

VOLUME LI — N.ºS 1 e 2

R E V I S T A  
DA FACULDADE  
DE DIREITO  
DA UNIVERSIDADE  
DE LISBOA



Coimbra Editora

2010

REVISTA DA FACULDADE DE DIREITO DA UNIVERSIDADE DE LISBOA  
Periodicidade semestral  
LI — N.ºs 1 e 2 - 2010

*COMISSÃO DE REDACÇÃO*

Presidente - PROF. DOUTOR JORGE MIRANDA  
Vice-Presidente - PROF. DOUTOR EDUARDO VERA-CRUZ PINTO  
Vogais - PROF. DOUTOR PEDRO ROMANO MARTINEZ  
- PROF. DOUTOR LUÍS MORAIS  
- MESTRA ISABEL ALEXANDRE  
- MESTRE PEDRO INFANTE MOTA  
- MESTRA DINAMENE DE FREITAS  
- MESTRE JORGE SILVA SANTOS

*PROPRIEDADE E SECRETARIADO*

Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa  
Alameda da Universidade  
1649-014 Lisboa — Portugal  
Telefone 217 984 600 — Telecópia 217 950 303

*DISTRIBUIÇÃO*

Coimbra Editora, S.A.

Ladeira da Paula, n.º 10  
Antanhol — 3040-574 Coimbra  
Telef. 239 852 650 — Fax 239 852 651  
revistas@grupocoimbraeditora.pt

ISSN 0870-3116

Depósito Legal n.º 75 611/95

Novembro de 2011

**I Doutrina**

	Págs.
<i>Robert Alexy</i> — Interpretação teleológica e vinculação à lei.....	9
<i>Manoel Gonçalves Ferreira Filho</i> — O paradoxo da Justiça Constitucional .....	17
<i>Jorge Miranda</i> — Divisão do poder e partidos políticos.....	25
<i>Jorge Miranda</i> — Democracia e Constituição para lá do Estado .....	33
<i>José Lamego</i> — O papel do kantismo na configuração disciplinar da filosofia do Direito.....	47
<i>José Melo Alexandrino</i> — O poder local na Constituição da República de Angola: os princípios fundamentais .....	61
<i>Ana Fernanda Neves</i> — Os direitos das pessoas com deficiência no Direito da União Europeia.....	93
<i>Luís Pedro Pereira Coutinho</i> — Justiça e Natureza na <i>República</i> .....	127
<i>Manuel A. Carneiro da Frada</i> — Relativismo, Valores, Direito .....	141
<i>José de Sousa e Brito</i> — O que é o positivismo jurídico. Como se autodefine e como se auto-suspende .....	193
<i>Otávio Luis Rodrigues Junior</i> — Propriedade, função social e constituição — Exame crítico de um caso de “constitucionalização” do direito civil .....	207
<i>Lenio Luiz Streck</i> — O problema da decisão jurídica em tempos pós-positivistas.....	237
<i>Csaba Varga</i> — Goals and Means in Law.....	263
<i>Carl Friedrich Nordmeier</i> — Timor-Leste: Novo Direito Processual Civil Internacional .....	275
<i>Miguel Lopes Romão</i> — Novas tecnologias e inovação nos sistemas de justiça: a experiência portuguesa e o trabalho desenvolvido pela Conferência de Ministros da Justiça dos Países Ibero-americanos .....	281
<i>Rui Tavares Lanceiro</i> — The International powers of the Portuguese autonomous regions of Azores and Madeira .....	293

**II Trabalhos de alunos**

<i>Thiago André Pierobom de Ávila</i> — O controle penal da imigração em Portugal, Espanha e Itália: a face oculta do neorracismo europeu .....	323
<i>Luis Carlos Lopes Batista</i> — Uma análise económica das externalidades ambientais negativas — em especial, a solução dos tributos ambientais .....	403
<i>Ricardo Bernardes</i> — A auto-suspensão de direitos fundamentais — reflexões em torno da sua admissibilidade .....	455
<i>Marco Caldeira</i> — A “soberania popular” em Jean-Jacques Rousseau e em Benjamin Constant: duas visões (assim tão) diferentes? .....	527
<i>Francisco Rocha</i> — Da retenção sobre coisa de terceiro e sobre coisa própria .....	573

**III Legislação**

<i>Manuel Veiga de Faria</i> — Alteração de registo por mudança de sexo da pessoa registada em caso de transsexualidade .....	647
---	-----

**IV Vida universitária**

Acta n.º 3/2010 do Conselho Científico da Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa .....	665
Acta n.º 5/2010 do Conselho Científico da Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa .....	675
<i>José Duarte Nogueira</i> — Sessão de homenagem ao Professor Doutor Martim de Albuquerque .....	681
<i>Adriano Moreira</i> — Sessão de homenagem ao Professor Doutor Martim de Albuquerque .....	685
<i>Martim de Albuquerque</i> — Sessão de homenagem ao Professor Doutor Martim de Albuquerque .....	687
<i>Jorge Miranda</i> — Sessão de Homenagem ao Prof. Doutor José Manuel Sérvulo Correia .....	691
<i>Sérvulo Correia</i> — Sessão de Homenagem ao Prof. Doutor José Manuel Sérvulo Correia .....	693
<i>Jorge Miranda</i> — Proposta de atribuição a condecorações .....	697
<i>Jorge Miranda</i> — <i>Laudatio</i> do General António dos Santos Ramalho Eanes como Doutor <i>Honoris Causa</i> pela Universidade de Lisboa .....	699

	Págs.
<i>Jorge Miranda</i> — Apreciação do <i>curriculum vitae</i> do Doutor Vladimir Augusto Correia de Brito em provas de agregação — II Parte — Uma obra em especial.....	703
<i>Jorge Miranda</i> — Proposta de alteração ao plano de estudos.....	707
<i>Jorge Miranda</i> — Regulamento de Avaliação de Desempenho dos Docentes.....	711
<i>Dário Moura Vicente</i> — No XX Aniversário da Faculdade de Direito de Bissau...	717
Dário Moura Vicente — Alguns dados quantitativos sobre a actividade do Instituto da Cooperação Jurídica da Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa em 2010.....	721
<i>Nazaré da Costa Cabral</i> — Arguição da dissertação de Doutoramento da Mestra Elisa Rangel Nunes.....	727

## DEMOCRACIA E CONSTITUIÇÃO PARA LÁ DO ESTADO (\*)

JORGE MIRANDA

I — Para se compreender a problemática que me proponho tratar, importa ter presente as grandes transformações sofridas pelo Estado e pela vida internacional ao longo do século XX e realçar aquelas que se manifestam no século XXI.

II — Século marcado, mais do que outro período da história, por mudanças sociais e culturais, por progresso científico e técnico sem precedente e por convulsões bélicas, o século XX é também a era das ideologias e das revoluções, em que desembocam todas as grandes correntes filosóficas dos dois séculos anteriores <sup>(1)</sup>.

São seis as linhas de força dominantes, na sequência imediata das duas guerras mundiais:

- As transformações do Estado num sentido democrático, intervencionista, social, bem contraposto ao *laissez faire* liberal;
- O acesso (ou a luta pelo acesso) das mulheres à igualdade — igualdade de direitos na família, no trabalho, na participação política;
- O aparecimento e, depois, o desaparecimento dos principais regimes autoritários e totalitários de diversas inspirações;
- A emancipação dos povos coloniais, com a distribuição agora de toda a Humanidade por Estados — por Estados quase todos moldados pelo tipo europeu, embora com sistemas político-constitucionais bem diferentes;
- A institucionalização da comunidade internacional, através de organizações a nível mundial ou só continental ou regional;
- A protecção internacional dos direitos do homem.

(\*) Conferência proferida em Natal, em 10 de Dezembro de 2010, no I Congresso Internacional da Escola Superior de Magistratura do Estado do Rio Grande do Norte.

(1) Cfr., por exemplo, ERIC HOBBSBAWN, *Age of Extremes — The Short Twentieth Century — 1914-1991*, 1994, trad. *A Era dos Extremos — História Breve do Século XX — 1914-1991*, Lisboa, 1996.

Assim, revelam-se de alcance quase universal a promessa de direitos económicos, sociais e culturais a par das liberdades e garantias individuais (por vezes, em contraposição a estas), o sufrágio universal, os partidos de massas, a tendencial substituição das formas monárquicas por formas republicanas, a generalização das Constituições mas com extrema diversidade de conteúdos e de efectividade (donde, a conhecida classificação de K. LOEWENSTEIN em Constituições normativas, nominais e semânticas), também a sua rápida mutação, o alargamento dos fins do Estado, a multiplicação dos grupos sociais e de interesses e o papel político que procuram desempenhar, o crescimento da função administrativa, o realçar do Poder Executivo em detrimento do Parlamento. Necessário é, contudo, captar, ao lado e para além dos textos jurídicos, as realidades políticas.

Com ou sem formas aparentemente similares às dos regimes liberais, surgem no século XX os regimes marxistas-leninistas e fascistas, não por acaso chamados totalitários, produto da “rebelião das massas (ORTEGA), do impacto sobre estas de determinadas ideologias e de ocorrências políticas internas ou externas de maior vulto. Tal como no Estado absoluto, há neles uma concentração do poder político, mas muito mais do que isso: o Estado absoluto não intervinha na vida privada das pessoas, não pretendia absorver a sociedade civil (nem tinha meios para isso); ao passo que o Estado totalitário assume todo o poder na sociedade e identifica a liberdade humana com a prossecução dos seus fins.

A emancipação dos povos da Ásia e da África vem a ser, simultaneamente, uma consequência das modificações operadas nas relações internacionais e na economia mundial e um corolário dos princípios de liberdade declarados na Europa. E não é de surpreender que, libertando-se do domínio colonial europeu, do mesmo passo os povos de vários continentes adotem a forma europeia de Estado como única estrutura jurídico-política apta a permitir-lhes o rápido acesso à vida moderna. Todavia, naturalmente, são aí imensos os problemas de construção do Estado e várias as formas de governo e até os modelos constitucionais experimentados.

Ao mesmo tempo que o Estado atinge a sua máxima expansão, desenvolve-se a estruturação da comunidade internacional, através de agrupamentos de Estados com funções específicas que adquirem autonomia relativamente a eles — as *organizações internacionais*. Muito diversas pelos fins (políticos, económicos, técnicos, culturais, etc.), pelo âmbito (mundial e continental ou regional), pelo acesso (relativamente aberto ou restrito) e pelos poderes (da cooperação ou de integração), elas assinalam uma nova fase do Direito das Gentes. A chamada “família das Nações Unidas” vai cobrir praticamente todas as áreas — desde a educação ao comércio, desde a saúde e a alimentação à energia atómica. E surgem também organizações de integração continental ou regional, como as Comunidades Europeias (tendendo à União Europeia) e o MERCOSUL.

Ligada à organização da comunidade internacional — porque sem ela não ganha efectividade — nasce a protecção internacional dos direitos do homem, ou seja, a promoção, por meios jurídico-internacionais, da garantia dos direitos fundamentais relativamente ao próprio Estado de que cada um é cidadão. Tem por causas a tendência para a humanização do Direito das Gentes e o alargamento da noção de sujeito de Direito internacional, mas sobretudo o repúdio da opressão feita por regimes de vários sinais políticos e a consciência universal da dignidade da pessoa humana que se vai formando. E conhecem-se os três estágios do seu desenvolvimento: 1.º) a vinculação jurídico-internacional dos Estados ao respeito dos direitos das pessoas; 2.º) a possibilidade de os cidadãos invocarem direitos consignados em tratados em tribunais internos; 3.º) a possibilidade de cidadãos de um Estado apresentarem comunicações, queixas ou acções perante tribunais ou órgãos jurisdicionalizados internacionais; 4.º) a criminalização internacional dos mais graves atentados contra as pessoas e os grupos de pessoas.

III — Hoje, no dealbar de um novo século e de um novo milénio, o panorama político-constitucional é, de novo, de grande instabilidade, incerteza e múltiplas contradições <sup>(2)</sup>.

Já não existem, desapareceram ou entraram em queda irreversível quase todos os regimes totalitários e autoritários e o constitucionalismo de matriz ocidental identificado agora com a democracia representativa e pluralista

---

<sup>(2)</sup> Cfr., por exemplo, de vários prismas, HANS VAN DEN DOEL, *Democracy and Welfare Economics*, 1979, trad. italiana *Democrazia e benessere*, Bolonha, 1981; A. J. PORRAS NADALES, *Introducción a una teoría del Estado post-social*, Barcelona, 1988; LUC ROUBAN, *Innovation, complexité et crise de l'État moderne*, in *Revue française de science politique*, 1988, págs. 325 e segs.; CLAUS OFFE, *Contradicciones en el Estado de Bienestar*, trad., Madrid, 1990; J. P. HENRY, *La fin du rêve prométhéen? — Le marché contre l'État*, in *Revue du Droit Public*, 1991, págs. 631 e segs.; FRANCIS FUKUYAMA, *The end of history and the last man*, 1992, trad. portuguesa *O fim da história e o último homem*, Lisboa, 1992; GIOVANNI SARTORI, *Democrazia, Cosa e*, Milão, 1993; BOAVENTURA DE SOUSA SANTOS, *Pela mão de Alice — O social e o político na pós-modernidade*, Porto, 1994, maxime págs. 69 e segs.; ERNST GELLNER, *Conditions of Liberty*, 1994, trad. portuguesa *Condições da Liberdade*, Lisboa, 1995; ALAIN TOURAINE, *Qu'est-ce que la Démocratie*, Paris, 1994; *The Constitutional Development on the Eve of the Third Millenium*, obra colectiva, Friburgo, 1995; ANTONINO SPADARO, *Gli effetti della c. d. «globalizzazione»*, in *Politica del Diritto*, 1998, págs. 441 e segs.; SAMUEL P. HUNTINGTON, *The crash of civilizations — Remaking of World Order*, 1996, trad. portuguesa *O choque das civilizações e a mudança na ordem mundial*, Lisboa, 1999; ELOY GARCIA, *“El ultimo triunfo de la libertad”: la democracia constitucional ante su momento maquiavélico*, Bogotá, 2000, págs. 41 e segs.; NOEL PARKER, *Revolutions and History*, trad. portuguesa *As Revoluções e a História*, Lisboa, 2001, págs. 267 e segs.; ISABEL ESTRADA CARVALHAIS, *Os desafios da cidadania pós-nacional*, Porto, 2004, págs. 93, 112 e segs. e 187-188.

(a democracia politicamente liberal) e com o Estado de Direito dir-se-ia agora prevalecer. Todavia, não se denotam poucas as deficiências e indefinições que ostenta (muitas das quais ligadas ao funcionamento do sistema de partidos e às dependências dos mecanismos financeiros e dos poderes económicos). Nem é pequena a sua falta de autenticidade em numerosos países.

Entretanto, o regime islâmico implantado no Irão em 1979 consolidar-se-ia e seria tomado por modelo por movimentos fundamentalistas em vários países de tradição muçulmana. E mais que um novo tipo constitucional, ele traduz uma maneira de conceber o Estado muito diferente e até antagónica do Estado moderno de origem europeia, por nele se unirem a lei religiosa e a lei civil, o poder espiritual e o poder temporal.

Depois, observam-se no Estado social de Direito fundos sintomas de crise — a chamada crise do Estado-providência, derivada quer de causas ideológicas (o refluxo das ideias socialistas ou socializantes perante ideias neoliberais) quer de causas financeiras (os insuportáveis custos de serviços cada vez mais extensos para populações activas cada vez menos vastas), de causas administrativas (o peso de uma burocracia, não raro acompanhada de corrupção) e de causas comerciais (a quebra de competitividade em face de países sem o mesmo grau de protecção social).

E mais importante do que todas estas vicissitudes e estes problemas, depararam-se — à escala de toda a Humanidade — a degradação da natureza e do ambiente, as desigualdades económicas entre países industrializados e países não-industrializados, os movimentos de migração do Sul para o Norte com fenómenos de inter e multiculturalismo não sem problemas, as situações de exclusão social mesmo nos países mais ricos, a manipulação comunicacional, os corporativismos egoístas, a cultura consumista de massas, a erosão de valores éticos familiares e políticos, as tensões étnicas e religiosas, enfim surtos de terrorismo maciço.

Estamos muito longe da solidariedade entre gerações (a que apelam o art. 66.º da Constituição portuguesa e o art. 225.º da Constituição brasileira) <sup>(3)</sup>. E, mesmo nos países mais avançados, as pessoas defrontam-se com aquilo que se vem denominando *sociedade de risco* <sup>(4)</sup>. Através do sistema jurídico, o Estado havia-se tornado o principal garante da confiança em massa de que necessitava a sociedade moderna. Mas a dimensão, sem precedentes, do risco

---

<sup>(3)</sup> Cfr. JORGE PEREIRA DA SILVA, *Breve ensaio sobre a protecção constitucional das gerações futuras*, in *Homenagem ao Professor Doutor Diogo Freitas do Amaral*, obra colectiva, Coimbra, 2010, págs. 459 e segs.

<sup>(4)</sup> Cfr., a síntese de MARIA DA GLÓRIA GARCIA, *Sociedade de risco, política e Direito*, in *Estudos comemorativos dos 10 anos da Faculdade de Direito da Universidade Nova de Lisboa*, I, obra colectiva, Coimbra, 2008, págs. 111 e segs.

e do perigo, desgastou, diz BOAVENTURA DE SOUSA SANTOS, a credibilidade dessa confiança <sup>(5)</sup>.

Não se chegou, pois, ao “fim da história” — muito longe disso; apenas se chegou ao fim de certa era ou a um momento de transição, com todas as virtualidades que, apesar de tudo, pode conter. E até um Autor como FRANCIS FUKUYAMA, que fala numa “história direccional e universal rumo à democracia liberal”, reconhece que, ainda que a maioria das carruagens da caravana da história chegue eventualmente ao seu destino, não sabemos se os seus ocupantes, ao olharem em redor, não julgarão inadequadas as novas circunstâncias e “resolverão dar início a uma nova e mais distante viagem” <sup>(6)</sup>.

Apesar disto tudo, pode admitir-se, com JOÃO LOUREIRO, que tempos difíceis não significam o fim do Estado social; que o tempo é também de “sociedade de vivência” (citando GERHARD SCHULZE); e que uma esperança sustentável é tarefa de todos, “um plebiscito de todos os dias” exigindo uma esperança democrática <sup>(7)</sup>.

IV — Nesta emergência, o próprio Estado — o Estado moderno de matriz europeia — dir-se-ia estar ameaçado: pela dificuldade ou pela impossibilidade de satisfazer maiores e mais diversificadas necessidades colectivas, por tendências centrífugas de diversa natureza, por diversos processos de integração regional ou continental e pela globalização

Desde há algumas décadas, e com maior veemência nos últimos anos, não poucos Autores têm posto em causa o interesse do Estado — seja à luz das suas visões teóricas, seja por causa de fenómenos como a integração supranacional e a globalização, as privatizações, o neocorporativismo e o regionalismo centrífugo. Chega a falar-se em *desestatização* e em *desterritorialização*.

Como escreve ISABEL ESTRADA CARVALHAIS, ferida na sua imagem, o Estado vive o drama de não saber quais os limites certos e o conteúdo exacto da sua razão de ser. O Estado tem dificuldades em admitir que a sua identidade perdeu a substantividade clara e inviolável do sistema vestefaliano. O Mundo não lhe exige que se renda ou se autodestrua, mas que saiba negociar a sua presença e a sua relação com as comunidades humanas que o adoptam como princípio de organização política <sup>(8)</sup>.

Que o Estado não possa assumir hoje as mesmas ou todas as funções de que antes se arrogava, parece-me que temos de reconhecer, por ser uma evidên-

---

<sup>(5)</sup> *A crítica da razão indolente — contra o desperdício da experiência*, Porto, 2000, págs. 165 e 169.

<sup>(6)</sup> *Op. cit.*, págs. 324 e 325; v., ainda, págs. 303, 310 e segs. e 320-321.

<sup>(7)</sup> JOÃO LOUREIRO, *Adeus ao Estado Social?*, Coimbra, 2010, págs. 40 e segs.

<sup>(8)</sup> *Op. cit.*, págs. 93 e 112 e segs.

cia. Que ele tenha de se inserir num contexto cada vez mais complexo e concorrencial, que ele apareça, doravante, no âmbito de uma “rede de poderes públicos” e que aquilo a que se chama soberania sofra o impacto intenso de restrições e devoluções, tudo isto é irrecusável. Que as fronteiras estejam cada vez mais abertas também. Não, porém, que se enxergue um esvaziamento, pelo menos a médio prazo, do cerne essencial das suas funções.

A grave crise económico-financeira eclodida em 2008 tem servido para mostrar dois fenómenos *prima facie* contraditórios: sem dúvida, a incapacidade de cada Estado, isoladamente, a enfrentar; e, de modo não menos nítido, a incapacidade dos mercados para se auto-regularem <sup>(9)</sup>, com a consequente necessidade de fortes e diferenciadas intervenções estatais, indo até a decisões de nacionalização.

Não se antevê um modelo alternativo de organização ou um sistema coerente de entidades públicas ou privadas que substitua o Estado. A prova está em que não poucas comunidades com identidade própria continuam a querer erigir-se em Estados ou, pelo menos, a querer beneficiar de prerrogativas similares às do Estado; e em que, em contrapartida, em sociedades heterogéneas, étnica, cultural ou religiosamente, só o poder político estatal, com as suas instituições e os seus símbolos, propicia a unidade e cria condições de desenvolvimento.

V — Ora, há quem vá mais longe, preconizando um Estado mundial, uma *Respublica Universalis*. É o caso de, entre outros Autores, OTTFRIED HÖFFE, que defende uma república mundial democrática, assente num duplo princípio de subsidiariedade e de federalismo; um Estado formado por muitos povos, na base de um contrato social mundial; e construído progressivamente e através de escalas intermédias <sup>(10)</sup>.

Eis uma ideia que, embora formulada em termos muito prudentes, me suscita — como a muita gente — as maiores reticências.

Por um lado, não se encontram fora do Estado adequadas formas de exercício dos direitos políticos inerentes à democracia. Se a experiência das últimas décadas mostra um progressivo crescimento dos meios jurídicos de defesa dos direitos das pessoas para além do Estado (ou contra o Estado, quando deles desrespeitador ou violador), já pouquíssimos e pouco significativos passos se deram para uma qualquer participação política individual a

---

<sup>(9)</sup> Ou, como escreve ALEJANDRO PÉREZ HUALDE, não é o mercado que pode definir os limites da subsidiariedade (*La crisis mundial y el Derecho Publico (El Estado, outra vez protagonista)*, in *Revista Peruana de Derecho Publico*, 18, 2009, págs. 13 e segs.

<sup>(10)</sup> *Demokratie im Zeitalter der Globalisierung*, Munique, 1999, trad. *A Democracia no Mundo de Hoje*, São Paulo, 2005, *maxime* págs. 265 e segs., 344 e 359 e segs.

nível supranacional, inclusive no âmbito da União Europeia com o Tratado de Lisboa de 2007.

Ao mesmo tempo, considerando as inelutáveis desigualdades de facto entre os Estados — em população, território, recursos, desenvolvimento económico, acesso ao ensino e aos cuidados de saúde, etc., etc. — aquilo que continua a registar-se — pela natureza das coisas — é outrossim uma estruturação inigualitária das principais organizações internacionais e entidades afins: eis o que se observa na composição do Conselho de Segurança ou no Conselho de Administração do Banco Mundial ou no voto ponderado em órgãos da União Europeia. Muito menos uma *governança global*, através do G-8 ou do G-20, poderia considerar-se precursora da república visionada por OTTFRIED HÖFFE.

De resto, um Estado mundial, mesmo que federativo, não se afigura possível tanto por causa dessas desigualdades de facto quanto pela diversidade de sistemas constitucionais e de culturas políticas. Além da concepção islamita (que põe em causa a laicidade, caracterizadora da modernidade), subsistem monarquias absolutas, alguns regimes que se identificam, bem ou mal, com o marxismo-leninismo e ditaduras militares, insusceptíveis de se integrarem numa democracia à escala do mundo; e há Estados, os chamados Estados falhados (por incapazes de se impor às facções presentes nos seus territórios ou de vencer catástrofes naturais).

De resto ainda, um Estado mundial não só seria inviável até onde podemos alcançar como seria indesejável e perigoso. Nada garante que fosse democrático (tal como nós concebemos a democracia como regime de liberdade e pluralismo) e seriam enormes os riscos de se tornar um monstruoso Leviatã. Muito provavelmente, nele tenderia a estabelecer-se um directório dos grandes Estados, contrário ao princípio de igualdade própria das verdadeiras federações. E sobretudo, imagine-se o que aconteceria se, porventura, uma qualquer facção político-militar, ideológica ou religiosa viesse a conquistar o poder e viesse a exercê-lo por toda a parte, sem limites, sendo certo que a globalização económica, tecnológica e de comunicação tem reduzido cada vez mais a dimensão do nosso planeta.

Neste momento, quando num país se instaura um regime não democrático e opressivo dos direitos fundamentais, é possível a comunicação social ou a *Internet*, a partir de outros países, denunciar as violações de direitos fundamentais e, no limite, é possível a um seu cidadão refugiar-se noutro país. Como seria num Estado mundial?

VI — Em abono do que pensamos, vale a pena citar NORBERTO BOBBIO <sup>(11)</sup>, o qual, tomando como referência a grande dicotomia guerra-paz, representa o

---

<sup>(11)</sup> *Il Futuro della Democrazia*, trad. *O Futuro da Democracia*, 7.<sup>a</sup> ed., São Paulo, 2000, maxime págs. 12 e 207.

sistema internacional segundo quatro modelos: 1.º) o estado anárquico, ou seja, de guerra sem paz (o *bellum contra omnes* do estado de natureza de HOBBS); 2.º) o sistema de equilíbrio entre as grandes potências, ou seja, a paz como trégua entre duas guerras; 3.º) a ordem derivada do predomínio de uma potência hegemónica, quer dizer, a paz imposta do alto, pela força (a *pax romana*, a *pax americana*); 4.º) a submissão de todos os Estados a uma ordem democrática, quer dizer — paz estável e baseada no consentimento.

Até agora, reconhece também, a democracia só se torna possível dentro do Estado. Todavia, os Estados apenas poderão tornar-se plenamente democráticos numa sociedade internacional completamente democratizada — conquanto (segundo KANT e *A Paz Perpétua*) acrescente que esta pressupõe serem democráticos todos os Estados que a componham.

VII — A meu ver, para se atingirem os desígnios generosos de HÖFFE e BOBBIO, o esforço a empreender tem de ser outro. Nem é preciso escolher entre dois males: entre uma globalização, cujos poderosos agentes económicos e financeiros arrastam, com o seu peso, os agentes políticos; e uma globalização política, em que se viesse a verificar, de qualquer forma, uma concentração de poder político num único centro.

O caminho a percorrer tem de ser outro e com dois precípuos objectivos. Em primeiro lugar, ultrapassando as barreiras estatais sem as quebrar, a construção de uma sociedade civil internacional — essa, sim, cosmopolita e global — amparada, em larga medida, pelas organizações não governamentais. Em segundo lugar, o alargamento e o aprofundamento da efectivação do Direito internacional, mormente estabelecendo a jurisdição obrigatória do Tribunal Internacional de Justiça, levando todos os Estados a aceitar a jurisdição do Tribunal Penal Internacional, criando novos tribunais internacionais sectoriais e regionais, alargando as vias de acesso dos indivíduos a instâncias internacionais, submetendo os mercados financeiros a mais eficazes mecanismos de regulação.

Em suma: uma *Respublica Universalis*, sim, e não um Estado mundial como *Comunidade Internacional de Direito* à imagem do *Estado de Direito nacional* e transpondo para a cena internacional os respectivos princípios materiais. Ou, doutra perspectiva, um entrosamento de Direito constitucional e Direito internacional, conforme, felizmente, aliás já se vem verificando.

Uma *Respublica Universalis* <sup>(12)</sup>, sim, e não um Estado mundial, ligada ao “Estado constitucional cooperativo” de que fala PETER HÄBERLE <sup>(13)</sup> e em que,

(12) Talvez não sem alguma parecença com a *Respublica Christiana* medieval.

(13) *Der Kooperative Verfassungsstaat*, 1978, trad. *Estado Constitucional Cooperativo*, Rio de Janeiro, 2007, *maxime* págs. 6-7, 9, 12, 19, 65, 70 e 71.

sem se esvaír o elemento estatal, ele se relativiza perante os direitos fundamentais da pessoa humana.

VIII — Uma *Respublica Universalis*, sim, presente no jus-universalismo que se revela, a muitas luzes, na Constituição portuguesa de 1976 e na Constituição brasileira de 1988, numa impressionante e bela similitude.

Jus-universalismo:

- Na abertura a direitos fundamentais decorrentes de tratados internacionais (art. 16.º, n.º 1, da Constituição portuguesa, art. 5.º, § 2.º, da Constituição brasileira);
- Na interpretação e na integração dos preceitos constitucionais e legais respeitantes a direitos fundamentais pela Declaração Universal dos Direitos do Homem (art. 16.º, n.º 2, da Constituição portuguesa) e na atribuição de valor de emendas constitucionais aos tratados sobre direitos humanos aprovados por ambas as Câmaras do Congresso Nacional, em dois turnos, por três quintos dos votos dos seus membros (art. 5.º, § 3.º, da Constituição brasileira);
- No princípio da extensão aos estrangeiros residentes no País dos mesmos direitos dos cidadãos (art. 15.º, n.º 1, da Constituição portuguesa, art. 5.º, *caput* da Constituição brasileira);
- Na recusa de extradição de estrangeiros por motivos políticos (art. 33.º em Portugal e art. 5.º, LXII, no Brasil) e, em Portugal, na recusa de extradição quando ao crime, segundo a lei do Estado requisitante, possa ser aplicada pena de morte ou outra que afecte a integridade física e ainda, salvo determinados requisitos, pena de prisão perpétua;
- Na consagração do asilo político (art. 33.º em Portugal e art. 4.º, X, no Brasil);
- No repúdio do racismo [arts. 46.º, n.º 4, e 160.º, n.º 1, alínea *d*), da Constituição portuguesa, e arts. 4.º-VIII e 5.º-XLIII, da Constituição brasileira).

Jus-universalismo, simultaneamente:

- Na profissão de fé nos grandes princípios da solução pacífica dos conflitos internacionais, da independência nacional, do respeito e da prevalência dos direitos do homem, de autodeterminação dos povos, de igualdade dos Estados, de não intervenção — princípios esses pelos quais uns e outros Estados se devem reger nas relações internacionais (art. 7.º, n.º 1, da Constituição portuguesa e art. 4.º da Constituição brasileira);

- No empenhamento na cooperação com todos os povos para o progresso da humanidade (art. 7.º, n.º 2, da Constituição portuguesa e art. 4.º-IX da Constituição brasileira);
- Na recepção geral plena do Direito internacional (explicitamente, em Portugal, segundo o art. 8.º e, implicitamente, no Brasil, em face de contexto sistemático);
- Na aceitação da jurisdição do Tribunal Penal Internacional (art. 7.º, n.º 7, em Portugal e art. 5.º, § 4.º, no Brasil).

IX — Passando agora ao Direito internacional, bem se sabe que a tendência mais marcante que ele hoje ostenta consiste na sua objectivação — a qual se traduz em fundamento não voluntarista das suas normas, incremento dos tratados multilaterais, interpretação e modificação apenas no âmbito do seu objecto e do seu fim; aparecimento ou valorização do *jus cogens* como acervo de princípios que prevalecem sobre as restantes normas, adstringindo os Estados e todos os outros sujeitos de Direito internacional.

Assim, segundo a Convenção de Viena de Direito dos Tratados, de 1969:

- É nulo todo o tratado que, no momento da sua conclusão, seja incompatível com uma norma imperativa de Direito internacional geral (art. 53.º, 1.ª parte);
- Se sobreviver uma norma imperativa de Direito internacional geral, todo o tratado existente que for incompatível com esta norma tornar-se-á nulo (art. 64.º).

Por se turno, a Carta das Nações Unidas prescreve:

- que todos os Estados, sejam ou não membros da Organização, devem agir de acordo com os seus princípios em tudo quanto for necessário à manutenção da paz e da segurança internacionais (art. 2.º, n.º 6);
- que em caso de conflito entre as obrigações resultantes da Carta e as obrigações resultantes de qualquer outra convenção internacional prevalecem as primeiras (art. 103.º);
- que, quando as emendas sejam aprovadas por dois terços dos Estados, incluindo os membros permanentes do Conselho de Segurança, se impõem mesmo os Estados que contra eles tenham votado (arts. 108.º e 109.º).

O que se diz da Carta pode estender-se a qualquer outro tratado constitutivo de organização internacional enquanto fundamento de competência dos seus órgãos e que se impõe não só aos actos que estes pratiquem mas também aos

tratados celebrados pelos Estados membros e mesmo a quaisquer outros de Direito interno.

E a Convenção de Montego Bay, de Direito do Mar, de 1982, dispõe, a propósito da Autoridade para os Fundos Marinhos, que qualquer revisão dos seus preceitos deve observar alguns princípios como o da consideração do alto mar como património comum da humanidade ou o da sua utilização para fins pacíficos.

Torna-se indiscutível aqui não pequena aproximação à noção de força jurídica específica de certas normas frente a outras e, conseqüentemente, à noção de conformidade ou desconformidade entre normas de graus diversos. Conceitos nascidos no campo do Direito constitucional irradiam para o Direito das Gentes, assim como, reciprocamente, as adstrições provenientes da inserção dos Estados na vida jurídico-internacional se projectam sobre as Constituições, a começar pelas relações entre ordem interna e ordem internacional <sup>(14)</sup>.

Torna-se, pois, plausível falar, em certa medida, em constitucionalização ou paraconstitucionalização do Direito internacional <sup>(15)</sup> <sup>(16)</sup>. Já não numa Constituição internacional ou mundial, similar ou homóloga das Constituições estatais como faz, por exemplo, JOÃO LOUREIRO <sup>(17)</sup>; nem, como refere GOMES CANOTILHO <sup>(18)</sup>, muito menos considerar Constituições civis globais sem política.

X — Fenómeno inverso ao da irradiação de figuras constitucionais para o Direito internacional vem a ser o impacto deste sobre as Constituições.

Esse impacto manifesta-se, antes de mais, no *jus cogens*, na medida em que este adstringe os Estados não só nas respectivas relações e com outros sujeitos, não só nas suas formas de vinculação internacional, mas também a nível interno, nas respectivas Constituições. Como estruturante da comunidade internacional,

---

<sup>(14)</sup> Cfr. o meu *Curso de Direito Internacional Público*, Rio de Janeiro, 2009, págs. 103 e segs. e 123 e segs. E, doutros prismas, SABINO CASSESE, *Oltre lo Stato*, Roma-Bari, 2006, págs. 180 e segs.; ou PETER HÄBERLE, *Der Kooperative Verfassungstaat*, trad. *Estado Constitucional Cooperativo*, Rio de Janeiro, 2007.

<sup>(15)</sup> Cfr., recentemente, JAN KLEBBERS, *The Constitutionalization of International Law*, Oxford, 2010.

<sup>(16)</sup> Que, no entanto, não se reconduz ao transconstitucionalismo segundo MARCELO NEVES (*Transconstitucionalismo*, São Paulo, 2009).

<sup>(17)</sup> *Desafios da Técnica. Trabalhos de Hermes (Constitucionalismo, Constituição mundial e Sociedade de Risco)*, in *Nação e Defesa*, n.º 97, Primavera de 2001, págs. 43 e segs.

<sup>(18)</sup> *O Estado no Direito Constitucional internacional*, in *Revista de História das Ideias*, vol. 26, 2005, págs. 351-352.

os princípios de *jus cogens* não podem, por isso, deixar de se sobrepor à Constituição de qualquer Estado enquanto membro dessa comunidade <sup>(19)</sup>.

Exprimindo uma consciência jurídica universal no presente período histórico, eles constituem um título de legitimidade, senão de validade, de todas as Constituições e traduzem-se, por conseguinte, em limites ao poder constituinte. Têm, por isso, apenas alcance declarativo as há pouco citadas normas da Constituição portuguesa e da Constituição brasileira que os mencionam.

Em segundo lugar, todo o Direito internacional — geral ou comum, convencional e derivado de organizações internacionais e entidades afins — vigora ou tende a vigorar (com técnicas diversas) directamente na ordem interna; e vigora mesmo que as Constituições não o digam. O alargamento das matérias objecto de normas internacionais e a emanação de muitas que só fazem sentido enquanto aplicáveis na ordem interna, o papel crescente das organizações internacionais e a irrupção do indivíduo como sujeito activo ou passivo implicam uma integração sistemática cada vez mais estreita entre Direito estatal e Direito das Gentes.

E tais normas de Direito internacional primam sobre as leis ordinárias por duas razões evidentes: 1.º) pelo princípio geral de Direito segundo o qual está vedado a alguém que se vincule perante outrem desvincular-se depois por acto unilateral; 2.º) pelo interesse fundamental, de segurança e certeza, de harmonização de ordens jurídicas.

Em terceiro lugar, essas normas são acompanhadas e aplicadas por tribunais internacionais independentes. E a jurisprudência que delas dimana não raro, repercute-se na jurisprudência dos tribunais estatais: é o que se verifica, em especial, com a do Tribunal Europeu dos Direitos do Homem até nos Estados Unidos.

Em quarto lugar, há tratados que provocam a abertura de procedimentos de revisão constitucional. Como, em geral, os tratados não prevalecem sobre o Direito constitucional, quando se adoptem normas convencionais discrepantes de normas constitucionais, apenas pode haver ratificação dos respectivos instrumentos após revisão constitucional: foi o caso dos tratados da União Europeia e foi o caso do estatuto de Roma institutivo do Tribunal Penal Internacional.

Em quinto lugar, por imperativo de segurança jurídica e de boa fé nas relações internacionais, qualquer Estado, depois de vinculado por tratado, não pode invocar a mudança da Constituição ou uma revisão constitucional para se desonerar das obrigações por ele assumidas. Só o pode fazer nos termos gerais

---

<sup>(19)</sup> Cfr. o art. 193.º, n.º 4, da Constituição suíça (após 1999) prescrevendo que a sua revisão parcial não pode violar as regras imperativas de Direito internacional.

da denúncia (arts. 54.º e segs. da Convenção de Viena sobre Direito dos Tratados, de 1969), salva responsabilidade internacional.

XI — A terminar, quero aludir ao problema de saber se, num nível regional, o da União Europeia (sucessora das Comunidades Europeias), se justifica sustentar a existência (ou a existência já) de uma Constituição, como pensam alguns Autores <sup>(20)</sup>.

Quanto a mim, apesar de se poder falar em Constituição europeia na mesma acepção em que poderia falar-se em Constituição das Nações Unidas, do Mercosul, da Liga Árabe ou da Organização Internacional do Trabalho, tal Constituição europeia não participa da natureza de Constituição no sentido nascido no século XVIII, na Europa e na América. Nem tão pouco se manifestou até hoje um poder constituinte europeu, um poder da União Europeia se organizar, por si e para si, acima e para além dos Estados.

Não existe um povo europeu que seja titular desse poder constituinte; há, sim, um conjunto de povos europeus e é a eles que corresponde o Parlamento Europeu. Nem há cidadãos europeus; há cidadãos de diferentes Estados europeus — aos quais são atribuídos certos direitos económicos e políticos comuns e nisto consiste, justamente, aquilo a que se chama cidadania europeia (sempre dependente ou conseqüente da cidadania própria de cada Estado comunitário).

Longe de serem actos fundadores de uma entidade política *a se*, autovalidantes, todos os tratados de integração europeia, desde os dos anos 50 até ao Acto Único Europeu e aos Tratados de Maastricht, de Amesterdão, de Nice e de Lisboa tiveram de percorrer, a nível interno dos vários países, procedimentos de aprovação e ratificação perfeitamente idênticos àqueles a que estão sujeitos quaisquer outros tratados internacionais. E, por isso, não é muito relevante a intervenção prevista dos órgãos comunitários nas suas modificações.

Por outro lado, a necessidade de prévia alteração de algumas Constituições dos Estados membros (como aconteceu também aquando da ratificação do estatuto do Tribunal Penal Internacional) é sinal de que esses tratados não equivalem a uma Constituição, porque, de outro modo, ela não teria sido necessária. Se equivalessem a uma Constituição, aprovados e entrados em vigor, impor-se-iam por si próprios e as suas normas prevaleceriam sobre as normas constitucionais,

---

<sup>(20)</sup> Entre outros, FRANCISCO LUCAS PIRES, *Introdução ao Direito Constitucional Europeu*, Coimbra, 1997; CARLA AMADO GOMES, *A natureza constitucional do Tratado da União Europeia*, Lisboa, 1997; PETER HÄBERLE, *Per una dottrina della costituzione europea*, in *Quaderni Costituzionali*, 1999, págs. 3 e segs.; *The birth of a European Constitutional Order: the interaction of National and European Constitutional Law*, obra colectiva editada por JÜRGEN SCHWARZE, Baden-Baden, 2001; LUIS ORTEGA, *La Constitución Europea*, Ciudad Real, 2003.

as quais seriam declaradas “inconstitucionais” ou “ilegais” por contradição com normas de grau superior; e nada disso se verificou.

O próprio tratado da União Europeia (na fórmula resultante do Tratado de Lisboa, de 2007), afirmando o respeito da identidade normal dos Estados membros «reflectida nas estruturas políticas e constitucionais de cada um deles» (art. 4.º) e reiterando os princípios da atribuição e da subsidiariedade (art. 5.º) — parece reconhecer implicitamente a superioridade das Constituições nacionais.

XII — Não, até hoje, Constituição em sentido próprio continua sendo Constituição de Estado, o que não impede que não exista — e que não deva existir cada vez mais, repito — uma interconexão real entre Constituições estatais e Direito internacional nas suas múltiplas vertentes de Direito internacional geral ou comum, convencional, constitutivo de organizações internacionais e entidades afins delas derivado.