros problemas, de um desequilíbrio entre uma concepção maximalista das garantias processuais dos indivíduos e a protecção do bem público.

Do ponto de vista criminal, a corrupção consiste num comportamento voluntário que lesa um bem tutelado pelo Direito, portanto, passível de penas repressivas (prisão, multa, perda de mandato, inelegibilidade, exclusão de actuação em mercados públicos, etc.) aplicáveis ao(s) infractor(es) mediante um processo judicial.

De um modo geral, os bens jurídicos lesados pela corrupção são a transparência e legalidade dos processos, a igualdade de acesso, a concorrência leal, a justa redistribuição de riqueza, etc. Ao contrário dos bens jurídicos individuais, mais facilmente identificáveis e protegidos, os bens jurídicos macro-sociais são de natureza abstracta, de difícil identificação, e menos protegidos na tradição jurídica portuguesa. É mestra a sabedoria popular quando alerta que o bem público é de todos e se é de todos não é de ninguém; ficando, portanto, à mercê de todo o tipo de práticas e comportamentos predadores por parte de cidadãos e detentores de cargos públicos rapaces. Por essa razão, Maria José Morgado e José Vegar, definiram a corrupção como um “crime sem rosto” (2003: 38).

A criminalização de corrupção é uma das áreas mais sensíveis e menos consensuais do Direito Penal. São vários os mecanismos e garantias que atestam a difícil punibilidade destes crimes, começando pelos próprios mecanismos de recurso e de invalidação das provas até aos regimes de imunidade que protegem os detentores de cargos eleitos da acção judicial. Por conseguinte, o combate judicial à corrupção, sobretudo aquela que diz respeito a actores capacitados de poder e de enormes recursos, levanta um conjunto de questões relativamente à evolução dos princípios constitucionais do processo penal.

O art. 32.º da CRP sobre *Garantias de processo criminal* define nos números 1 e 2 que “[o] processo criminal assegura todas as garantias de defesa, incluindo

recurso' e que '[todo] o arguido se presume inocente até ao trânsito em julgado da sentença de condenação com as garantias de defesa'.

Estes dois princípios têm sido interpretados de uma forma demasiado limitativa, contaminando o debate de algumas medidas consignadas na Convenção das Nações de Combate à Corrupção (vulgo Convenção de Mérida), nomeadamente o crime de enriquecimento ilícito, por violação do princípio de presunção da inocência através da inversão do ónus da prova.

Não esgrimirei os argumentos a favor e contra a adopção deste instrumento penal do ponto de vista das liberdades e garantias constitucionais e do respeito pelos direitos humanos, porque não é este o propósito do exercício. Limitar-me-ei a discutir até que ponto a actual constituição processual criminal responde às exigências do combate à corrupção ou, por outras palavras, até que ponto está capacitada para permitir ao Estado de Direito Democrático defender a sua legitimidade.

O art. 32.º é o marco do funcionamento do Direito Penal e do constitucionalismo liberal: engloba todos os direitos e instrumentos minimamente necessários e exigíveis para o arguido se defender e contrariar a acusação, normalmente apoiada no poder institucional do Estado. Historicamente, dada a desigualdade material de partida entre o arguido (indivíduo) e a acusação (Estado), foi constitucionalmente estipulado um conjunto de garantias processuais criminais que procura compensar esse desequilíbrio.

No que concerne o combate à criminalidade complexa, esta relação de forças inverteu-se. Em casos de corrupção envolvendo políticos, empresários e altos cargos públicos, o Estado está à partida menos protegido, menos capacitado e mais exposto aos ataques da defesa que tem ao seu alcance uma série de meios que lhe permite desconstruir com enorme sucesso a argumentação da acusação, em particular do ponto de vista da prova.<sup>3</sup>

Esta falta de protecção constitucional do interesse público tem, de certa forma, ditado o desprestígio dos tribunais de primeira instância em matéria de combate à corrupção. De que serve um tribunal de primeira instância condenar um Presidente de Câmara, um presidente de um clube de futebol, um ministro, um empresário de relevo de um crime de corrupção? Hoje, um arguido com recursos, com poder, que tenha sido condenado em primeira instância, menospreza essa decisão e por conseguinte subvaloriza o papel do tribunal. A percepção de que a decisão não transitada em julgado é apenas o primeiro passo de um longo e tortuoso caminho com várias encruzilhadas e oportunidades para o prevaricador alimenta a impunidade e o descrédito na Justiça.

Convém repensar o arquétipo de garantias de defesa, de modo a salvaguardar um bem mais geral que é a realização da Justiça. Esta compensação pode passar por uma restrição qualitativa ao direito de recurso. Valorizar as decisões de primeira instância significa efectivar o seu efeito dissuasor, credibilizando deste modo a imagem da Justiça. Até porque é nessa fase que são discutidos e fixados os

**3** Os números falam por si. De acordo com as conclusões do estudo *A corrupção participada em Portugal 2004-2008. Resultados globais de uma pesquisa em curso: a maioria dos processos instaurados entre 2004-2008 encontra-se arquivada (53,1%); 30,3% dos processos encontram-se em "investigação"; para 5,6% dos processos já existe acusação proferida; 6,9% dos processos foram encerrados por decisão judicial condenatória e em 1,7% dos processos foi proferida uma decisão absolutória; apenas um total de 14 processos de corrupção instaurados neste período resultaram em condenações; do baixo volume de condenações transitadas em 1.ª instância, poucos são os condenados que cumprem pena de prisão efectiva; a razão mais comumente proferida para a absolvição em 1.ª Instância continua também a ser a "falta de prova quanto à apropriação de vantagem patrimonial e à sua ilicitude".*

factos e aferida a prova na base do acervo factual apurado. Trata-se do verdadeiro “momento presencial” da Justiça, em que acusados, testemunhas, advogados e magistrados depõem, inquirem, discutem e contraditam em audiência com toda a relevância e significado simbólicos daí decorrentes.

Atendendo à relevância social da corrupção e ao seu efeito corrosivo na legitimidade do Estado de Direito, seria apropriado conferir um efeito devolutivo<sup>4</sup> ao recurso para este tipo de crime de modo a que a pena fosse executada após proferida a decisão em primeira instância, vincando, desse modo, o efeito dissuasor da pena para esse tipo de crimes a importância da luta contra a corrupção enquanto bem jurídico digno de tutela penal.

Esta restrição deve ser compensada com um conjunto de reformas que tornem a Justiça mais assertiva em relação a arguidos com recursos e poder e ajudem a recuperar a credibilidade do Estado de Direito, entre outras: a redução de procedimentos que obstaculizem a celeridade da investigação criminal; a criação de sistemas de informação centralizados e de fácil acesso para as equipas de investigação; a promoção da cooperação inter-institucional, através da partilha de informação e coordenação das operações; a implementação de respostas institucionais especializadas preconizadas pela Convenção de Mérida, tais como, a criação de uma agência anti-corrupção e de tribunais especializados neste tipo de criminalidade complexa; o reforço dos recursos humanos e materiais afetos aos organismos de investigação criminal; a adopção de medidas acessórias de inelegibilidade ou perda de mandato para qualquer candidato ou eleito por decisão de condenação no tribunal de primeira instância; etc.

A introdução de um efeito devolutivo ao recurso para os casos de criminalidade complexa tem custos do ponto de vista das liberdades e garantias. Porém, ela é resultado de uma ponderação entre dois bens jurídicos dignos de uma tutela com imposição de uma restrição mais intensa a uma garantia constitucional em matéria de direitos, liberdades e garantias para preservação do próprio Estado de Direito. Trata-se, aliás, de uma opção constitucional que não seria inédita na nossa Constituição. Basta recordar, por exemplo, a restrição que a Constituição coloca à liberdade de associação nos arts. 46.º.4 e 51.º.4, proibindo as *organizações racistas e de ideologia fascista* e os partidos de índole ou âmbito regional. Não obstante a extrema-direita chauvinista e o regionalismo separatista não tenham qualquer aceitação social e expressividade eleitoral em Portugal, não deixa de ser significativa a opção constitucional de limitação de liberdade de associação de um determinado grupo ou segmento da sociedade para benefício da promoção e preservação de valores sociais e políticos mais amplos, como a dignidade da pessoa humana ou a indivisibilidade do Estado soberano.

Este raciocínio jurídico ainda não foi extensível a outros “males sociais”, como a corrupção, com expressividade na sociedade portuguesa e cujo combate efectivo implicaria uma aplicação mais restritiva de algumas garantias penais

4

O efeito meramente devolutivo do recurso significa que, interposto recurso da decisão de primeira instância para tribunal superior, esta é imediatamente exequível ainda que de forma provisória.

individuais em prol de um bem colectivo que é a materialização da justiça e a protecção da legitimidade do Estado de Direito.

É claro que o combate à corrupção não se faz exclusiva ou prioritariamente pela via da repressão. Contudo, um Estado de Direito que não consegue punir eficazmente a corrupção é um Estado frágil, exposto a práticas predadoras que se vão reproduzindo nas suas instituições e injusto, isto é, incapaz de garantir os direitos e liberdades dos cidadãos. Numa palavra, um Estado de Direito semântico.

\*\*\*\*\*

Concluimos da mesma forma como iniciamos este ensaio: a Constituição não é, nem nunca foi o problema da má qualidade da governação em Portugal. As respostas terão de ser procuradas no papel dos partidos políticos no recrutamento e formação de elites, na educação e cultura cívica dos eleitores, na estruturação das relações entre o Estado e o Mercado. Contudo, tendo em conta a nova revisão Constitucional que se avizinha, seria recomendável que se procedesse a uma simplificação da mesma, deixando mais espaço à disputa política e se recuperasse a autoridade do Estado, através de um equilíbrio harmonioso entre a defesa das liberdades e garantias dos indivíduos e a protecção do bem público.

## Bibliografia

- Berger, P. e Luckman, T. (1997) *Modernidad pluralismo y crisis de sentido*, Barcelona: Paidós.
- Canotilho, J. J. Gomes e Moreira, Vital (2007) *Constituição da República Portuguesa Anotada*, Coimbra: Coimbra Editora.
- Gavison, R. (2005) 'What belongs in a Constitution?' in W. Sadurski (ed.) *Constitutional Theory*, [The International Library of Essays in Law and Legal Theory], Aldershot: Ashgate/Dartmouth, pp. 15-31.
- Morgado, M. J. e Vegar, J. (2003) *Fraude e Corrupção em Portugal*. Lisboa: Dom Quixote.
- Moriconi, M. (2011) 'Percepção da corrupção e (des)materialização da Justiça' in L. De Sousa (ed.) *A Qualidade de Estado de Direito em Portugal*. (no prelo).

**Luís de Sousa** Investigador do Instituto de Ciências Sociais da Universidade de Lisboa. Doutorou-se em Ciências Sociais e Políticas pelo Instituto Universitário Europeu de Florença em Julho 2002, com uma tese sobre políticas públicas de combate à corrupção. É o fundador e coordenador responsável da primeira rede de agências anti-corrupção (ANCORAGE-NET) e presidente da Transparência e Integridade – Associação Cívica, ponto de contacto nacional da Transparency International. É consultor internacional em medidas de controle da corrupção e do financiamento político.

Este artigo é parte integrante de  
*A Constituição Revista, um e-book da Fundação Francisco Manuel dos Santos*

Título: A Constituição Revista  
Conselho Editorial: José A Tavares  
Miguel Poiares Maduro  
Nuno Garoupa  
Pedro Magalhães  
Revisão: Beatriz Luiz Gomes  
Design: Inês Sena  
Produção: Guidesign  
ISBN: 978-989-8424-28-0

As opiniões expressas neste e-book são da exclusiva responsabilidade dos seus autores e não vinculam a Fundação Francisco Manuel dos Santos. A autorização para reprodução total ou parcial do texto deve ser solicitada aos autores e editor.

© Fundação Francisco Manuel dos Santos  
Abril 2011



Rua Tierno Galvan, Torre 3, 9.º J  
1070-274 Lisboa  
Portugal  
Telefone: 21 381 84 47  
[ffms@ffms.pt](mailto:ffms@ffms.pt)  
[www.ffms.pt](http://www.ffms.pt)