

Revista do Direito de Língua Portuguesa

Ano IV · Número 8

Julho · Dezembro de 2016



Revista do Direito de Língua Portuguesa

Ano IV · Número 8

Julho · Dezembro de 2016

DIRETOR

JORGE BACELAR GOUVEIA

DIRETORES-ADJUNTOS

JOSÉ JOÃO ABRANTES

CRISTINA NOGUEIRA DA SILVA

FRANCISCO PEREIRA COUTINHO

SECRETÁRIA

INÊS BRAGA



IDiLP
INSTITUTO DO DIREITO DE LÍNGUA PORTUGUESA



Índice Geral

I – DOUTRINA

Albano Macie	
O Segredo de Estado em Moçambique	7
João Francisco Diogo / Jorge Bacelar Gouveia	
A incorporação e aplicação do Direito Internacional Público na ordem jurídica portuguesa: uma perspetiva panorâmica	45
Jorge Bacelar Gouveia	
A Constituição Global	79
Rodrigues Lapucheque	
A Segurança Externa dos Estados – o caso de Moçambique	97
Rui Baltazar	
Revisão Constitucional, Democracia e Estabilidade Política	147
Samory Badona Monteiro	
A Atualidade do Direito Tradicional no Sistema Jurídico da Guiné-Bissau: Perspectivas Sinérgicas à Luz da Reparação Penal	159
Wladimir Brito	
Nacionalismo e a Formação dos Estados Africanos	197

II – PARECERES

Jorge Bacelar Gouveia	
A Equiparação dos Titulares de Cargos Políticos à Categoria de “Funcionário” para efeito de Aplicação do Código Penal de Timor-Leste: Uma Análise Jurídico-Constitucional Crítica	219

III – ATIVIDADE DO INSTITUTO DO DIREITO DE LÍNGUA PORTUGUESA

IV CLBD – Congresso Luso-Brasileiro de Direito	267
II Congresso Luso-Cabo-Verdiano de Direito	271

A Constituição Global¹

The Global Constitution

JORGE BACELAR GOUVEIA²

Resumo: A Constituição Global, expressão referente ao Constitucionalismo Global, é um tema aliciante para cujo estudo importa resumir o Constitucionalismo como hoje o conhecemos, como movimento de ideias, princípios e valores, perdurando a sua afirmação ao longo do tempo, confirmando a importância que trouxe à Ética, à Política e ao Direito. Em duzentos anos de Constitucionalismo, não obstante as várias matizes que o Constitucionalismo tomou ao longo deste período, releva apontar um conjunto de traços fundamentais comuns, dos quais se destacam a proteção dos direitos fundamentais, a separação dos poderes e o governo representativo. Este é o ponto de partida para se saber em que tópicos, afinal, se vai construir esse tal Constitucionalismo Global ou essa Constituição Global.

É também necessário mencionar a influência de realidades hodiernas, como o mundo global que atualmente temos e a constatação de que a Globalização veio para permanecer e é irreversível. O Mundo em que habitamos hoje é também caracterizado pela sua insegurança e, no caso de Portugal, pela crise, características estas que terão influência e são dificuldades que vemos quando se pretende dar

¹ Transcrição adaptada da conferência proferida por Jorge Bacelar Gouveia, sobre “Constituição Global”, em Braga, em 27 de abril de 2015, no âmbito de uma conferência organizada pela Elsa Minho, na Escola de Direito da Universidade do Minho. Entregue: 6.6.2016; aprovado: 9.9.2016.

A conferência pode ser vista em <https://www.youtube.com/watch?v=Cm-ZMecTsPc>

² Professor Catedrático da Universidade Nova de Lisboa e da Universidade Autónoma de Lisboa. Árbitro, advogado e jurisconsulto. Presidente do Instituto do Direito de Língua Portuguesa e Diretor da *Revista do Direito de Língua Portuguesa*. Investigador do CEDIS – Centro de Investigação & Desenvolvimento sobre Direito e Sociedade da Faculdade de Direito da Universidade Nova de Lisboa. E-mail: jorgebacelargouveia@live.com

sentido prático a uma Constituição. Importa também saber quais são os desafios que este Estado pós-Contemporâneo ou Estado pós-Social nos levanta.

Quanto à Constituição Global e os seus vários desafios, muitos deles colocam-se na organização do Estado, mas há um aspeto muito importante que convém destacar, que é a relação do Direito Constitucional ou da Constituição com o novo Direito Internacional, sobretudo a questão da Constituição Global, que é um problema de Direito Internacional, não um problema de Direito Constitucional.

Os Direitos Humanos são também um ponto importante a referir, devendo fazer parte do estatuto do Cidadão Universal. Voltando ao Direito Internacional, este só pode existir se for um Direito com primado sobre os Direitos Nacionais e também sobre o Direito Constitucional, o que significa a superioridade automática e imposta pelo próprio Direito Internacional em relação aos Direitos Nacionais.

Palavras chave: *Constituição Global, Constitucionalismo Global, Direitos Humanos, Globalização, Idade Moderna, Direito Internacional, Estado Social, Carta das Nações Unidas, Direito da União Europeia.*

Abstract: The Global Constitution, expression that refers to Global Constitutionalism, is an enticing subject for which's study it is of importance to summarize Constitutionalism as it is known today, as a movement of ideas, principles and values, having its relevance endured through time, confirming the importance it brought to Ethics, to Politics and to Law. In two hundred years of Constitutionalism, notwithstanding the various nuances Constitutionalism took throughout this period, it is pertinente to point out a set of common basic aspects, of which stand out the protection of the fundamental rights, the separation of the powers and the representative government. This is the starting point to know in which topics, at last, there is going to be built this Global Constitutionalism or this Global Constitution.

It is also necessary to mention the influence of today's realities, such as the globalized world that we have at present and the realization that Globalization came to stay and is irreversible. The World we inhabit today is characterized also by its insecurity and, pertaining to Portugal, by a crisis, and these characteristics will have great influence and are difficulties we perceive when trying to give a practical sense to a Constitution. It is also relevant to know what challenges are posed by this post-Contemporary State or post-Welfare State.

As for the Global Constitution and its several challenges, a great deal of them pertain to the organization of the State, but there is a very important aspect that one ought to underline, which is the relationship between Constitutional Law or the Constitution with the new International Law, especially when it comes to the matter of the Global Constitution, which is a problem that belongs to International Law, not to Constitutional Law.

Human Rights are also important to denote, for they ought to be part of the statute of the Universal Citizen. Moreover, one should underline that International Law may only exist if having primacy over National Law and also over Constitutional Law, which entails an automatic superiority imposed by International Law itself on National Law.

Key words: *Global Constitution, Global Constitutionalism, Human Rights, Globalization, Modern Age, International Law, Welfare State, United Nations Charter, European Union Law.*

1. O tema que hoje me é proposto é um tema realmente aliciante – a “Constituição Global”. Antes de falar propriamente sobre o que isso implica, interessa fazer um resumo do pressuposto de termos no futuro uma Constituição Global. Não propriamente em sentido denotativo de haver um só país com uma só Constituição; a expressão não querará dizer isso. A expressão pretenderá referir-se ao denominado “Constitucionalismo Global”.

Talvez seja relevante resumir o que é que significa hoje o Constitucionalismo como movimento de ideias, de princípios e valores que têm vindo a afirmar-se e que o tempo não tem vindo a desgastar; antes pelo contrário, o tempo tem vindo a aperfeiçoar e tem vindo a confirmar a importância que o Constitucionalismo trouxe à Ética, ao Direito e à Política.

Constitucionalismo esse que nós reconhecemos a partir das revoluções liberais – da Revolução Americana, da Revolução Francesa e, *avant la lettre*, da “Revolução Britânica” – e tudo o que ficou implícito na construção de um Estado de Direito e a partir de uma Constituição Contemporânea, Constituição formal e material resultante, precisamente, desses movimentos, com toda a filosofia iluminista que também subjazia a essas discussões.

2. Podemos dizer, em síntese, que nestes duzentos anos – embora duzentos anos em que o Constitucionalismo tomou diferentes matizes, digamos que sempre com a mesma cor, mas com tons diferentes, desde logo na contraposição entre o Constitucionalismo liberal e o Constitucionalismo social – há um conjunto de traços fundamentais comuns.

A proteção dos direitos fundamentais desde logo, embora já tivesse mergulhado, nas suas raízes, em momentos anteriores a este Constitucionalismo Contemporâneo: não só na relevância da sua declaração como também na centralidade da separação da sociedade do Estado e da afirmação dos cidadãos em relação ao próprio Estado.

Por outro lado, uma ideia que até hoje se mantém válida, a despeito das suas metamorfoses, da separação dos poderes – ou a divisão dos poderes, ou o equilíbrio dos poderes ou, porventura, de uma forma ainda mais simplificada, a distinção entre o poder de decidir e o poder de controlar, na senda do célebre autor alemão Karl Loewenstein, sendo de recordar que, hoje, a separação de poderes corresponde, essencialmente, a um dualismo entre decisão e controlo.

Ou como não referir o governo representativo, ou a ideia da Democracia, embora com um sério aprofundamento ao longo destes duzentos anos com o acrescento de novas dimensões. Essa democracia começou por ser, essencialmente, uma democracia representativa, mas agora é muito mais do que isso – é uma democracia também referendária e uma democracia sobretudo participativa.

Um outro aspeto notório que se tem vindo a confirmar-se com o tempo, com vantagens e também trazendo algumas incompreensões, é a ideia da laicidade do Estado, a qual implica não só o reconhecimento do pluralismo religioso, mas principalmente o reconhecimento da liberdade religiosa e da liberdade de proteção dos diversos sentimentos religiosos.

Isto, em síntese, foi o que nos trouxe o Constitucionalismo e que este Constitucionalismo de duzentos tem vindo a confirmar, ao mesmo tempo que corrige e completa alguns dos seus aspetos, sobretudo no campo do Estado Social – a intervenção do Estado na economia, o reconhecimento de direitos sociais e um novo arranjo na distribuição dos poderes, certamente diferente daquela que foi realizada no século XIX e que antes fora idealizado por Charles Louis Secondat, barão de Montesquieu, “pai” dessa teoria.

Eis o meu ponto de partida e, se eu o referi, julgo que tem interesse saber em que tópicos, afinal, se vai construir esse tal Constitucionalismo Global ou essa Constituição Global.

3. Antes de lá chegar, é importante como segunda nota olharmos para o mundo de hoje. De facto, o Mundo de hoje não é o mundo de há trinta ou cinquenta anos. Não o é com certeza do ponto de vista das pessoas, porque uns já não estão cá e outros estão e os que estão cá não estavam há cinquenta anos, como é o meu caso, por exemplo.

Mas não é só por isso. É-o também por um conjunto de novas características da realidade hodierna, sobretudo na ótica da ação política, que têm de ser assinaladas. Nós atualmente temos, sem margem para dúvidas, um mundo global (coisa que não tínhamos há trinta anos e isso já parece evidente). A certa altura, as pessoas tinham hesitações sobre se o fenómeno da Globalização seria algo que tinha vindo para ficar. Não há dúvidas agora: realmente, a Globalização veio para permanecer e isso é irreversível, embora tenha havido reações contra a Globalização e uma espécie de neoproteccionismo em determinados aspetos. Porém, na sua essência, acabou por ficar intrinsecamente impregnado nas instituições que se vão alterando por via disso.

Como também parece evidente o problema de o Mundo se ter tornado verdadeiramente incerto e de a Ciência deixar de responder às nossas inquietações, deixar de ter todas as respostas necessárias. Partindo do mundo cientificista do século XIX, em que acreditava piamente Augusto Comte, hoje essa explicação racional através da Ciência perdeu-se. Doravante, não existem explicações globais, vivemos num mundo absolutamente imprevisível, a tal “*sociedade de risco*” de que falava Ulrich Beck (infelizmente já falecido), embora ele tenha estudado sobretudo os riscos não humanos, como os acidentes nucleares, tendo escrito esse livro no contexto muito particular do acidente nuclear de Chernobyl, em 1986. Mas claro que Ulrich Beck tem a seu crédito a chamada de atenção para uma característica recente das nossas sociedades: serem sociedades de risco e de grande imprevisibilidade, em cuja agenda política somos obrigados a incorporar um conjunto de políticas públicas que devem, precisamente, responder e minorar esses riscos coletivos e impossíveis de prever e evitar na sua totalidade.

Bem, eu acrescentaria mais duas características do Mundo que nós habitamos hoje. O problema da insegurança, que está em parte associado ao problema da imprevisibilidade. É óbvio que os acontecimen-

tos do 11 de Setembro de 2001 mudaram radicalmente o nosso modo de ver muitas coisas na sociedade. Muitos na altura não acreditavam que o “11 de Setembro” tinha mudado, definitivamente, os Estados e a Política Internacional, mas, de facto mudou. E, infelizmente, numa altura em que nós achávamos que o “11 de setembro” estava lentamente a ser esquecido, eis que aparecem novas preocupações com a segurança coletiva, atendendo, de novo, aos refluxos da radicalização islâmica de que a Europa está a ser alvo. O problema da segurança e o seu reforço surgem, outra vez, como um assunto a contemplar na agenda política e nas políticas públicas.

No caso português, há ainda algo mais a acrescentar: hoje vivemos num estado de crise e já percebemos, até por estar próximo o tempo eleitoral, que essa crise não nos largará tão cedo. Por isso, temos que começar a conviver, pelos vistos, em permanência num estado de crise económico-financeira ou num estado de crescimento rastejante e com pouca expressividade, colocando de lado tudo aquilo que aprendemos em Economia Política, segundo a qual, depois de um *slump*, viria um *boom*, com grandes ciclos de expansão económica de 5%, 6% ou 7% do PIB. Isso efetivamente pertence à História e, com efeito, temos de nos habituar a conviver com uma crise que, não obstante não ter no seu conceito essa característica da permanência, se vai tornando permanente, senão mesmo definitiva.

4. Estas características terão influência e são dificuldades que vemos quando se pretende dar sentido prático a uma Constituição, seja ela qual for, falando aqui sobretudo na perspectiva de uma Constituição teórica ou Constituição no seu sentido mais profundo como limitação do poder e como essa limitação se deve organizar nos seus vários tópicos, quer na ótica dos direitos dos cidadãos, quer na ótica do exercício do poder público.

Por conseguinte, esta é a realidade que temos, realidade esta que muitos consideram ser um Estado pós-social ou um Estado pós-Moderno ou – como consta no título – da Pós-Modernidade, embora prefira um outro termo, a meu ver, mais apropriado de “Pós-Contemporaneidade”: na verdade, a Modernidade corresponde à Idade Moderna, que se encetou com os Descobrimentos e com o Renasci-

mento, em parte idêntica à Contemporaneidade que vem da Revolução Francesa e do Liberalismo, mas noutra boa parte não o sendo.

É certo que a perspetiva da racionalização do poder tem a sua origem na Idade Moderna, e tem muito que ver com a absolutização do poder. Contudo, há coisas que a Contemporaneidade nos trouxe e que são radicalmente opostas à Modernidade, modernidade no sentido do pensamento político e jurídico dos séculos da Idade Moderna, XVI a XVIII. Basta olhar à própria construção do Estado Constitucional, a qual nada tem que ver com o Estado Moderno. Este trouxe-nos alguns traços que depois se confirmaram no Estado Contemporâneo, como a ideia da representação, os estamentos como proto-parlamentos, mas também trouxe coisas completamente diferentes, como a oposição das repúblicas às monarquias.

Na Idade Moderna, não havia repúblicas, somente monarquias. A Idade Moderna deu-nos a absolutização do poder. O que foi a Contemporaneidade senão precisamente o contrário dessa absolutização do poder? Foi, inversamente, a limitação do poder. Como poderemos afirmar a Contemporaneidade como uma fase da Modernidade? A meu ver, é esta uma característica fundamental.

Hoje, se pensarmos na separação entre o fenómeno político e o fenómeno religioso, sabemos bem que a Idade Moderna nos trouxe diversas formas de nacionalização do fenómeno religioso, em que os Estados eram confessionais e se reivindicavam de um poder de controlo do poder religioso, fase conhecida como “jurisdicionalismo religioso”. A Idade Contemporânea não nos traz isto: traz-nos antes uma progressiva separação – com conflitos, é verdade –, mas uma progressiva separação, e ao mesmo tempo cooperação, entre os fenómenos político e religioso.

5. Agora, a questão coloca-se nos seguintes termos: quais são os desafios que este Estado de risco, este Estado pós-Contemporâneo ou Estado pós-Social nos levanta, antes de se falar especificamente na Constituição Global?

Um primeiro tema – que é um tema que daria um outro colóquio – é o da abertura a outras normatividades. A Constituição em si e o fenómeno do Estado, tal como ele foi construído no Liberalismo, foram

concebidos com base na ideia da lei do Estado, do estadocentrismo e do legiscentrismo e, portanto, aí sim o Estado Moderno e, depois o Estado Contemporâneo, sempre estiverem juntos no “horror” pelo fenómeno do pluralismo jurídico. Devo chamar a atenção para a noção de que o pluralismo jurídico não se trata unicamente de um pluralismo de fontes de Direito: é também um pluralismo de instituições, ou um pluralismo de formas de representação política ou um pluralismo de resolução alternativa de litígios. Por vezes, erroneamente, tendemos a reduzir o pluralismo jurídico a um pluralismo das fontes criadoras de Direito, quando, na verdade, se trata muito mais do que isso.

Em relação às fontes de Direito, há um manifesto problema e uma necessidade de as Constituições se adaptarem a essa abertura normativa que se “mete pelos olhos adentro” por força da própria realidade. Essa abertura vem não só de um Direito Internacional, que tem uma força e uma dinâmica que não tinha há cem anos e que traz todo um conjunto de novas fontes e novas hierarquias de valores e de princípios, como também a nível interno devemos reconhecer diversas realidades normativas que em muito transcendem a conceção do positivismo legalista. Isto atualmente tem sido cada vez mais aceite, seja porque o Estado descentraliza o poder legislativo em instituições infraestaduais – como, por exemplo, o regionalismo político-legislativo – seja porque se assiste, cada vez mais, ao fenómeno da importância da autonomia normativa das ordens profissionais.

Em Portugal, observa-se um processo de recriação ou reformulação de dezassete ordens profissionais através da alteração dos seus estatutos. Vemos, assim, uma acrimónia, uma disputa no espaço público entre a de autonomia normativa que as ordens profissionais merecem e as opções que o poder legislativo quer impor, dado que aqueles estatutos são alterados por lei, o que não deixa de ser discutível no contexto de instituições que integram a Administração Pública Autónoma.

Eis um outro espaço de pluralismo jurídico, neste caso um pluralismo semipúblico, mas podemos pensar noutras zonas onde surge essa abertura a outras normatividades, inclusivamente no plano até religioso, porque num Estado pluralista do ponto de vista religioso a lei tem de dar guarida a diversas manifestações religiosas. O Estado Português já tem neste momento duas convenções internacionais com

duas organizações religiosas: desde 2004, uma nova Concordata com a Santa Sé e desde 2010 uma outra convenção internacional com a comunidade ismaelita de Portugal, o Imamat Ismaili. Isto prova, até por força da Lei da Liberdade Religiosa, a possibilidade de um Estado incorporar normatividades oriundas de fenómenos religiosos que não são, evidentemente, controlados pelo Estado e que correspondem a uma participação de pessoas de acordo com as suas confissões religiosas.

Há aqui vários espaços de outras normatividades que vão muito para além de uma normatividade estadual e legislativa. Isto tudo sem falar numa normatividade superior que hoje tem sido muito referida e que tem a ver com novos entendimentos em relação ao que deve ser o Direito Natural ou, pelo menos, um qualquer Direito Suprapositivo.

6. Um outro aspeto que gostaria de referir é – por força da crise que vivemos, não só nós, mas no caso português isso tem sido mais sentido – a reorganização do Estado Social. Este não está para acabar (julgo eu!), mas está a ser objeto de uma profunda remodelação. Sobretudo porque neste momento existem condições muito diferentes daquelas que existiam há trinta ou quarenta anos.

Mas o balanço negativo do Estado Social também está feito: o Estado social é um Estado que se burocratizou e em que, a certa altura, metade do dinheiro era gasto nas estruturas administrativas para que o dinheiro chegasse ao destino. Portanto, quando de cem, cinquenta fica pelo caminho e não chega aos pobres, aos doentes e aos desempregados, é evidente que algo está muito mal. É justo que metade do dinheiro fique pelo caminho para alimentar uma estrutura administrativa com desperdícios e uma estrutura administrativa que devora o dinheiro destinado, em geral, aos desvalidos? Algo estará errado nesse Estado Social.

O Estado Social tende a reformar-se para ser mais eficiente e sobretudo para encarar a produção de bens sociais que possa ser feita pela iniciativa privada, na qual o preço é bem mais baixo, graças aos mais modernos e audazes mecanismos de gestão. Logo, assistimos a uma redução do setor público e a uma crescente convivência – mais do que pacífica, necessária – entre o setor público e o setor privado e através

da qual este último vai chegando a certas áreas que, até alguns anos ou décadas – pelo menos para a Constituição nossa que foi aprovada em 1976 –, eram domínios em que se acreditava que não poderia haver iniciativa privada. Na verdade, ela hoje existe pujante e com toda razão de ser, por exemplo, no âmbito da Saúde e da Educação. Agora, metade dos serviços de saúde são prestados por entidades privadas e não por entidades públicas. Tal situação era algo que não existia há quarenta anos. Está aqui em curso um processo de reorganização e de cooperação entre o setor público, o setor privado e o setor social que tende a impor-se.

7. Um último aspeto destes desafios gerais diz respeito à necessidade de “redemocratizar” a Democracia. Embora tal expressão pareça um pouco tautológica, a Democracia precisa de ser “redemocratizada”, havendo inúmeras vias para o fazer, o voto eletrónico, a multiplicação dos referendos ou a mudança necessária na organização dos partidos, de entre outros possíveis exemplos.

Todos sentimos esta crescente necessidade. Claro que poderemos chegar sempre à conclusão de que o problema da Democracia não está nela própria, mas nos seus protagonistas, que são os políticos. Acredito que boa parte do problema aí resida. Mas os políticos poderão mudar se houver mecanismos e instituições que os obriguem a avaliar a sua maneira de fazer política.

Este é um desafio realmente muito sério e não me parece que a solução se encontre em mudar de Constituição. Ao mudar de Constituição, como que por um ato de magia, passamos a ter políticos bons? Imaginemos que mudaríamos de Constituição. Açam que mudariam os políticos?

Claro que não! A classe política que está, imediatamente, saltaria para o novo “barco constitucional”. Não tenho qualquer dúvida porque os políticos não aparecem do nada e a sucessão de um texto constitucional nunca poderá ser feita alheando-se da classe política que, em cada momento, está a dirigir o país.

Em suma: essa ideia de mudar de Constituição, fazendo “*restart*” e achando que por milagre haverá uma nova geração de políticos, é uma utopia, é uma insensatez, é uma ingenuidade, que jamais acontecerá.

8. Bom, mas agora chegamos ao Constitucionalismo Global, ou à chamada Constituição Global.

Destes vários desafios, muitos deles colocam-se na organização do Estado, mas há um aspeto muito importante que tem que ver com a relação do Direito Constitucional ou da Constituição com o novo Direito Internacional, sobretudo a questão da Constituição Global, que é um problema de Direito Internacional, não um problema de Direito Constitucional.

E o que é que essa palavra quer dizer? Significa que, com os avanços que têm sido feitos no Direito Internacional, se impõe e se torna necessário que os princípios, os valores, os mecanismos e as instituições das Constituições estaduais sejam exportadas e transferidas para dar um novo sentido ao Direito Internacional.

Podemos mesmo referir que o Direito Internacional precisa de um processo de “constitucionalização”: precisa de ser renovado, precisa de ser melhorado, aprimorado em muitos aspetos, para o mesmo se devendo transferir um conjunto de instituições que no Constitucionalismo já foram descobertos há duzentos anos ou há cem anos e provaram ser efetivos e justos.

Claro que quando se fala em Constitucionalismo Global – e Constituição Global no sentido de Constitucionalismo Global – aparecem às vezes expressões que não são exatamente idênticas. Há quem fale em “transconstitucionalismo”, há quem fale em “interconstitucionalismo”, há quem fale em Direito Constitucional Comparado (que é outra coisa diferente) e há quem fale em “Constitucionalismo cosmopolita”, no sentido de ser diferente do Constitucionalismo Global (e até pode ser, mas por ora não entraria em guerras de nomes).

Porém, o Constitucionalismo Global – ou a Constituição Global – é um pouco diferente da chamada Constituição Cosmopolita, pois que significa a transferência destes mecanismos e destes valores para a ordem internacional, julgando que esses mecanismos e esses valores possam ser importantes. Porque o Constitucionalismo Cosmopolita já tem um sentido diverso, já não é um produto da Globalização, mas é um produto de uma certa “contra-globalização”, na qual há a filtragem de um conjunto de valores que acabam por ser comuns aos povos, mas que se opõem aos próprios Estados e, portanto, a ideia

do Constitucionalismo Cosmopolita é um pouco diferente da ideia de Constitucionalismo Global. Mas, se assim é, se é necessário fazer esse processo, aliás é um assunto que se fala há bastante tempo, a questão que se coloca agora é saber quais são os pontos, quais são as áreas em que ocorre, em que se fortifica esse Constitucionalismo Global, essa transferência dos valores constitucionais para a ordem jurídica internacional.

9. Um ponto importante que tem sido muito referido é o dos Direitos Humanos. É verdade que os Direitos Humanos são uma construção recente de Direito Internacional. É verdade que já havia Direitos Humanos antes de se falar no Constitucionalismo Global ou antes de se falar na constitucionalização do Direito Internacional, só que não deixa de ser curioso que a Carta das Nações Unidas – muitos considerando ser ela uma “Constituição Mundial” – não tenha qualquer declaração de Direitos Humanos. Realmente, há lá uma alusão nos artigos iniciais, mas essa Carta não fala em Direito Humanos.

Portanto, isto significa o quê? Significa que os Direitos Humanos, não sendo declarados na Carta, não deixam de ser relevantes em vários sistemas, um deles o das Nações Unidas, mas também noutros sistemas regionais e têm vindo a afirmar-se, aliás, e em grande velocidade. Até havendo aqui um processo inverso em que os Direitos Humanos vão mais à frente no Direito Internacional do que os Direitos Fundamentais no Direito Constitucional, pela razão óbvia que tem que ver com a rigidez das Constituições escritas.

A este respeito, entendendo mais profundamente os Direitos Humanos, cumpre considerá-los como não apenas de Direitos das Pessoas, mas como Direitos Humanos de Cidadãos Universais. De uma República Universal de Cidadãos em que ainda falta uma dimensão política evidente porque, como sabem, durante muitos anos os Direitos Humanos puderam sobreviver – o que é espantoso – à coexistência das democracias liberais e das democracias populares em que o Mundo se dividia na “guerra fria”.

Não deixa de ser impressionante como em muitos países comunistas – felizmente já não existem, ou pelo menos não existem com esse nome – os Direitos Humanos conseguiram sobreviver a essa dicotomia.

Porquê? Por uma razão muito simples: porque esses Direitos Humanos não eram reconhecidos como Direitos Cíveis e Políticos, mas como Direitos Económicos, Sociais e Culturais, estes não bulindo com o sistema político que era apanágio do bloco comunista. Apesar de tudo, foi bom ver como, não obstante a divisão entre dois grandes blocos na Guerra Fria, os Direitos Humanos conseguiram impor-se ao longo das décadas.

Mas, hoje, uma vez que esses sistemas estão em perda manifesta, urge que se reforce o estatuto do Cidadão Universal com base numa dimensão política e com base noutros instrumentos que neste momento ainda falecem, como, por exemplo, um Tribunal das Nações Unidas para defender Direitos Humanos, que como sabem não há, e outro tipo de instrumentos que permitissem agilizar uma intervenção política dos cidadãos no âmbito internacional.

10. Há outro aspeto que é um sinal dessa constitucionalização do Direito Internacional e que se refere à separação dos poderes. Hoje já se fala no âmbito das instituições internacionais – no âmbito das organizações internacionais, e no Direito da União Europeia através de um princípio conexo que é o princípio do equilíbrio dos poderes – da necessidade de haver separação de poderes nas organizações internacionais, tendo isso como saudável consequência haver a fiscalização judicial das decisões políticas e legislativas das organizações internacionais. E, portanto, que não haja no plano de Direito Internacional organizações que tomem decisões sem controlo de natureza judicial, até porque pode acontecer – e já tem acontecido no caso das Nações Unidas quando toma decisões ao abrigo do Capítulo VII da Carta, em processos de combate ao terrorismo – que o Conselho de Segurança tome decisões que são autênticas sentenças punitivas de indivíduos, o que, evidentemente, levanta aqui uma dificuldade, que é a de saber se não estaremos perante uma intolerável mistura de poderes: um de natureza político-executiva e o outro de natureza judicial. Quando o Conselho de Segurança toma decisões punitivas sobre terroristas ou aplicando sanções, o Conselho de Segurança não está a ser um órgão político, está a ser um órgão judicial. Isso levanta questões muito sérias do ponto de vista da necessidade de saber qual o lugar da construção,

por mínima que seja, da separação de poderes no âmbito das instituições internacionais.

11. Para além destas três notas em relação a esta ideia, poderia ainda referir o problema da elaboração dos tratados internacionais.

Os tratados internacionais tendem a ser Constituições do ponto de vista formal, devido à sua hierarquia, e tendem também a ser Constituições rígidas, devido ao facto de muitos tratados hoje – mormente os tratados criadores de instituições – terem limites materiais à sua própria revisão.

Portanto, há um conjunto de conceitos e de características das Constituições formais e rígidas que são objeto de transferência para a órbita do Direito Internacional.

12. Para terminar, deixo só mais alguns apontamentos em relação ao facto de estarmos perante a Constituição de '76 e como ela responde a estes desafios. Saber se a Constituição de '76 está ou não adequada a este movimento de Constitucionalismo Global, saber se isso existe ou não. Esta, até certo ponto, é a minha ideia.

Há dificuldades que o tempo tem vindo a adensar e que não estão resolvidos na nossa Constituição. Aí sim, podemos rever a Constituição, não para substituir a classe política, mas para aperfeiçoar certos mecanismos; aliás, essa revisão já tem acontecido por diversas vezes.

Quais serão então os tópicos em que se pode detetar alguns estrangulamentos ou contradições em relação a este processo de adequação que os países devem fazer em relação a um Constitucionalismo Global e a um processo de constitucionalização do Direito Internacional?

Há várias áreas.

13. Desde logo, aquela que mais me impressiona é a do processo decisório ao nível interno português, no que respeita à conclusão de Convenções Internacionais, em que verificamos uma contradição abstrusa: enquanto para fazer uma lei, por exemplo, o Presidente da República tem um veto que é suspensivo e um veto que pode ser superado pelo Parlamento, para se fazer um tratado internacional, o

Presidente da República tem um veto absoluto, que aliás nem se chama veto porque pode não ratificar, não sendo obrigado sequer a informar se ratifica ou não.

O que quero dizer é que o Presidente da República tem muito mais poder para não concluir um ato normativo internacional – para mais superior à lei – do que para concluir um ato legislativo, que é inferior e que pode ser superado por maioria de 2/3. Regista-se aqui uma assimetria evidente entre o poder presidencial no que respeita aos tratados e, já agora, aos acordos e o poder presidencial em relação às leis, que é uma coisa que deve ser referida.

Há uma assimetria noutra coisa óbvia: qual a maioria a que obedece a aprovação de uma convenção quando passa pelo Parlamento? Maioria relativa, que é a maioria geral deliberativa. Nas leis, é sempre a maioria relativa? Não: há leis em que é a maioria de 2/3, ou em que é a maioria absoluta.

Significa isto que as mesmas matérias, se passam por um tratado é maioria relativa, mas se passam por uma lei interna é maioria qualificada. Isto não faz qualquer sentido. Só que é isto o que temos no nosso texto constitucional.

14. Outro tópico diz respeito ao elenco das fontes do Direito Internacional, o célebre artigo 8º da Constituição, que é um artigo importante. Ele tem sido muito estudado, mas continuo a sentir-me insatisfeito com esse artigo 8º, mesmo depois das “mil e uma exigências” que já foram feitas quanto a esse artigo.

É notório que tal artigo não atende a várias realidades hoje novas: não fala em princípios gerais de Direito Internacional, não se refere de uma forma satisfatória à diversidade de fontes secundárias de organizações internacionais, não é claro na alusão que contém no seu nº 3.

15. Coisa que tem sido objeto de desvalorização jurídica e doutrinária é a da força do artigo 7º da Constituição, cuja normatividade tem sido posta em causa. O artigo 7º é um artigo muito importante por incluir um conjunto de princípios retores da política externa portuguesa.

Só que este artigo tem sido sempre interpretado no sentido de ser apenas uma mera sugestão ao legislador ou ao decisor, não contendo em si princípios que correspondam ao que de mais importante podemos ter na vida internacional. Basta olhar aos princípios que lá estão, como o princípio da independência, ou o princípio dos Direitos Humanos, ou o princípio da resolução pacífica dos conflitos. Tudo mecanismos universais da maior importância que até estão acima, a meu ver, do próprio poder constituinte dos Estados e, assim, funcionando como um limite heterónomo ao próprio poder constituinte.

Contudo, o artigo 7º aqui não tem sido levado a sério, e tem sido entendido como uma mera recomendação, mas penso que seria importante desse artigo extrair uma maior normatividade. Certamente que o artigo, sendo levado mais a sério, tem algumas contradições que importa resolver, sobretudo a contradição entre a maior força que se possa dar ao Direito Internacional e ao princípio da independência nacional, que são dois princípios que entram em choque porque quanto mais importante for o Direito Internacional, menor será a nossa soberania externa...

16. Um último assunto tem que ver com a fiscalização da constitucionalidade do Direito Internacional, de um modo geral. Aliás, a Constituição não faz distinção, onde se faz distinção é na fiscalização da constitucionalidade que seja preventiva em relação às Convenções Internacionais, aquelas que têm um processo próprio de deliberação interna.

Porém, isso hoje afigura-se muito complicado. Não é só o Direito da União Europeia que tem um princípio de primado, mas o próprio Direito Internacional, embora não sendo assim formulado, igualmente o tem. O Direito Internacional só pode existir se for um Direito com primado sobre os Direitos Nacionais e também sobre o Direito Constitucional. Isso é dito explicitamente na Convenção de Viena sobre o Direito dos Tratados entre Estados, de 1969, em que se diz que os tratados prevalecem sobre aquilo que lá se disser dentro da ordem estadual, ainda que se admitam exceções com o tema das ratificações imperfeitas. Como quer que seja, isso significa a superioridade automática e imposta pelo próprio Direito Internacional em relação aos Direitos Nacionais.

Mas não é só aí: nos Direitos Humanos é mais fácil de perceber, como noutras áreas emergentes, como a área universal da segurança. Daí que uma formulação genérica da possibilidade, mesmo seja teórica, da fiscalização de qualquer norma de Direito Internacional em relação à sua constitucionalidade, que pressupõe a superioridade total da Constituição em relação a essas normas, esbarra com a realidade, que é a de o Direito Internacional em parte ser superior à própria Constituição. Temos aqui outro problema para resolver, que nunca se suscitou de uma forma dramática, nem mesmo no âmbito do Direito Internacional nem do Direito da União Europeia.

Mas um dia isso há-de acontecer. Claro que, com a revisão de 2001, se acrescentou o n.º 4 do artigo 8.º, numa solução de compromisso, dizendo-se que se o Direito da União Europeia pode prevalecer sobre o Direito Interno, mesmo sobre a Constituição, mas não podendo tal suceder naquilo que se considera o núcleo duro da Constituição, o conjunto de “princípios fundamentais do Estado de Direito Democrático”. Essa fórmula é, do ponto de vista literário, muito bonita, muito simpática, mas tem também os seus próprios problemas porque, precisamente, um desses princípios é o da soberania do Estado, que faz parte do Estado de Direito Democrático. Se for interpretado na sua plenitude, nunca poderia admitir a superioridade do próprio Direito da União Europeia. Essa fórmula tem tanto de bonito quanto de contraditório porque ela própria encerra em si uma grande contradição.

17. Findas estas minhas observações, expresso de novo o prazer de aqui estar, sobretudo neste painel liderado pelo Professor Doutor Wladimir Brito. E, como não poderia deixar de ser, muitos parabéns à Elsa Minho por esta iniciativa. Muito obrigado!

CORRESPONDÊNCIA

A correspondência relativa a este artigo deverá ser enviada para:

CEDIS – Faculdade de Direito Universidade Nova de Lisboa
Campus de Campolide, 1099-032 Lisboa, Portugal

E-mail: jbg@fd.unl.pt

I – DOUTRINA

Albano Macie

O Segredo de Estado em Moçambique

João Francisco Diogo / Jorge Bacelar Gouveia

A incorporação e aplicação do Direito Internacional Público na ordem jurídica portuguesa: uma perspetiva panorâmica

Jorge Bacelar Gouveia

A Constituição Global

Rodrigues Lapucheque

A Segurança Externa dos Estados – o caso de Moçambique

Rui Baltazar

Revisão Constitucional, Democracia e Estabilidade Política

Samory Badona Monteiro

A Atualidade do Direito Tradicional no Sistema Jurídico da Guiné-Bissau:

Perspectivas Sinérgicas à Luz da Reparação Penal

Wladimir Brito

Nacionalismo e a Formação dos Estados Africanos

II – PARECERES

Jorge Bacelar Gouveia

A Equiparação dos Titulares de Cargos Políticos à Categoria de “Funcionário” para efeito de Aplicação do Código Penal de Timor-Leste: Uma Análise Jurídico-Constitucional Crítica

