

A CAMINHO DO CONSTITUCIONALISMO 4.0: TESES CONSTITUCIONAIS PARA HOJE E AMANHÃ¹

Paulo Ferreira da Cunha*

“Ainsi un peuple a une Constitution comme un individu a des yeux, des oreilles, un nez. Chaque peuple a son visage, où tout s’ajuste; et vous n’allez pas dire qu’il faudrait un nez un peu plus long; ne touchez pas au nez; il faudrait changer tout.”

Alain²

1 As Teses. 1.1 Lições da História. 1.2 Defender as Instituições Constitucionais e Descartar a Demagogia. 1.3 Compreender o caráter unitário das Constituições. 1.4 Avançar na concretização constitucional pelo Constitucionalismo Global. 2 Saber História Constitucional para melhor compreender o presente e preparar o futuro. 3 Compreender climas anticonstitucionais antipolíticos e antiparlamentares. 4 Entender a relação entre dois princípios constitucionais para a crise: proibição do retrocesso e reserva do possível. 5 Para uma justiça constitucional internacional. Referências.

RESUMO

O presente artigo apresenta e desenvolve algumas teses a nosso ver elementares e vitais para o advento consciente de um Constitucionalismo novo (não confundir, evidentemente, com neoconstitucionalismo), que se poderá designar por 4.0. Para isso, é necessária uma compreensão histórico-filosófica profunda das fases anteriores, um diagnóstico agudo da situação atual de ataque, desprezo e olvido das constituições em vários países e uma confiança (feita também de muito trabalho) nas energias teóricas e práticas dessa grande conquista civilizacional, que esbarra hoje com outras racionalidades e irracionalidades, desde os interesses à superficialidade, a incultura e a tecnocracia. Uma das novas bandeiras de esperança é a criação de um Tribunal Constitucional Internacional, para a Democracia, os Direitos Humanos e o Estado de Direito.

Palavras-Chave: História Constitucional. Constitucionalismos. Crise das Democracias. Tribunal Constitucional Internacional.

* Pós-Doutor pela Faculdade de Direito da USP. Doutor em Direito pelas Universidades Paris II e Coimbra. Professor Catedrático da Faculdade de Direito da Universidade do Porto e Diretor do Instituto Jurídico Interdisciplinar. Professor-visitante da Faculdade de Direito da USP. E-mail: lusofilias@gmail.com

1 AS TESES

O presente artigo desenvolve-se a partir de algumas teses sobre temas atuais do Constitucionalismo hodierno e que deverão continuar a sê-lo no futuro. Vamos enunciá-las primeiro e depois as desenvolveremos, uma a uma.

1.1 Lições da História

É útil recordar as fases de desenvolvimento de um novo Constitucionalismo no séc. XX e concomitantemente os momentos de ataque à Constituição, que mais se elevam até no dealbar do séc. XXI. E pôr em relevo a novidade da atual fase de silêncio e desprezo pela Constituição em alguns países. Como se se pudesse tudo fazer e mudar sem ela e contra ela. São motivos para profunda reflexão. Será que a Constituição não conseguiu, em muitos países, sair do círculo seletivo de acadêmicos, para se ancorar no coração das pessoas comuns? Ou pelo contrário, há uma adesão de fundo às constituições, mas não se acredita mais nos seus concretos protagonistas políticos, ao ponto de se esquecerem as magnas cartas de que eles deveriam ser encarnação viva e atuante?

1.2 Defender as Instituições Constitucionais e Descartar a Demagogia

É complicado (não é cômodo, nem facilmente explicável, hoje) defender-se intransigentemente uma ética republicana³ e naturalmente apontar-se o dedo acusador a quem a despreze e, ao mesmo tempo, considerar imaculado o prestígio das instituições hoje sempre mais ou menos atingidas pela ação de eventuais titulares de cargos menos retos ou tidos como tais pela comunicação social, que sempre empola qualquer suspeita.

E, contudo, é isso que deve fazer-se: separar as águas. Uma coisa são as instituições, e outra os seus titulares, que passam, sempre, sejam bons sejam maus, retos ou corruptos.

Uma das grandes virtualidades de um regime democrático é que podem vir à luz do dia os erros e os crimes dos políticos. Por isso, até acabam por ser absurdas as campanhas “ontológicas” tentaculares contra a Democracia e contra os Parlamentos que invocam mordomias e corrupções, além de rumores e preconceitos. Sim, tudo isso pode ocorrer, e ocorrerá, sem dúvida, neste ou naquela país, nesta ou naquela ocasião. Mas haverá melhor regime que o que permite que isso se saiba e puna?

Parece haver atualmente, ao mesmo tempo que uma enorme despolitização, um populismo e demagogia crescentes (que podem arrastar massas e, pior ainda, eleitores...), que consoante os países dançam ao som de diferentes músicas, mas se teme legitimamente (pelo conhecimento histórico de situações análogas no passado) venham objetivamente a levar água ao moinho de situações não só de “momento”, timbre e raiz anticonstitucionais, como a futuros possíveis regimes *de facto* de prática inconstitucional reiterada. Alguns sinais já muito concretos se

fazem sentir em países europeus, alguns até democráticos, mas que apresentam agora tiques de autoritarismo... O preconceito, a incultura e as dificuldades econômicas (ou algumas privações depois de um breve desafio artificial) são propícia seara para que essas nocivas sementes frutifiquem.

1.3 Compreender o Caráter Unitário das Constituições

Os princípios constitucionais mais próprios dos tempos de crise, o da *proibição do retrocesso* e o da *reserva do possível*, precisam de ser repensados e devidamente integrados dialeticamente. Não atirados um contra o outro e defendidos, ora um ora outro, ao sabor de paixões e dos interesses mesquinhos e particulares; antes deverão ser compreendidos ambos como concorrendo para a defesa da Constituição em situações limite. São parte de uma necessária interpretação holística da Constituição conforme a Constituição e conforme à Constituição.

Esses são apenas exemplos de como importa estudar a Constituição e ensiná-la nas escolas (mesmo elementares), de forma a que os cidadãos dela tenham um conhecimento mais aprofundado, ou seja, menos ingênuo.

1.4 Avançar na Concretização Constitucional pelo Constitucionalismo Global

A próxima fase do Constitucionalismo, a que podemos chamar Constitucionalismo 4.0, será certamente (e desejavelmente) a da institucionalização de um Tribunal Constitucional Internacional, voltado à defesa dos Direitos Humanos, da Democracia e do Estado de Direito, após esgotadas as vias de recurso. Longe de ser uma quimera, é uma necessidade, não apenas para os países com claro *déficit* democrático, como para o aperfeiçoamento e a sindicabilidade, assim como a transparência internacionais dos Estados que já atingiram um aceitável grau de democraticidade. Que é sempre uma meta a colocar além... pois nunca está concluída e perfeita a Democracia.

2 SABER HISTÓRIA CONSTITUCIONAL PARA MELHOR COMPREENDER O PRESENTE E PREPARAR O FUTURO

Aproximadamente pela segunda metade dos anos 70 do século passado, começou a fase das constituições sociais de segunda geração. A que alguns chamam já (contando com a primeira fase do Constitucionalismo moderno, a elas anterior, a liberal) “Constitucionalismo 3.0.”⁴

Foi quando (para nos restringirmos à Europa dita “ocidental” – no domínio *social*, havia já, sobretudo, a Constituição mexicana de 1917 e as constituições soviéticas... fora dessa área específica), após a Constituição italiana de 1948 e a *Grundgesetz* alemã de 1949 (já portadoras de valores sociais), constituições como a portuguesa de 1976, ou espanhola de 1978 (e, mesmo numa ou noutra afloração, a Constituição suíça de 1999, aliás com um belo preâmbulo, obra de um poeta) protagonizaram uma nova forma de proteger

o trabalhador e o cidadão, não apenas na sua dimensão política, mas também social, econômica e cultural.

No seguimento destas constituições, o movimento irradiaria. Nomeadamente tendo como um marco notável (desde logo por um prefácio muito equilibrado e promissor) na Constituição brasileira de 1988, justamente dita “Constituição Cidadã”.⁵

Ora este progresso civilizacional não foi desenvolvido sem reação e resistência.

Primeiro, houve governos que se escudaram na dimensão social das constituições como álibi. Nada, ou quase nada – proclamavam – se poderia fazer alegadamente por causa *da bendita da Constituição...* A ideia de “ingovernabilidade” foi então um tópico recorrente, como álibi e crítica implícita ou mesmo explícita às Constituições.

Depois, em tempo de governação mais moderada, certos outros, bem diferentes ideologicamente, queixavam-se na comunicação social e nas ruas, simetricamente aos aludidos, do incumprimento da Constituição a torto e a direito, por nem todas as promessas sociais serem cumpridas (frequentemente não entendendo as questões jurídicas de aplicação dos direitos sociais). Enquanto os outros atacavam, ainda, por outro lado, a pretexto de qualquer concretização mais generosa que se fizesse (por exemplo, o rendimento mínimo garantido, depois rebatizado rendimento social de inserção, em Portugal) e alegando já então a utopia dos direitos, considerando utópico, numa Constituição, tudo o que não fosse meramente organização do poder político e pouco mais...

Mesmo depois de haver revisões constitucionais muito moderadoras (no caso português, por exemplo, desde logo a primeira), num momento seguinte, começaram aqueles últimos críticos a reclamar revisões constitucionais ou constituições novas pretensamente consensuais e neutras, mas obviamente na linha do estiolamento constitucional. Visava-se à “limpeza” das cláusulas económicas, sociais, culturais, ecológicas e afins, em sintonia com a ideia de uma constituição minimalista para um Estado minúsculo, próprias do neoliberalismo galopante, o qual se vira, porém, a metamorfosear ao ponto de pouco ter do veteroliberalismo, ou seja, o liberalismo *tout court...*

Tem-se vivido, em alguns países, uma nova fase, que já espanta alguns: desceu uma cortina de silêncio sobre as matérias constitucionais. Como no passado ocorreu em situações dramáticas, mudou-se aparentemente de estratégia: agora a Constituição parece poder ser tranquilamente violada porque se ignora a Constituição económica, social e cultural. Assim, o explicitava já há quatro anos, para Portugal, Boaventura Sousa Santos:

[...] Uma profunda transformação subterrânea do regime político corre paralela à manutenção, à superfície, da normalidade democrática da vida política. Trata-se de um novo tipo de Estado de excepção, ou de Estado de sitio, que suspende ou elimina direitos e instituições sem ter de revogar a Constituição. Basta ignorá-la [...] A tutela internacional da troika não colide com a soberania

nacional, quando o poder soberano não só está de acordo com o conteúdo político da tutela, como inclusivamente se legitima através do excesso com que a acolhe e reforça. [...] As medidas políticas para a destruição do Estado social e dos serviços públicos estão testadas com êxito nos governos de referência.⁶

A única parte da Constituição que ainda é cumprida é a política, a institucional, a procedimental pura. Mas já começa a haver direitos fundamentais de primeira geração, como os que espelham o princípio da igualdade, que são postos em causa por legislação antissocial.

Enquanto em Portugal ocorre este risco altíssimo para a Constituição, sopram ainda, noutros países, ventos de grande desenvolvimento e prestígio constitucionais, o que, porém, não quer dizer que não tenham também. Atente-se em uma proclamação como a seguinte, a título de exemplo:

Vivemos um momento de triunfo pleno e absoluto do direito constitucional. Em menos de uma geração, o direito constitucional passou da desimportância ao apogeu. Uma vitória a ser celebrada com humildade. Na vida a gente deve ser janela e não espelho. O direito constitucional deve ser a janela pela qual se olha o mundo.⁷

Uma outra manifestação da pujança constitucional é a irradiação deste ramo para os demais ramos do Direito – a Constitucionalização do Direito, agora feita e pensada de forma muito mais profunda e consequente.⁸

3 COMPREENDER CLIMAS ANTICONSTITUCIONAIS ANTIPOLÍTICOS E ANTIPARLAMENTARES

Muito se critica, e nem sempre sem razão, é certo, o Poder Legislativo, que tem uma visibilidade midiática muito grande, e relativamente ao qual se concentram muitas antipatias e preconceitos. Só comparável nos regimes presidencialistas à visibilidade presidencial.

Não podemos deixar de observar que a alternativa potencial (a que viria) à Democracia e ao Parlamento não é mais participação e mais liberdade: é a ditadura e a concentração dos poderes - que obviamente são muito piores. Desde logo, nessa situação, não se poderia sequer descobrir nem falar de escândalos. E as fraquezas das pessoas, se a coberto do silêncio politicamente imposto numa ditadura (ou num interregno da democracia) seria presumivelmente muito maiores, com crimes muito mais graves. Assim foi já no passado. Porque haveria agora de um regime antiparlamentar e antipolítico de ser diferente?

Para dar exemplos do clima de democratização da discussão constitucional, que infelizmente vai *hic et nunc* de par com o mais profundo desconhecimento e preconceito, poderíamos deleitar-nos satiricamente a dissecar um e-mail que andou a infetar ideologicamente a *Internet*, fulminando quem o não mandar a 20 amigos, não com uma praga das habitualmente rogadas para incumprimentos de índole supersticiosa, mas com a desgraça nacional, e clamando pela *mudança da Constituição, já*.

Não o vamos fazer, porque não merece a pena. Mas importa registrar a sua existência, e sublinhar o nível a que se chegou nalguns círculos. A tanto ajuda, evidentemente, por exemplo, a facilidade (e em grande medida irresponsabilidade, apesar de algumas decisões pesadas já) difusora da superficialidade das redes sociais, na qual, evidentemente, pode haver pérolas, mas que foram já bem analisadas por Umberto Eco.

Curiosamente, não vemos que nenhum dos pontos que reivindica o referido documento (todos apontados ao preconceito antiparlamentar: todas contra os sujeitos-deputados) tenham acolhimento fundamental na Constituição. É, pois, uma “bola fora”, apostada na desestabilização, nas nossas repúblicas, tornando-se, a certos níveis, num excesso de rumores e maledicências, de invejas e raivas, em que os suspeitos do costume têm de ser bode expiatório, sem sequer qualquer imaginação em mudar os alvos. E assim sujeitando naturalmente os estigmatizadores aos mesmos rótulos dos que antes atacaram e perseguiram ideias e pessoas que, de novo, voltam a estar sob mira.

Apenas uma ilustração, também foi dito, há uns anos, que, mesmo se o Tribunal Constitucional português fulminasse de inconstitucionalidade com aplicação total e imediata (e não diferida) o confisco (ou ablação) de parte do 13º mês, o Governo poderia placidamente não cumprir. Por que razão? Suspeitamos que por uma espécie de “executoriedade” política.

Obviamente que sim, as ilegalidades e as inconstitucionalidades são fática, fenomênica, historicamente possíveis. É óbvio. A História está cheia de situações dessas: que preconceito de redoma jurídicista não o faz ver? Há, no limite, a chamada a força normativa dos fatos - que é rematado exemplo de antijuridicidade.

Com algum subterfúgio colhido nas dobras da Constituição, é, obviamente, caso discutível. Contudo, o que está em causa é a fidelidade geral à Constituição. Uma Constituição assim diminuída e aviltada, ainda que com justificação ainda constitucional, passa a breve trecho a *mera folha de papel*.

Consideramos que pode haver, com respeito por um círculo mínimo de direitos, até, no limite, estado de necessidade financeiro.⁹

Se não houvesse tesouro para pagar aos inúmeros gastos supérfluos e suntuários, que, mesmo eventualmente contra vontade dos governantes persistem (e persistem mais se localizadamente ao menos não houver vontade de os eliminar), etc., poderia talvez não se pagar aos funcionários e pensionistas uma parte da sua remuneração. Uma vez que, nos Estados, há sempre muito dinheiro para esbanjar, parece que os sacrifícios que se pedem aos pequenos são realmente exagerados, e que haveria outros lugares por onde cortar. Nesta matéria, a questão econômica não é alheia à determinação jurídica, porque está em causa a reserva do possível. E o possível depende do que o tesouro possa pagar. E da dialética com o princípio da proibição do retrocesso. Na verdade, ambos são duas faces da mesma realidade...

A questão fulcral é esta: é evidente que ainda há Constituição em estado de sítio, em estado de emergência, etc.. Mas não a há na sua plenitude. O princípio

da *máxima efetividade* da Constituição também deve ser lido nessa perspectiva: a Constituição deve caminhar para a sua aplicação plena. E tudo, na atividade do Estado, deve-se dirigir a esse objetivo. Não por um fetichismo constitucionalista, mas porque, realmente, a Constituição é o grande contrato social de hoje em dia, é o acordo público dos cidadãos, é a carta do programa nacional.¹⁰

E a verdade é que, embora os críticos falem muito, gritem alto, atuem poderosamente e façam grande alarido e grandes estragos na Constituição em ação, sempre que têm poder para tanto, eles são minoritaríssimos, porque a Constituição em geral espelha realmente as aspirações profundas do Povo. Isso mesmo se verificou, no caso lusitano, na própria votação por esmagadora maioria (só quinze votos contra) da Constituição na Assembleia Constituinte.

O problema real que se está a viver é que, mercê da crise, que não foi criada pelos amigos da Constituição, muito pelo contrário, as situações de vida em que muitos se encontram levam-nos a confundir os responsáveis, sob pressão de uma comunicação social sensacionalista que parece apostada em desviar as atenções dos reais problemas, encontrando manobras de diversão.

Como o grande crime da democracia que temos foi um clamoroso fracasso educativo, quer na informação quer na formação, desde logo, na formação crítica e cívica dos cidadãos, muitos de nós não estamos preparados para resistir, com sentimentos democráticos, ao rol de lama que é atirado para cima dos políticos, com especial alvo para o Parlamento, casa da democracia e que tantos gostam, ao longo da História, de caluniar para depois fechar e vir mais tarde a transformar numa assembleia dócil (lembramos apenas Oliver Cromwell): com razão ou sem razão, envolvendo nas condenações em praça pública os justos e os pecadores. E assim motivando o sentimento de ódio e revolta do cidadão comum cheio de dificuldades econômicas e afrontado pelo escândalo de negócios e negociatas que se desfila perante os seus olhos e a sua impotência.

É assim que há terreno propício às maiores das demagogias. E seria importante que os verdadeiros democratas, de todos os quadrantes, se unissem nos vários países em torno da sua Constituição, antes que um aventureiro ou um grupo de aventureiros decida passar o Rubicão. Levando, atrás de si, a reação, a vingança, o ajuste de contas com a democracia por parte de alguns, poucos, saudosistas, mas também manipulando a massa dos desempregados, dos espoliados, dos maltratados por uma democracia meramente formal como a que estamos cada vez mais a ter, com olvido, menoscabo ou compressão dos direitos sociais.¹¹ Em que os traços generosos e sociais do Estado se arriscam a ser apagados, com acinte e sobranceira, por uma vanguarda que, precisamente pela sua falta de passado e especialmente de memória, acredita que o neoliberalismo (à sua moda) é o *alpha* e o *omega* da História. E pode ser um neoliberalismo com laivos autoritários (e repressivos até: como veremos).

Não é que os Parlamentos que temos tido sejam conchaves de santos e academias de sábios. Como em todas as associações de pessoas há do bom e do mau, e até do muito bom e do muito mau... E assim será mais, se não houver regras apertadas de

seleção. Já um Oliveira Martins deplorava que, para se ser político, não fosse preciso nenhum diploma e nenhum currículo. Certamente tal terá de ser meditado nos partidos, que deverão pensar duas vezes antes de mandar para o Parlamento candidatos menos preparados, sob pena de a opinião categorizada do parlamento ser afinal tão leiga e tão manipulável como a massa. Não se fala sequer da idoneidade. Algo como o sistema brasileiro da “ficha limpa” é um exemplo a seguir por outros. Contudo, ser político não é ser graduado ou bacharel. E pode haver, e tem havido, excelentes políticos sem grandes habilitações formais. Depende muito, de muitos fatores...

Muito se pode melhorar na seleção dos deputados e nas regras de funcionamento das Assembleias legislativas. Desde logo, a ideia de eleições primárias internas nos partidos, pelo menos entre os seus filiados, parece tão passível de promover a renovação que alguns fogem dela como o diabo da cruz. Não seria panaceia universal, mas ajudaria, ao menos, à efetivação dos direitos dos membros dos partidos se efetivarem, e a maior transparência e menos compadrio.

Mas uma coisa é uma sã reforma do sistema político, aprofundando a democracia, outra, precisamente inversa, é atirar fora a democracia efetiva e, ainda que com capa democrática no discurso (hoje é difícil ser-se assumidamente ditador: mas nunca se sabe), implantar uma autocracia a sério, a começar pela asfixia das liberdades públicas.

4 ENTENDER A RELAÇÃO ENTRE DOIS PRINCÍPIOS CONSTITUCIONAIS PARA A CRISE: PROIBIÇÃO DO RETROCESSO E RESERVA DO POSSÍVEL

Numa situação de crise, como aquela em que se vive, embora se saiba bem que avulta muito má repartição da riqueza e ainda péssima gestão dessa riqueza, a verdade é que sem uma alteração (que levaria tempo e exigiria outras políticas e outros protagonistas políticos) dessas variáveis não há forma simples de satisfazer completamente todos os direitos sociais de todos os cidadãos.

Há, contudo, necessidade de compagnar essa situação de fato com o respeito pela Constituição. Pelo menos visando a um respeito decoroso, razoável, pela Constituição. Mantendo-lhe ao menos um mínimo respeitabilidade e força normativa.¹²

A única saída para os constitucionalistas e juristas com conhecimento e escrupulo parece então ser, nessas circunstâncias adversas, o uso de dois conhecidos princípios,¹³ os quais, quando são usados, normalmente o vêm a ser contraditoriamente: a *reserva do possível* (pela qual se procura legitimar muito o corte de direitos) e *proibição do retrocesso* (normalmente social – mas pode ser até usado para questões constitucionais mais elementares e aparentemente mais consensuais numa sociedade), que, pelo contrário, é uma barreira ao recuo social e civilizacional.

A tendência para a contradição e contraposição entre os dois princípios é o que ocorre normalmente na doutrina. E, sobretudo, na banalização superficial

da sua invocação no debate ideológico e político corrente, quando ocorra... (o que já é um “plus” relativamente ao *argumentum baculinum*).

E então somos tentados a efabular questões como: e qual o mais importante? Qual o que deverá prevalecer? No sentido de encontrarmos uma solução fácil e cômoda, aplicável mecanicamente e que nos exima de pensar no caso concreto.

Ora tal levar-nos-ia por outras vias à *vexata quaestio* da ordem de valores.¹⁴ Uma ordem de valores, ou uma ordenação dos princípios, seria mais um fator de dissenso insanável. Mesmo que se tratasse apenas de arbitrar uma contenda entre simplesmente dois. Não é correta essa ordenação. Com que critério se faria? Evidentemente que, no caso, haveria preferências ideológicas extremas evidentes, e de novo se cairia em dar razão ao ataque proverbial ao Direito Constitucional juridicizado: “não é Direito; é apenas política”, ou “é política com capa de Direito...”, etc. Só topicamente, dialeticamente, nos casos concretos, poderá-se ver qual poderá prevalecer, e sempre – como ocorre para os direito *tout court* – resguardando, na aplicação dos princípios, o círculo mínimo, o núcleo essencial dos direitos que cada um protege. Ou os bens jurídicos que tutela.

Mas, ainda assim, a mera contraposição principial nos parece relevar uma consideração isolada dos princípios, esquecendo-se a necessidade de atentar a um princípio de *unidade da Constituição* (que se pode estender à unidade na própria hermenêutica constitucional), em conexão com o princípio da *interpretação segundo a Constituição e o princípio da máxima efetivação ou efetividade* da Constituição.¹⁵

Poder-se-ia então (cercando os dois princípios aparentemente contrapostos, e iluminando-os com a luz dos vários outros que acabamos de invocar) começar a entender que reserva do possível e proibição do retrocesso devem ser vistos em consonância, como concorrendo ambos para a efetivação, para a concretização e para a defesa e salvaguarda da Constituição, na sua aplicação prática, concreta, real.¹⁶

No fundo, a reserva do possível só pode conceber-se como uma forma de cortar no acessório para salvar o essencial. Nunca pode ser um sacrifício do essencial. Ao aplicar este princípio, apropriadamente, não se ataca senão na aparência a proibição do retrocesso, porque, afinal, trata-se de um passo atrás para poder dar dois à frente, em tempo mais oportuno.

Do mesmo modo, a proibição do retrocesso também não pode ser vista como uma obstinada manutenção, por exemplo, de “despesismo”, desperdício, mordomias, gastos sumptuários, privilégios de casta, de corporação, etc.

Na verdade, é muito sutil e complexo diferenciar com objetividade aquelas situações de outras, de direitos efetivos, que devem ser preservados.

A nossa sociedade ainda comporta muitas situações especiais. A igualdade e a equidade aconselham a que se tratem situações desiguais de forma desigual (na medida da sua desigualdade, de acordo com a diferença). É normalmente sinal de desconhecimento, falta de sensibilidade social e/ou demagogia criticar-se de forma sistemática qualquer regra que saia da normalidade, da mediania. Não

nos esqueçamos, por exemplo, da justificação de Rawls de algumas desigualdades em nome da utilidade geral.¹⁷

Existem desigualdades, umas mais ilegítimas que outras, e algumas necessárias e outras até legítimas, e há a desigualdade, que é a situação geral e permanente que, ferindo no coração o valor político-jurídico e constitucional da Igualdade, não deveria deixar nenhum jurista e nenhum estadista com o sono tranquilo. A demagogia dos invejosos (e os invejosos atiçados pela demagogia) dorme placidamente com um quadro geral de desigualdade, mas, por vezes, embirra com uma ou outra desigualdade pontual, a qual até poderá ser, pelo contrário, sinal de prêmio do mérito, ou de adequação a uma idiosincrasia. E se o for não pertencerá ao sistema da desigualdade, mas, pelo contrário, da Igualdade. Mas fazer entender isto!?!... Só um simples exemplo: o automóvel da Polícia que, em perseguição de criminosos a sair da cena do crime, ultrapassa os limites de velocidade não abusa de poderes, não tem privilégio. Tal decorre da natureza das coisas... Em contrapartida, a opinião pública admite facilmente as desigualdades gritantes (eticamente escandalosas) das vedetas¹⁸ de qualquer tipo, enquanto em muitos casos (e sem razão) considerará absurdas as licenças sabáticas dos professores pesquisadores ou as férias mais alargadas dos juizes em alguns países. Em grande medida porque acicatada pela demagogia dos que não gostam de que quem pense tenha tempo. Dos que erroneamente fazem crer que só se trabalha num local de trabalho de linha de montagem com pica-ponto, e, no geral, que esse tipo de profissionais realmente não trabalha (é proverbial a pergunta, milhões de vezes repetida: “Professor, o senhor trabalha ou só dá aula?”).

Como diz François Vallançon:

*On attribue moins à qui est capable de porter moins. Donner la même part au loup et à l'agneau serait injuste car ce serait la mort de l'agneau. Donner à un mouton une part de mouton et à un autre mouton la part de loup serait aussi injuste car ce serait au désavantage de l'un des deux.*¹⁹

Há ainda todo um labor a desenvolver que passa pela teorização dos direitos adquiridos, dos que são intocáveis e dos que têm diversos graus de permeabilidade à mudança, para mais em tempos de crise. Infelizmente a doutrina nem sempre se preocupa com questões de vital relevância como essas...

De qualquer forma, a proibição do retrocesso tem de ser vista como um princípio de adesão ao programa constitucional, de defesa desse mesmo programa, nas suas grandes linhas, e não de reduto de situações mais ou menos arcaicas que nada tenham a ver com os grandes direitos constitucionalmente consagrados. Mas é necessário o maior cuidado para não embarcar na linguagem da identificação dos direitos com arcaísmos... Pode haver uma tentação de eficientismo, tecnocracia e afins que calunie os direitos...

E do mesmo modo, a reserva do possível também é uma válvula de segurança do programa constitucional, que assumidamente se limita a reduzir a mínimos (mas os assegura de forma equitativa) no caso de uma situação difícil, de carência, sobretudo

financeira – não se fala, obviamente de (im)possibilidade ontológica, matemática, física, lógica, como é óbvio – mas com o fim de, assim, se assegurar o essencial do quadro jurídico-político, social, econômico e cultural da Constituição.

Ou seja: a reserva do possível, no limite dos limites, aceitaria (metaforicamente) cortar um membro da proteção aos cidadãos para com isso (e só se isso para tal fosse imprescindível) salvar todo o corpo (ou edifício) desses direitos. Não se trata de sacrificar algumas pessoas, para salvar outras – isso seria inaceitável, e contrário, desde logo, ao princípio da Igualdade. Mas de aceitar diminuir algumas prestações sociais, por exemplo, para salvar a continuidade e evitar a “falência” da Segurança Social, ou do sistema de saúde, etc. E cortar por cortar, deve cortar-se com justiça, nunca com alvos fáceis, ou escolhidos por preconceito ideológico (é fácil atacar funcionários públicos, pensionistas, professores e outras classes pouco reivindicativas; é difícil tirar o que quer que seja a políticos, banqueiros, grandes empresários, associações poderosas, mesmo a trabalhadores de setores-chave que podem parar os países com greves geradoras de grande anomia).

Ao vermos estes dois princípios assim, solidários, pelo bom senso, pelo sentido da medida das coisas, pela necessidade de harmonização,²⁰ suspeitamos que haja algum princípio superior que presida a ambos. Um desses princípios silenciosos, que, se fosse expresso apenas por si, arriscar-se-ia certamente a não ser entendido em todo o seu alcance podendo mesmo quedar-se vazio. Mas que vive e se atualiza e tem efeito útil na dialética “cúmplice” dessas duas vertentes do problema.

Não seria fácil nomear o princípio que aos dois move. É um princípio de fidelidade à Constituição, com flexibilidade quando haja latitude para tanto, e inflexibilidade quando a tal seja obrigado. Um princípio cibernético que umas vezes fará com que as comportas da Constituição se fechem a mudanças confiscadoras de direitos, e outras vezes se permitam algumas perdas, temporárias, estratégico-táticas, sem vacilação no essencial e muito em especial do horizonte dos grandes fins constitucionais.

Parece ficar claro que este princípio silencioso só se faz ouvir, só se pode mesmo fazer ouvir, através da aparente antinomia dos dois outros que referimos.

5 PARA UMA JUSTIÇA CONSTITUCIONAL INTERNACIONAL

O papel das Cortes Constitucionais nacionais e regionais tem sido dos mais relevantes nos últimos anos. O Direito Constitucional, que inicialmente, nas fases 1.0 e 2.0 (para não falar no Constitucionalismo tradicional, histórico, consuetudinário, digamos fase 0.1), era sobretudo *proclamatório* (de grandes Declarações de Direitos - e essa a grande crítica dos tradicionalistas e “realistas”) e normativo, por assim dizer legal-codificado (nas Constituições do Constitucionalismo moderno, naturalmente escritas - e essa a crítica capciosa de pretensos antipositivistas na verdade anticonstitucionais *tout court*) passa agora a ter também uma importantíssima vertente jurisprudencial. Além disso, na nova constelação de fontes passa a ser importantíssima a dimensão internacional nos seus diversos aspetos (proclamató-

rio, normativo, e jurisprudencial; não esquecendo ainda, no plano internacional, sobretudo, a importância do costume).

O acervo jurídico constitucional que hoje se pode considerar, além do bloco de constitucionalidade nacional de cada país, inclui matéria internacional, como, desde logo na União Europeia, o Tratado de Lisboa. Este, em grande medida, é explicitamente herdeiro de uma gorada tentativa de afirmar a constitucionalidade de um tratado (o projeto da Convenção Europeia),²¹ mas que obviamente é a base codificada da Constituição material da União Europeia, hoje, apesar das dificuldades da Constituição real (efetiva relação de forças e protagonismos).²²

Um *corpus* significativo pode ser utilizado por um futuro Tribunal Constitucional Internacional,²³ que será o próximo passo, o Constitucionalismo 4.0. Sem caráter de exaustividade, recordemos alguns instrumentos, que alguns já pensam em codificar, dada a sua profusão: sobretudo costumes e tratados, mas não esqueçamos o direito nacional, e não apenas as Constituições de cada país.

Vejam, pois tratase de textos que vão da Declaração Universal dos Direitos do Homem, do Pacto Internacional relativo aos Direitos Cívicos e Políticos, da Carta da Organização dos Estados Americanos, da Ata Constitutiva da União Africana, Princípios de Harare, aos Tratados da União Europeia, v.g. o referido e importantíssimo Tratado de Lisboa, sem esquecer, evidentemente, a Convenção Europeia dos Direitos do Homem.

Ninguém poderá certamente negar que só estas fontes são uma grande Constituição material dispersa, e universal. Há um Constitucionalismo material global, já. E torna-se urgente, assim, ir dando passos no sentido de uma jurisdição que faça prático, vivente, real esse direito.

O futuro do Direito Constitucional passa, assim, pelo *levar a sério*²⁴ todas as fases anteriores, e avançar para a globalização jurisdicional constitucional, com a criação da nova Corte, que tem vindo a ser discutida em grandes fóruns internacionais, primeiro na Tunísia (por várias vezes, em vários congressos) e ainda este ano de 2015 (junho) em Marrocos, mas que se espera venha a ter um momento alto nos próximos anos, com grandes iniciativas no Brasil e na América Latina em geral, onde há grandes entusiastas da ideia, para já sobretudo no meio acadêmico...

Mas perguntar-se-á: um Tribunal Constitucional mais, e ainda por cima Internacional? Não serão instituições a mais? Burocracia em excesso? *Mise-en-scènes* internacionalista para *media* propagandear? Ou (pior ainda) nem isso sequer?

O cidadão comum em um país democrático *q.b.* desconfiará certamente dessas distantes instituições supranacionais, que não vê sequer legitimadas pelo voto, e que presume serem pagas a peso de ouro pelos seus impostos, ainda que indiretamente. Para quê criar mais uma? E estando já os tribunais constitucionais e afins nacionais sob a mira de muita propaganda para os desacreditar (em Portugal não pode discordar uma vírgula do poder, que logo um coro - sem grandes notas dissonantes em sua defesa nos *media* - se levanta indignado, tortuoso, ou mesmo agressivo e furioso contra ele), um tribunal do mesmo gênero,

mas internacional, poderia assim parecer um luxo do mais supérfluo.

Mas vejamos a questão por outro ângulo: e se tal instância fosse o único recurso em casos de estrangulamento das instituições, o último apelo antes do clássico recurso para o céu, piedosa metáfora de resignação que se atribui a Locke e a Hume?

Em situações de placidez democrática não costumamos pensar muito nesta possibilidade trágica de não ter juiz a quem recorrer verdadeiramente. Na velha Europa Ocidental, os recursos costumavam ser para instâncias conhecidas, e relativamente próximas em quem geralmente confiamos, ou, pelo menos, não desconfiamos sistematicamente. Mas quando as crises apertam, e, sobretudo, quando se produz o salto qualitativo (negativo) de falta de direitos sociais (em si mesma já terrível) para falta de liberdade (insuportável), ou, pelo menos, o temor razoável e plausível que tal venha a ocorrer, a questão começa a ganhar uma enorme acuidade: quem nos poderá valer, em situações extremas de injustiça? Quem guarda os guardas?

Stamatios Tzitzis, em um artigo brilhante e cheio de atualidade ainda hoje (talvez até cada vez mais)²⁵ chama a atenção para a situação que tecnicamente poderíamos considerar ser de *inconstitucionalidade da constituição real* da Europa, e termina com uma terrível advertência:

*Peu sensibles aux infortunes des peuples, les Stratèges de l'Europe les poussent à opter pour ces sortes de regimes qui ont ensanglé les années '40 l'humanité toute entière.*²⁶

Evidentemente que a Europa, mesmo a Europa do Sul massacrada pelo *neoliberalismo repressivo* (de que fala o Prof. Adriano Moreira²⁷, prestigiado universitário jubilado, antigo líder democrata cristão, e ex-Presidente da Academia das Ciências de Portugal), ainda é um paraíso comparada com certos países, pelo mundo fora, em que se aliam a desigualdade e a falta de cuidado social mais profundas, a ausência ou limitação drástica dos direitos e liberdades mais elementares e o bloqueio dos canais de acesso a uma verdadeira justiça, reta e independente.

O Tribunal Constitucional Internacional (TCI), longe de vir a ser um luxo ou mais um lugar de mordomias para *happy few*, é uma necessidade, em dois níveis: nos países democráticos, ele será vigilante no sentido de que não possa haver (por exemplo, mercê de crises e voluntarismos que elas acarretam) uma deriva autoritária ou mesmo totalitária, como a que parece temer Tzitzis, entre tantos outros; contribuirá para mais e melhor democracia e justiça. Nos países que o não são, ou que o são menos ou imperfeitamente, trata-se de propiciar a aí inexistente ou escassa sindicabilidade dos atos do poder, em que, muitas vezes, há a pior da indivisão dos poderes: o remar na mesma direção e na mesma sintonia ideológica e/ou de interesses de governo, legislativo, poder judicial e não raro do quarto poder da comunicação social. O qual está a ganhar uma dimensão avassaladora, pela enorme capacidade que tem de formatação das consciências, muito pouco críticas, e, desde logo, sem tempo para refletir, e sem educação em geral votada ao exercício da crítica. As massas (e mesmo algumas pretensas elites) são, assim, muito permeáveis à doutrinação, à propaganda, à alienação.²⁸

Quando em um país os poderes em vez de se equilibrarem protegem alguns e perseguem outros, encobrem uns e caluniam outros, quando o cidadão honesto e, muitas vezes, o opositor político (mas não só: por vezes apenas o pacato cidadão cujo nariz desagradou, ou o moleiro que tem uma propriedade que o imperador cobiça) não encontram no próprio sistema judicial do seu país uma saída, é necessário um TCI.

Mas evidentemente que nem só estes casos drásticos serão tratados pelo TCI. Para além da função contenciosa, duas outras funções mais fisiológicas e até profiláticas ele terá:

Por um lado, poderá ser chamado a verificar a legalidade, transparência e *limpeza* de eleições. Há ainda países que isso reclamam, e tal necessita de ser feito cada vez mais por um corpo especializado e não meramente por comissões eventuais. Sem prejuízo da necessária rotatividade e escrutínio dos observadores, para garantir que estejam acima de qualquer suspeita.

Por outro lado, e a pedido de organizações dos Estados ou algumas ONGs, etc., o TCI terá ainda, em termos que permitam uma não proliferação de casos de lana caprina, a função de aconselhamento, elaborando respostas a consultas. Resolvendo assim dúvidas constitucionais legítimas de instituições públicas e entidades particulares relevantes.

É um projeto ainda em curso, em discussão pública internacional. Apenas se encontra elaborado o perfil da instituição e as linhas gerais dos seus objetivos, havendo algumas propostas, mas encontrando-se muitas das questões flexíveis e em aberto...

A discussão é essencial para que se encontrem boas soluções. Mas uma coisa é certa: será um tribunal, com toda a força jurídica e o rigor do Direito, votado a que não possa haver no planeta nenhum recanto onde possa triunfar a tirania, o despotismo, o torto, ainda que protegido por sistemas “jurídico-políticos” de ditadura mais ou menos sutil e/ou de falsa juridicidade.

REFERÊNCIAS

ALAIN. *Propos*, n. 524, abril de 1931, Paris, Gallimard, ed. Pléiade, vol. II.

ALEXY, Robert. *Theorie der Grundrechte*, Suhrkamp, In: VALDÉS, Ernesto Garzón (Trad.). *Teoría de los Derechos Fundamentales*. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1997.

ARON, Raymond. *Essai sur les libertés*. Paris: Hachette, 1998.

ARONNE, Ricardo. *Direito Civil Constitucional e Teoria do Caos*. Porto Alegre, Livraria do Advogado Editora, 2006.

BARROSO, Luís Roberto. In: COUTINHO, Jacinto Nelson de Miranda; LIMA, Martinio Mont’Alverne Barreto (Org.). *O Novo Direito Constitucional e a Constitucionalização do Direito, in Diálogos Constitucionais: Direito, Neoliberalismo e Desenvolvimento em Países Periféricos*. Rio de Janeiro/São Paulo/Recife, 2006.

- BEN ACHOUR, Yadh. *Au Service du droit démocratique et du droit constitutionnel international. Une Cour constitutionnelle internationale*. **Revue du Droit Public**, [s.l.], n. 2, 2014.
- BINENBOJM, Gustavo. **Uma Teoria do Direito Administrativo**. Direitos Fundamentais, Democracia e Constitucionalização. Rio de Janeiro: Renovar, 2006.
- BONAVIDES, Paulo. **Curso de Direito Constitucional**. 24. ed. São Paulo: Malheiros, 2009.
- CARVALHO, Alexander Perazo Nunes de. O Direito Constitucional e as Novas Relações Patrimoniais. In: SALES, Gabrielle Bezerra; JUCÁ, Roberta Laena Costa (Orgs.). **Constituição em Foco**. 20 Anos de um Novo Brasil. Fortaleza: Faculdade Christus, 2008.
- CRISTÓVAM, José Sérgio da Silva. **Colisões entre Princípios Constitucionais**. Razoabilidade, Proporcionalidade e Argumentação Jurídica, Curitiba, Juruá, 2006.
- CUNHA, Paulo Ferreira da. **Constituição & Política**. Lisboa: Quid Juris, 2012.
- _____. **Constituintes, Ideologia e Utopia**. Linhas de Leitura Comparatísticas Luso-brasileiras, Separata dos Estudos em Homenagem ao Professor Doutor Carlos Ferreira de Almeida. Coimbra: Almedina, 2011, pp. 73-96.
- _____. **Desvendar o Direito**. Lisboa: Quid Juris, 2014.
- _____. **Direito Constitucional Geral**. 2. ed. Lisboa: Quid Juris, 2013.
- _____. Dos Princípios Positivos e dos Princípios Supremos. In: **“Collatio”**, n.º 11, pp. 5-16.
- _____. **O Contrato Constitucional**. Lisboa: Quid Juris, 2014.
- _____. **Para uma Ética Republicana**. Lisboa: Coisas de Ler, 2010.
- _____. **Pour une Cour constitutionnelle internationale**. Lisboa: A Causa das Regras, no prelo.
- _____. **Teoria da Constituição**. Direitos Humanos, Direitos Fundamentais. Lisboa/São Paulo: Verbo, 2000, v. 2.
- _____. Tribunal Constitucional Internacional (TCI): Corpus e Animus. In: **Justiça com A**, n. 3, 17 de fevereiro de 2015.
- _____. **Novo Direito Constitucional Europeu**. Coimbra: Almedina, 2005.
- DE SOUSA SANTOS, Boaventura. Que Democracia é esta? In: **Público**, 19 de Julho de 2011.
- DWORKIN, Ronald. **Taking Rights seriously**. Londres: Duckworth, 1977.
- GOMES CANOTILHO, José Joaquim. Tomemos a sério os direitos econômicos, sociais e culturais. In: **Estudos sobre Direitos Fundamentais**. Coimbra: Coimbra Editora, 2004.

HESSE, Konrad. *Die normative Kraft der Verfassung*. Tubinga: Mohr, 1959, In: **A Força Normativa da Constituição**. Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris Editor, 1991.

LEAL, Mônia Clarissa Hennig. **A Constituição como Princípio**. Os Limites da Jurisdição Constitucional Brasileira. Barueri: São Paulo, 2003.

LEITE, George Salomão (org.). **Dos Princípios Constitucionais**: Considerações em torno das Normas Principiológicas da Constituição: São Paulo, Malheiros, 2003.

LUCARELLI, Maria Virginia Galvão Paiva. Repensando o Direito da Família, à luz dos Direitos Constitucionais Fundamentais. In : SILVA, Roberto B. Dias da. (Coord.). **Direito Constitucional**. Temas Atuais.

MORAES, Maria Celina Bodin de. A Caminho de um Direito Civil Constitucional. In: **Revista de Direito Civil**, 65: 23, 1991.

MORESO, José Juan. Conflictos entre Principios Constitucionales. In : CARBONELL, Miguel. **Neoconstitucionalismo(s)**. Madrid : Trotta, 2003.

PALMA, Maria Fernanda. **Direito Constitucional Penal**. Coimbra: Almedina, 2006.

PEREIRA MENAUT, Antonio-Carlos. Constitución, Principios, Valores. In: **Dereito**, [s.l.], v. 13, n. 1, 2004, pp. 189-216.

RAWLS, John. A Theory of Justice. Harvard University Press, 1971. In: CHACON, Vamireh (Trad.). Vamireh Chacon. **Uma Teoria da Justiça**. Brasília: Edições da Universidade de Brasília, 1981.

SARLET, Ingo (Org.). **A Constituição Concretizada**. Construindo Pontes com o Público e o Privado. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2000.

SCHIER, Paulo Ricardo. **Filtragem Constitucional**. Construindo uma Nova Dogmática Jurídica. Porto Alegre: Sergio Fabris, 1999.

TZITZIS, Stamatios. *Crise économique, souveraineté populaire et droits sociaux*, **Annuaire International des Droits de l'Homme**, v. VII, 2012-2013.

VALLANÇON, François. **Philosophie juridique**. Paris: Studyrama, 2012.

ZANITELLI, Leandro Martins. **Direito Privado Constitucional e Método**. Porto Alegre: UniRitter, 2008.

-
- 1 Neste artigo utilizou-se o Acordo Ortográfico da Língua Portuguesa, em vigor, na sua variante europeia.
 - 2 ALAIN. **Propos**, n. 524, abril de 1931, Paris, Gallimard: ed. Pléiade, v. II, p. 854
Cf. o nosso livro CUNHA, Paulo Ferreira. **Para uma Ética Republicana**. Lisboa: Coisas de Ler, 2010, com Prefácio de Eduardo Bittar.
 - 4 Sobre todos estes conceitos de periodização, cf., v.g., o nosso livro CUNHA, Paulo Ferreira. **Direito Constitucional Geral**. 2. ed. Lisboa: Quid Juris, 2013. (da edição brasileira se fará em breve nova publicação). Sobre os Constitucionalismos.
 - 5 CUNHA, Paulo Ferreira. Constituintes, Ideologia e Utopia. Linhas de Leitura Comparatísticas Luso-brasileiras. In: DUARTE, Rui Pinto et al. (orgs). **Estudos em Homenagem ao Professor Doutor Carlos Ferreira de Almeida**. Coimbra: Almedina, 2011, v. 3, pp. 73-96.

- 6 DE SOUSA SANTOS, Boaventura. Que Democracia é esta? In: **Público**, 19 de Julho de 2011, *apud* A Viagem dos Argonautas. Disponível em: <<http://aviagemdosargonautas.blogs.sapo.pt/755904.html>>.
- 7 BARROSO, Luís Roberto. O Novo Direito Constitucional e a Constitucionalização do Direito. In: COUTINHO, Jacinto Nelson de Miranda; LIMA, Martinio Mont'Alverne Barreto (Orgs.). **Diálogos Constitucionais: Direito, Neoliberalismo e Desenvolvimento em Países Periféricos**. Rio de Janeiro/São Paulo/Recife, 2006, Renovar, p. 324-325.
- 8 Cf., v.g., SARLET, Ingo (Org.). **A Constituição Concretizada. Construindo Pontes com o Público e o Privado**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2000. SCHIER, Paulo Ricardo. **Filtragem Constitucional**. Construindo uma Nova Dogmática Jurídica. Porto Alegre: Sergio Fabris, 1999. MORAES, Maria Celina Bodin de. A Caminho de um Direito Civil Constitucional, In: **Revista de Direito Civil**, 65: 23, 1991. LUCARELLI, Maria Virginia Galvão Paiva. Repensando o Direito da Família, à luz dos Direitos Constitucionais Fundamentais. In: SILVA, Roberto B. Dias da. (Coord.). **Direito Constitucional**. Temas Atuais, p. 131 ss. ARONNE, Ricardo. **Direito Civil Constitucional e Teoria do Caos**. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2006. BINENBOJM, Gustavo. **Uma Teoria do Direito Administrativo**. Direitos Fundamentais, Democracia e Constitucionalização. Rio de Janeiro: Renovar, 2006, com o significativo prefácio de Luis Roberto Barroso, *A Caminho de um Direito Administrativo Constitucional*; ZANITELLI, Leandro Martins. **Direito Privado Constitucional e Método**. Porto Alegre: UniRitter, 2008. PALMA, Maria Fernanda. **Direito Constitucional Penal**. Coimbra: Almedina, 2006. CARVALHO, Alexander Perazo Nunes de. O Direito Constitucional e as Novas Relações Patrimoniais. In: SALES, Gabrielle Bezerra; JUCÁ, Roberta Laena Costa (Orgs.). **Constituição em Foco**. 20 Anos de um Novo Brasil. Fortaleza: Faculdade Christus, 2008, p. 261 ss.
- 9 Cf., mais desenvolvidamente, o nosso livro, CUNHA, Paulo Ferreira da. **Constituição & Política**. Lisboa: Quid Juris, 2012.
- 10 Cf. o nosso livro CUNHA, Paulo Ferreira. **O Contrato Constitucional**. Lisboa: Quid Juris, 2014.
- 11 Cf. o nosso livro CUNHA, Paulo Ferreira. **Direitos Fundamentais**. Fundamentos e Direitos Sociais. Lisboa: Quid Juris, 2014.
- 12 HESSE, Konrad. *Die normative Kraft der Verfassung*. Tubinga: Mohr, 1959, trad. port. In: **A Força Normativa da Constituição**. Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris Editor, 1991.
- 13 BONAVIDES, Paulo. **Curso de Direito Constitucional**. 24. ed. São Paulo: Malheiros, 2009. LEITE, George Salomão (Org.). **Dos Princípios Constitucionais: Considerações em torno das Normas Principiológicas da Constituição**. São Paulo: Malheiros, 2003. LEAL, Mônia Clarissa Hennig. **A Constituição como Princípio**. Os Limites da Jurisdição Constitucional Brasileira. Barueri: São Paulo, 2003. Uma visão diversa das preponderantes hoje é a de PEREIRA MENAUT, Antonio-Carlos. *Constitución, Principios, Valores*. In: **Dereito**, v. 13, n. 1, 2004, pp. 189-216.
- 14 Cf., ALEXY, Robert. *Theorie der Grundrechte*, Suhrkamp, 1986, In: VALDÉS, Ernesto Garzón (Trad.). **Teoría de los Derechos Fundamentales**. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1997, p. 152 ss.; e já o nosso CUNHA, Paulo Ferreira. **Teoria da Constituição**. Direitos Humanos, Direitos Fundamentais. Lisboa/São Paulo: Verbo, 2000, v. 2, p. 278.
- 15 Sobre vários princípios constitucionais aqui relevantes, cf., por todos, o nosso manual CUNHA, Paulo Ferreira. **Direito Constitucional Geral**. Nova edição. Lisboa: Quid Juris, 2013, p. 357 ss.
- 16 Cf. o nosso CUNHA, Paulo Ferreira. Dos Princípios Positivos e dos Princípios Supremos. In: **Collatio**, Madrid, 2012, n. 11, pp. 5-16.
- 17 RAWLS, John. *A Theory of Justice*. Harvard University Press, 1971. In: CHACON, Vamireh (Trad.). **Uma Teoria da Justiça**. Brasília: Edições da Universidade de Brasília, 1981.
- 18 Cf. ARON, Raymond. *Essai sur les libertés*. Paris: Hachette, 1998, p. 129.
- 19 VALLANÇON, François. *Philosophie juridique*. Paris: Studyrama, 2012, p. 109.
- 20 CRISTÓVAM, José Sérgio da Silva. **Colisões entre Princípios Constitucionais**. Razoabilidade, Proporcionalidade e Argumentação Jurídica. Curitiba: Juruá, 2006. MORESO, José Juan. *Conflictos entre Principios Constitucionales*. In: **Neoconstitucionalismo(s)**. Madrid: Trotta, 2003, p. 99 ss.
- 21 Cf. o nosso livro CUNHA, Paulo Ferreira da. **Novo Direito Constitucional Europeu**. Coimbra: Almedina, 2005.
- 22 Cf. o nosso artigo CUNHA, Paulo Ferreira. **União Europeia, Soberania e Finanças Públicas**, no prelo.
- 23 Cf., por todos, BEN ACHOUR, Yadh. *Au Service du droit démocratique et du droit constitutionnel international. Une Cour constitutionnelle internationale*. **Revue du Droit Public**, 2014, n. 2, p. 419 ss.; International Constitutional Court – *Projet de Création d'une Cour Constitutionnelle Internationale / Project for the Establishment of an International Constitutional Court*, Tunis, Documents of the ICCO Ad hoc Committee, 2014. E os nossos artigos CUNHA, Paulo Ferreira da. Tribunal Constitucional Internacional (TCI): Corpus e Animus. In: **Justiça com A**, n. 3, 17 de fevereiro de 2015, pp. 10-11. *La Cour Constitutionnelle Internationale (CCO) - Une Idée*

- qui fait son chemin*, “Notandum” 38 mai-ago 2015, CEMOrOC-FEUSP / IJI-Univ. do Porto, p. 21 ss.; *Psychologie des souverainistes. Un obstacle de fond au droit constitutionnel international*, conferência no colóquio *Une Cour Constitutionnelle Internationale au service du droit démocratique et du droit consitutionnel*, Rabat, Faculté de Droit de Rabat-Agdal, Université Mohammed V, 16 de Junho de 2015, no prelo. E o nosso livro CUNHA, Paulo Ferreira da. *Pour une Cour constitutionnelle internationale*. Lisboa: A Causa das Regras, no prelo.
- 24 Recordando, evidentemente, DWORKIN, Ronald. *Taking Rights seriously*. Londres: Duckworth, 1977. GOMES CANOTILHO, José Joaquim. *Tomemos a sério os direitos econômicos, sociais e culturais*. Separata de Boletim da Faculdade de Direito de Coimbra, número especial, “Estudos em Homenagem ao Prof. Doutor Antônio Arruda Ferrer Correia, 1984”. Coimbra: 1988, In: *Estudos sobre Direitos Fundamentais*. Coimbra: Coimbra Editora, 2004.
- 25 TZITZIS, Stamatios. *Crise économique, souveraineté populaire et droits sociaux. Annuaire International des Droits de l’Homme*, v. VII, 2012-2013, p. 505 ss.
- 26 *Ibidem*, p. 513.
- 27 *Apud* “Jornal i”, 13 de julho de 2014. Disponível em: <<http://www.ionline.pt/artigos/portugal-25-abril/adriano-moreira-portugal-esta-governado-neoliberalismo-repressivo>>. Acesso em: 16 ago. 2014.
- 28 Especificamente sobre alienação, mesmo dos próprios juristas, que são uma certa casta, apesar da massificação a que se tem assistido, cf. o nosso livro CUNHA, Paulo Ferreira. *Desvendar o Direito*. Lisboa: Quid Juris, 2014.

HEADING TO CONSTITUTIONALISM 4.0: CONSTITUTIONAL THOUGHTS FOR TODAY AND TOMORROW

ABSTRACT

This article presents and develops some thoughts we figure as elementary and vital for the conscious emergence of a new constitutionalism (do not confuse it, of course, with neoconstitutionalism), which might be designated as 4.0. To achieve this objective it will be necessary a profound historical and philosophical comprehension of previous phases of constitutionalism. Also an accurate diagnosis of the attacks, the disdain and the oblivion of the constitutions in many countries must be performed. To accomplish these tasks will require confidence (forged by hard work) in theoretical and practical energy of this great civilizational conquer, which nowadays stumbles in others rationalities or irrationalities, from interests and superficialities to lack of culture and technocracy. One of the new glimpses of hope is the creation of a International Constitutional Court for Democracy, Human Rights and rule of law.

Keywords: Constitutional History. Constitutionalism. Crisis on Democracy. International Constitutional Court.

Submetido: 17 ago. 2015

Aprovado: 21 ago. 2015