

Rui Medeiros¹

**CONSTITUCIONALISMO DE MATRIZ LUSÓFONA: REALIDADE E
PROJECTO**



¹ Professor da Faculdade de Direito da Universidade Católica Portuguesa (rm@servulo.com).

Ao meu sogro, Jose Moutinho, que nunca escondeu as suas humildes origens e que, «com sensíveis movimentos de esperança e de vontade», soube tornar-se um advogado independente e, sobretudo, um pai de família e um exemplo de vida.



1. Uma comparação normativa culturalmente ancorada²

I. O Direito Constitucional constitui, na célebre tese de PETER HÄBERLE, desenvolvida pelo menos desde 1982³, “uma *criação cultural* por excelência” e, por isso, a comparação constitucional postula também “**comparação cultural**”⁴.

Não se ignora, naturalmente, como há muito ensina CASTANHEIRA NEVES, que todo “o direito compete à autonomia cultural do homem”. Com efeito, embora o Direito não seja apenas o resultado normativo de uma *voluntas*, a procura dos fundamentos constitutivos do direito numa manifestação ou modalidade do Ser, seja numa metafísica ontológica, seja numa ontologia antropológica, não compreende que o direito, “tanto no seu sentido como no conteúdo da sua normatividade, é uma resposta culturalmente humana (resposta por isso só possível, não necessária) ao problema também humano da convivência no mesmo mundo e num certo espaço histórico-social, e assim sem a necessidade ou a indisponibilidade ontológica, mas antes com a historicidade e o condicionamento histórico-sociais de toda a cultura”. O Direito, por outras palavras, “não é descoberto em termos de objectividade essencial pela razão teórica e no domínio da filosofia especulativa ou teórica, é constituído por exigências humano-sociais particulares explicitadas pela razão prática e imputado

² Este texto – versão escrita concluída em Julho de 2010 da conferência proferida, em Lisboa, no dia 20 de Maio, na 1^a Assembleia da Conferência das Jurisdições Constitucionais dos Países de Língua Portuguesa – estava inicialmente destinado aos Estudos de homenagem ao Prof. Doutor Diogo Freitas do Amaral. E, não tendo o presente trabalho sido publicado nessa merecida homenagem ao Decano dos Administrativistas portugueses, é de elementar justiça este pequeno tributo ao Mestre, não apenas porque o tema se enquadra numa das preocupações que sempre marcou a actuação de Diogo Freitas do Amaral como jurista e homem da cultura e da política, mas sobretudo porque o autor destas linhas acumulou, ao longo dos anos, desde os longínquos tempos dos bancos da Faculdade, uma enorme dívida de gratidão que jamais poderá esquecer.

³ Cfr. PETER HÄBERLE, *Europäische Verfassungslehre*, 3.^a ed., Baden-Baden, 2005, 11.

⁴ Cfr. PETER HÄBERLE, *Theorieelemente eines allgemeinen juristischen Rezeptionsmodells*, in *Juristen Zeitung*, 1992, 1036; *Novos horizontes e novos desafios do constitucionalismo*, in *Anuário Português de Direito Constitucional*, V, 2006, 40 e 43.

à responsabilidade poética da filosofia prática”⁵. Em suma, os valores que dão sentido fundamentante à normatividade jurídica e que densificam o significado da dignidade da pessoa humana devem ser procurados “no fundo ético da nossa cultura, neste nosso momento histórico”⁶, sendo questionável o apelo à natureza das coisas ou à natureza do homem como via de descoberta do dever ser a partir do ser⁷.

A conclusão tem importantes manifestações ao nível do Direito Constitucional. Como lembra PETER HÄBERLE⁸, a Constituição não é um mero texto normativo, sendo antes expressão de um estado de desenvolvimento cultural. Ela é, por outras palavras, expressão viva de um *status quo* cultural e em permanente evolução e, por isso, em última análise, um meio através do qual o povo se encontra a si mesmo através da sua própria cultura. Ora, neste sentido, que ultrapassa em muito as fronteiras de um Direito Constitucional da Cultura em sentido estrito, a Lei Fundamental pode ser vista como *espelho fiel da herança cultural de um povo e seu fundamento de esperança*, podendo a cultura ser inclusivamente configurada como um dos elementos configuradores do Estado constitucional⁹.

Desde logo, sendo a cultura influenciada pelo factor temporal¹⁰, deve reconhecer-se que, num *entendimento dinâmico da Constituição como projecto*

⁵ Cfr. CASTANHEIRA NEVES, *Digesta*, II, 410-412.

⁶ Cfr. CASTANHEIRA NEVES, *Digesta*, II, 138.

⁷ Cfr. GÜNTER STRATENWERTH, *Das Rechtstheoretische Problem der «Natur der Sache»*, Tübingen, 1957, 27.

⁸ Cfr. PETER HÄBERLE, *Europäische Verfassungslehre*, 3.^a ed., 125.

⁹ Cfr. PETER HÄBERLE, *Teoría de la Constitución como ciencia de la cultura*, trad., Madrid, 2000, 34, 140-141 e 145 – cfr., no sentido de que na União Europeia este quarto elemento, por confronto com a célebre teorização dos três elementos do Estado de JELLINEK, assume um lugar preponderante, PETER HÄBERLE, *Europäische Verfassungslehre*, 3.^a ed., 126 ss.

¹⁰ Cfr. PETER HÄBERLE, *Europäische Verfassungslehre*, 3.^a ed., 139.

*inacabado*¹¹, o próprio Tribunal Constitucional, além de não ter o *monopólio da interpretação*, que, numa sociedade aberta de intérpretes – na expressão feliz de PETER HÄBERLE¹² –, é tarefa de todos, nem sequer tem, afinal a *última palavra* na interpretação da Constituição¹³.

Além disso, numa *sociedade aberta de intérpretes da Constituição*, da mesma forma que se assiste no espaço constitucional comum europeu à europeização dos intérpretes¹⁴, há espaço para afirmar que, no espaço cultural lusófono, o papel dos intérpretes não se esgota nas fronteiras de cada Estado de língua portuguesa. Daí a importância de “dar um contributo positivo à edificação de uma comunidade de gentes, de uma comunidade de olhares, interesses e projectos múltiplos, que possibilite aos respectivos povos e nações um diálogo comunicativo em prol da justiça e do desenvolvimento económico e social”¹⁵.

II. Neste sentido, a Comunidade dos Países de Língua Portuguesa pode ser chamada a ter um papel relevante. Recorde-se que *os laços privilegiados de amizade e cooperação com os países de língua portuguesa* estão na base da criação de uma embrionária organização internacional: a Comunidade dos Países de Língua Portuguesa, objecto da Declaração Conjunta de 17 de Julho de 1996 (assinada,

¹¹ Cfr. JÜRGEN HABERMAS, *Faktizität und Geltung*, Frankfurt am Main, 1992, 464.

¹² Cfr., por todos, *Die offene Gesellschaft der Verfassungsinterpreten*, in *Juristenzeitung*, n. 10, 1975, 297 ss – texto republicado in *Verfassung als öffentlicher Prozess*, Berlin, 1996, 155 ss.

¹³ Cfr. PETER HÄBERLE, *Grundrechtsgeltung und Grundrechtsinterpretation im Verfassungsstaat – Zugleich zur Rechtsvergleichung als “funfter” Auslegungsmethode*, in *Rechtsvergleichung im Kraftfeld des verfassungsstaates*, Berlin, 1991, 43-44.

¹⁴ Cfr. PETER HÄBERLE, *Gemeineuropäisches Verfassungsrecht*, in *Rechtsvergleichung im Kraftfeld des verfassungsstaates*, Berlin, 1991, 98 – cfr., sublinhando inclusivamente que, no contexto internacional mais vasto, a sociedade aberta de intérpretes torna-se internacional, PETER HÄBERLE, *Grundrechtsgeltung und Grundrechtsinterpretation im Verfassungsstaat – Zugleich zur Rechtsvergleichung als “funfter” Auslegungsmethode*, 37.

¹⁵ Cfr. GOMES CANOTILHO, *Memória*, in *Constituições dos países de língua portuguesa*, Jus Gentium Conimbrigae, Coimbra, 1997.

aprovada e ratificada por Angola, Brasil, Cabo Verde, Guiné-Bissau, Moçambique, Portugal e São Tomé e Príncipe, tendo Timor-Leste aderido após a independência).

Não se pode perder de vista, a este propósito, que “toda a meditação sobre a língua transnacional em que o português se tornou depois da independência do Brasil viria a ter por referência o conceito de Fernando Pessoa, que aponta para uma Pátria abrangente de mais de uma soberania”¹⁶. E, de facto, sem prejuízo da especificidade de Timor-Leste, em que, além do português, também o tétum constitui língua oficial da nova República¹⁷, “a «língua oficial» é duplamente importante: serve em cada Estado como factor de consolidação de uma indispensável estabilidade interna; é uma força de agregação num espaço geograficamente fragmentado como o da CPLP”¹⁸. Não surpreende, neste contexto, que, muito por influência de Itamar Franco, o Instituto Internacional de Língua Portuguesa se tenha tornado o embrião da Comunidade dos Países de Língua Portuguesa¹⁹.

Em qualquer caso, essa visão transnacional da língua tem sido “alargada para a área da cultura, atribuindo uma especificidade lusotropical aos sincretismos que se destacaram sobre a definição das fronteiras do ocidentalismo”. Com efeito, a descolonização não pôs fim “ao património histórico comum aos povos do antigo império, à participação da língua e dos valores miscigenados, à cooperação

¹⁶ Cfr. ADRIANO MOREIRA, *As solidariedades horizontais*, in *Comunidade dos Países de Língua Portuguesa*, Coimbra, 2001, 13.

¹⁷ Cfr. FORBELA PIRES, *Fontes do direito e procedimento legislativo na República Democrática de Timor-Leste*, in *Estudos em Memória do Professor Doutor António Marques dos Santos*, II, Coimbra, 2005, 109 ss.

¹⁸ Cfr. ADELINO TORRES / MANUEL ENNES FERREIRA, *A Comunidade dos Países de Língua Portuguesa no contexto da globalização: problemas e perspectivas*, in *Comunidade dos Países de Língua Portuguesa*, Coimbra, 2001, 26.

¹⁹ Cfr. CARMEN LÚCIA ANTUNES ROCHA, *Os direitos de cidadania no Brasil, no Mercosul e na Comunidade de Língua Portuguesa*, in *Portugal-Brasil - Ano 2000*, Coimbra 1999, 447 - cfr., sobre os antecedentes da CPLP, LUÍS FERREIRA LOPES / OCTÁVIO DOS SANTOS, *Os novos descobrimentos*, Coimbra, 2006, 7 ss.

no mundo globalizado, à formação de padrões de intervenção participada na comunidade internacional”²⁰. É certo que a CPLP, enquanto comunidade, *maxime* no plano estritamente económico, “está longe de ser uma instituição consolidada” e que o próprio apelo a uma história comum, se constitui uma importante retórica de legitimação, não permite ignorar – salvo numa “concepção romântica de uma «desinteressada» e singular «irmandade», confinada a um espaço histórico e linguístico “*sui generis*” – os *encontros e desencontros* entre portugueses, brasileiros e africanos ao longo dos tempos²¹. Ainda assim, não se afigura exagerado afirmar que, ultrapassada a fase da unidade jurídico-política e a primeira fase posterior à descolonização, em que os complexos de colonizador e de descolonizador se encontravam bastante vivos, permaneceu, para além da língua, muito do ensino e da cultura, o essencial do Direito e importantes traços de natureza económica, financeira e tecnológica²².

No fundo, mesmo numa perspectiva portuguesa, terminado o ciclo do Império, o elemento que no Estado português tende a ser determinante, em termos de estratégia nacional, não é nem o território – pela sua exiguidade – nem o poder político – comparado com o poder político de outros países –, mas sim o elemento humano ou, se se quiser, a realidade cultural ou humana²³.

III. Em qualquer caso, e apesar da importância do crescente intercâmbio entre constitucionalistas de países de língua oficial portuguesa, expressos em

²⁰ Cfr. ADRIANO MOREIRA, *As solidariedades horizontais*, 13 e 19.

²¹ Cfr. ADELINO TORRES / MANUEL ENNES FERREIRA, *A Comunidade dos Países de Língua Portuguesa no contexto da globalização: problemas e perspectivas*, 25 e 27.

²² Cfr. MARCELO REBELO DE SOUSA, *Da descolonização à comunidade dos países de língua portuguesa*, in *20 Anos da Constituição de 1976*, Coimbra, 2000, 292 e 295.

²³ Cfr. MARCELO REBELO DE SOUSA, *Da descolonização à comunidade dos países de língua portuguesa*, 294 ss.

inúmeros “congressos, jornadas e seminários”²⁴, que leva inclusivamente um dos maiores constitucionalistas portugueses – GOMES CANOTILHO – a dedicar o seu importante *Direito Constitucional e Teoria da Constituição* aos colegas e alunos brasileiros, a questão do constitucionalismo de língua portuguesa não pode deixar de ter como referência o quadro *normativo* constitucional. O Estado constitucional, enquanto factor disciplinador da sociedade aberta, não pode abdicar da centralidade da sua dimensão *normativa*, havendo por isso que **evitar qualquer tentação de dissolução do texto jurídico-constitucional no agitado oceano da cultura**²⁵.

2. O constitucionalismo ocidental e sua diversidade

I. É sabido que o campo do Direito Comparado, ao mesmo tempo que repudia uma “concepção ocidental do Direito”, “tem evoluído de eurocêntrico para global”²⁶. Todavia, a análise subsequente assume, como ponto de partida, que hoje as Constituições de língua portuguesa são ainda herdeiras da evolução mais recente daquilo que ROGÉRIO EHRHARDT SOARES apelidava do **mundo cultural do Ocidente**. O Mestre de Coimbra há muito que autonomizou o “sentido que o mundo cultural do Ocidente, ao longo dos séculos, foi dispensando à ideia de Constituição”²⁷. E, de facto, mesmo nos nossos dias, estando nós bastante longe

²⁴ Cfr. RICARDO MALHEIROS FIUZA, *Relações entre Portugal e Brasil no Direito Constitucional*, in *Direito Constitucional comparado*, 321.

²⁵ Cfr. PETER HÄBERLE, *Teoría de la Constitución como ciencia de la cultura*, 104.

²⁶ Cfr. CARLOS FERREIRA DE ALMEIDA, *Direito Comparado – ensino e método*, Lisboa, 2000, 100.

²⁷ Cfr. ROGÉRIO EHRHARDT SOARES, *O conceito ocidental de Constituição*, 36.

ainda de um Direito universal²⁸, continua a ter sentido partir das bases do constitucionalismo de matriz ocidental.

Não se ignora, com a referência ao constitucionalismo ocidental, que, como lembra certamente JÜRGEN HABERMAS, os princípios fundamentais em que se alicerça o Direito Constitucional ocidental estão hoje largamente difundidos por diversos continentes e, por isso, não constituem um *proprium* do Ocidente e, por maioria de razão, uma vez que “o Ocidente não engloba apenas a Europa”, muito menos do continente europeu²⁹. Pelo contrário, deixando as experiências das Constituições socialistas ou os diversos ordenamentos constitucionais que fundam regimes autoritários ou totalitários, assiste-se, nos nossos dias, a uma força de atracção hegemónica do modelo de Estado ocidental, o qual se tornou numa realidade incontornável ou, noutras palavras, se transformou em tipo de Estado constitucional *urbi et orbi*³⁰. Neste sentido, com o *triunfo do Estado Constitucional*³¹, e independentemente agora dos diversos factores que, nos nossos dias, colocam o constitucionalismo numa zona de penumbra³², pode dizer-se que as actuais Constituições de língua portuguesa são ainda tributárias deste pensamento de matriz ocidental.

Com esta universalização da cultura jurídico-constitucional europeia³³, pode afirmar-se que, no culminar de uma evolução que extravasa das fronteiras do Ocidente, são duas no nosso tempo as grandes qualidades deste “Estado

²⁸ Cfr. PETER HÄBERLE, *Teoría de la Constitución como ciencia de la cultura*, 122 ss.

²⁹ Cfr. JÜRGEN HABERMAS, *El Occidente escindido*, 49.

³⁰ Cfr. E. KAFFT KOSTA, *Estado de Direito – O Paradigma Zero: Entre Lipoaspiração e Dispensabilidade*, Coimbra, 2007, 304 e 307.

³¹ Cfr. PETER HÄBERLE, *Theorieelemente eines allgemeinen juristischen Rezeptionsmodells*, 1033.

³² Cfr., por último, PETRA DOBNER / MARTIN LOUGHLIN (coord.), *The Twilight of Constitutionalism?*, Oxford University Press, 2010, *passim*.

³³ Cfr. PETER HÄBERLE, *Europäische Verfassungslehre*, 3.^a ed., 110-111.

Constitucional: Estado de *direito* e Estado *democrático*”³⁴. E, como assinala DIETER GRIMM³⁵, estes dois elementos do constitucionalismo – princípio democrático e *rule of law* – são, nesta perspectiva, inseparáveis.

A conclusão significa que, na busca ulterior das singularidades comuns ao constitucionalismo de conjuntos afins de Estados, não se justifica aqui trazer à colação elementos diferenciadores dos *Estados de derivação liberal*³⁶ em face de outros tipos constitucionais de Estado. Decisivo, pelo contrário, é compreender como é que, dentro deste Estado de direito democrático – que, para ser um conceito operativo e *universalizável*, tem um conteúdo minimal³⁷ –, é possível autonomizar diferentes famílias constitucionais ou, para usar a expressão de JAMES T. MCHUGH³⁸, é possível distinguir diferentes tradições constitucionais.

II. Neste contexto, na busca que se pretende levar a cabo, privilegiar-se-á a *macrocomparação*, isto é, uma comparação entre as ordens constitucionais “consideradas na sua globalidade”³⁹.

É bem sabido que JELLINEK desenvolveu a ideia dos tipos fundamentais de Estado, reduzindo assim as formas históricas de Estado a tipos⁴⁰. E, no século XX, uma vez que, embora tenha triunfado “a unanimidade formal”, através da

³⁴ Cfr. GOMES CANOTILHO, *Direito Constitucional e teoria*, 7.^a ed., Coimbra, 2003, 93.

³⁵ Cfr. DIETER GRIMM, *The Achievement of Constitutionalism and its Prospects in a Changed World*, in *The Twilight of Constitutionalism?*, Oxford University Press, 2010, 10.

³⁶ Cfr. GIUSEPPE DE VERGOTTINI, *Diritto Costituzionale Comparato*, Padova, 1993, 57 ss.

³⁷ Cfr. E. KAFFT KOSTA, *Estado de Direito – O Paradigma Zero*, 601 – cfr., justamente a propósito do sentido do respeito pela dignidade da pessoa humana, JACKIE JONES, “Common Constitutional Traditions”: *Can the Meaning of Human Dignity under German Law Guide the European Court of Justice?*, in *Public Law*, 2004, 167 ss.

³⁸ *Comparative Constitutional Traditions*, New York: Peter Lang, 2002.

³⁹ Cfr. CARLOS FERREIRA DE ALMEIDA, *Direito Comparado – ensino e método*, 64.

⁴⁰ Cfr. JORGE MIRANDA, *Manual de Direito Constitucional*, I, Coimbra, 8.^a ed., 2009, 54-55.

generalização das Constituições escritas, se perdeu “a unanimidade material”, é frequente distinguir, dentro do mesmo tipo histórico de Estado, diferentes tipos constitucionais ou diversas grandes famílias constitucionais⁴¹.

A verdade, porém, é que, perante a heterogeneidade e multiplicidade de ordens constitucionais no nosso tempo, uma tal tarefa, mesmo em geral, não se afigura fácil. Por isso, aliás, há, quem afirme que, “longe de grandes classificações globais, importam hoje classificações de sistemas constitucionais tendo por critério a solução dada a problemas específicos (v.g., quanto ao controlo de constitucionalidade)”⁴². Ainda assim, não obstante as dificuldades da tentativa de identificar, dentro do constitucionalismo de matriz ocidental contemporâneo, traços de constitucionalismos específicos, adoptar-se-á uma perspectiva de *macrocomparação*, recusando-se, pois, uma *microcomparação* através do confronto entre específicos sectores ou instituições⁴³.

III. Uma última palavra neste esforço delimitador para referir que, sendo o escopo deste estudo discutir a bondade da afirmação da existência de um constitucionalismo de matriz lusófona, a investigação subsequente, em vez de procurar acentuar as diferenças, situa-se naquilo a que já se chamou um *direito comparado das concordâncias*, procurando verificar se existe um *common core* específico dos sistemas constitucionais dos Estados de língua portuguesa⁴⁴. Procurar-se-á, por outras palavras, descobrir as *continuidades*⁴⁵. Embora, com este propósito em mente, isto é, na busca de um constitucionalismo de matriz comum,

⁴¹ Cfr. JORGE MIRANDA, *Manual*, I, 8.ª ed., 100-101 e 109-116.

⁴² Cfr. JORGE MIRANDA, *Manual*, I, 8.ª ed., 113.

⁴³ Cfr. GIUSEPPE DE VERGOTTINI, *Diritto Costituzionale Comparato*, 34.

⁴⁴ Cfr. CARLOS FERREIRA DE ALMEIDA, *Direito Comparado – ensino e método*, 121.

⁴⁵ Cfr. MARCELO REBELO DE SOUSA, *Da descolonização à comunidade dos países de língua portuguesa*, 292.

importa ter especiais cautelas, para não incorrer no vício de reduzir precipitadamente a denominador comum aspectos constitucionais que são e se pretende que sejam assumidamente diferentes⁴⁶.

3. Do constitucionalismo ocidental ao constitucionalismo no espaço da União Europeia

I. A evolução europeia é, a este nível, sugestiva. Embora a Europa seja integrada por Estados muito diversos e, frequentemente, com consciências nacionais profundas e bem arraigadas – o que impõe inevitavelmente limites à europeização dos diversos constitucionalismos⁴⁷ –, a evolução tem revelado uma progressiva afirmação de uma identidade cultural europeia e específica. Naturalmente, não se justifica, no âmbito do tema em discussão, aprofundar o tema. Basta tão-somente recordar alguns traços deste fenómeno de afirmação de uma matriz constitucional europeia ou, na célebre fórmula de PETER HÄBERLE, de um **Direito Constitucional comum europeu**⁴⁸.

Esta *comunidade axiológica* europeia⁴⁹ tem beneficiado, em parte, dos trabalhos desenvolvidos no seio do Conselho da Europa, designadamente em virtude da jurisprudência do Tribunal Europeu desenvolvida a partir da Convenção Europeia dos Direitos do Homem.

É importante, em qualquer caso, não ignorar as diferenças entre os princípios comuns à grande Europa e aqueles que têm sido afirmados no quadro

⁴⁶ Cfr. PETER HÄBERLE, *Gemeineuropäisches Verfassungsrecht*, 94.

⁴⁷ Cfr. PETER HÄBERLE, *Europäische Verfassungslehre*, 3.^a ed., 53 ss.

⁴⁸ Cfr. PETER HÄBERLE, *Gemeineuropäisches Verfassungsrecht*, 71 ss.

⁴⁹ Cfr. PETER HÄBERLE, *Teoría de la Constitución como ciencia de la cultura*, 124.

da União Europeia⁵⁰. Com efeito, numa época em que se assiste ao emergir de uma constelação pós-nacional, em que se torna cada vez mais importante, no próprio espaço de uma sociedade internacional politicamente comprometida, a existência de *global players*⁵¹, a União Europeia tem assumido um papel determinante na formação de um *património constitucional europeu* (para usar a conhecida expressão com que ALESSANDRO PIZZORUSSO deu mote a uma das suas importantes obras).

Não se justifica, naturalmente, lembrar aqui os principais factores – legais, jurisprudenciais e doutrinários – que têm contribuído para a afirmação deste fenómeno⁵².

Impõe-se, ainda assim, recordar que os elementos do tipo Estado Constitucional europeu integram dignidade humana e democracia pluralista, direitos do homem e liberdades fundamentais, Estado de Direito (*v.g.* submissão ao Direito, proibição de excesso) e justiça social, autonomia autárquica e subsidiariedade, tolerância e protecção das minorias, regionalismo ou federalismo⁵³. Noutra aproximação, como reafirmou PETER HÄBERLE, em conferência recente em Lisboa, “podem enumerar-se como *elementos concretos* do constitucionalismo, sem a pretensão de ser completo, pois o tipo Estado Constitucional conhece numerosas variantes nacionais:

- (1) A *dignidade do homem*, enquanto premissa antropológica-cultural do Estado constitucional (...);
- (2) A *democracia pluralista*, enquanto sua consequência *organizatória* (...);

⁵⁰ Cfr. PETER HÄBERLE, *Europäische Verfassungslehre*, 3.^a ed., 56 ss.

⁵¹ Cfr. JÜRGEN HABERMAS, *El Occidente escindido*, trad., Madrid, 2006, 170 ss.

⁵² Cfr., por exemplo, PETER HÄBERLE, *Gemeineuropäisches Verfassungsrecht*, 76 ss.

⁵³ Cfr. PETER HÄBERLE, *Gemeineuropäisches Verfassungsrecht*, 84.

- (3) Os *direitos fundamentais*, enquanto conjunto multifacetado, em contínuo processo de diferenciação, com uma multiplicidade de «status» – desde a doutrina «status activus processualis» (...) – e também com uma pluralidade de «dimensões»: a do direito individual subjectivo, a objectivo-institucional, a corporativa e a orientada pelas tarefas estaduais;
- (4) A *divisão dos poderes* («balance»), no estrito sentido *estadual*, com a possibilidade de inovações, como a dos tribunais de contas e do «Ombudsman», e no sentido social (ex., entre patrão e trabalhador ou com referência ao pluralismo dos «media») – Montesquieu permanece aqui o texto clássico;
- (5) A *independência dos tribunais* e, graças a eles, uma «protecção jurídica efectiva» (...);
- (6) A ideia de «*rule of law*» – Estado de Direito (...);
- (7) O *direito organizatório das ordenações constitucionais*, com a ordenação das competências, a legislação, o processo administrativo aberto aos cidadãos («freedom of information») – a chamada transparência da Administração (...) – e a jurisdição”⁵⁴.

II. Importa, ainda assim, para **realçar as características específicas do Direito Constitucional comum europeu, em vez de acentuar os traços comuns ao constitucionalismo euro-atlântico**⁵⁵, sublinhar que o tipo europeu de Estado Constitucional não pode ser compreendido se não se atender, designadamente, a uma leitura particularmente intolerante contra quaisquer formas susceptíveis de representar um atentado contra a dignidade da pessoa humana, em especial

⁵⁴ Cfr. PETER HÄBERLE, *Novos horizontes e novos desafios do constitucionalismo*, in *Anuário Português de Direito Constitucional*, vol. V, 2006, 39-40.

daquelas mais vulneráveis, à especial preocupação em assegurar a todos um Estado de bem-estar que compense as debilidades do mercado ou, pelo menos, a assunção inequívoca de um *ethos* solidário, no quadro de um *combate por mais justiça social*⁵⁶, ao desejo de uma ordem internacional multilateral⁵⁷.

4. A difícil busca de singularidades comuns à Constituição dos Estados de língua portuguesa

I. A afirmação da existência de um *património constitucional europeu não tem qualquer pretensão exclusivista*. Pelo contrário, mesmo deixando de lado o caso do *Commonwealth*, da mesma forma que nada impede que se fale num *espaço constitucional alemão*, compreendendo a Alemanha, a Áustria e a Suíça⁵⁸, ou de um constitucionalismo de matriz espanhola, abrangendo múltiplos países não europeus, ou de uma comunidade latino-americana de nações, nada obsta a que se busque um *ius commune lusófono*.

⁵⁵ Cfr. PETER HÄBERLE, *Grundrechtsgeltung und Grundrechtsinterpretation im Verfassungsstaat – Zugleich zur Rechtsvergleichung als “funfter” Auslegungsmethode*, 38.

⁵⁶ Não se ignora com isto que, no sistema norte-americano, a ideia de solidariedade está bem presente no âmbito da sociedade civil. Por isso, quando se acentua aquele traço da matriz constitucional europeia, tem-se em vista uma ideia de solidariedade dos modernos enquanto princípio jurídico-político cuja realização passa, não apenas pela sociedade civil ou comunidade cívica, mas também pela comunidade estadual enquanto comunidade política. Neste sentido, não obstante a redescoberta do papel da sociedade civil na concretização da ideia de solidariedade constitua um dos desafios mais prementes do nosso tempo, na Europa prevalece o entendimento segundo o qual “o Estado na sua configuração de Estado social não pode deixar de garantir a cada um dos membros da sua comunidade um adequado nível de realização dos direitos à saúde, à educação, à habitação; à segurança social, etc” (JOSÉ CASALTA NABAIS, *Algumas considerações sobre a solidariedade e a cidadania*, 149, 151 e 154).

⁵⁷ Cfr., referindo-se ainda ao reconhecimento da relevância da separação clara entre política e religião, JÜRGEN HABERMAS, *El Occidente escindido*, 49 ss.

⁵⁸ Cfr. PETER HÄBERLE, *Teoría de la Constitución como ciencia de la cultura*, 52 ss.

II. Na verdade, as primeiras constituições dos cinco países africanos de língua portuguesa tinham em comum alguns traços que impediam liminarmente qualquer aproximação aos princípios nucleares da Constituição portuguesa de 1976.

É certo que, mesmo em Portugal, não se pode ignorar o profundo alcance do processo constitucional ocorrido entre 1976 e 1989. De facto, o texto inicial apresentava uma “bipolarização estrutural”⁵⁹, não apenas em face da tensão entre legitimidade democrática e legitimidade revolucionária e militar, mas também pela tentativa de um compromisso impossível entre Estado de Direito Democrático e ordem constitucional socialista-colectivista dirigente. E, na segunda vertente assinalada, foi necessário aguardar pela segunda revisão constitucional para eliminar essa bifurcação da cabeça de Janus que continuava presente na Lei Fundamental e, conseqüentemente, mantinha viva a luta constituinte⁶⁰.

Ainda assim, quando se compara as primeiras Constituições dos países africanos de língua portuguesa com o texto constitucional português de 1976, percebe-se sem dificuldade que o afastamento do paradigma ocidental constitui uma marca inquestionável. Com efeito, para além da abundância de fórmulas ideológico-proclamatórias e do apelo às massas populares, do empenhamento na construção de um Estado director de toda a sociedade e da aposta numa organização económica do tipo colectivizante, nas referidas Constituições sobressaía uma concepção monista do poder, a institucionalização de um regime de partido único, uma compressão acentuada das liberdades públicas, em moldes autoritários e até, em alguns casos, totalitários e a recusa da separação de poderes a nível da organização política.

Só a partir do início da década de noventa se iniciaram processos de transição constitucional e, por isso, só nesta fase, no culminar dos diversos

⁵⁹ Cfr. FRANCISCO LUCAS PIRES, *Teoria da Constituição de 1976*, Coimbra, 1988, 133.

⁶⁰ Cfr. FRANCISCO LUCAS PIRES, *Teoria da Constituição de 1976*, 126 e 205-206.

processos constituintes, se tornou claro que muitas das novas fórmulas e soluções adoptadas revelavam directas influências da Constituição portuguesa de 1976⁶¹.

O que significa que o caminho para a afirmação de um constitucionalismo de matriz lusófona não está hoje, portanto, vedado.

Em coerência, **na exposição subsequente recusar-se-á uma investigação comparatística histórica**. De resto, como refere CARLOS FERREIRA DE ALMEIDA, “a comparação no direito comparado tende a ser actual e sincrónica (ou horizontal), deste modo se distinguindo pelo objecto de outras pesquisas jurídicas comparativas, tais como a história comparativa do direito e a comparação retrospectiva ou vertical”⁶².

4.1. Uma questão prévia: entre o constitucionalismo normativo e o constitucionalismo nominal

I. É bem sabido que, quando observamos “preceitos, institutos, processos similares ou aparentemente idênticos presentes em duas ou mais constituições ou quando, indo mais longe, procuramos enquadrá-los em esquemas classificatórios, é mister verificar a maior ou menor correspondência que eles adquirem nas estruturas sócio culturais, económicas e políticas dos respectivos países”⁶³. **A comparação não pode, pois, dissociar-se simplesmente de “uma exigência de efectividade**, dado que simples semelhanças textuais de carácter emblemático,

⁶¹ Cfr. JORGE MIRANDA, *Manual*, I, 8.^a ed., 225 ss.

⁶² Cfr. CARLOS FERREIRA DE ALMEIDA (*Direito Comparado – ensino e método*, 64-65).

⁶³ Cfr. JORGE MIRANDA, *Manual*, I, 8.^a ed., 115.

carentes de concretização através de uma prática credível, podem subverter, pelo seu carácter nominal ou semântico, qualquer construção científica”⁶⁴.

A divergência entre os textos normativos e o Direito efectivamente vigente assume, aliás, uma particular relevância no campo do Direito Constitucional, já que, não só a influência da política condiciona decisivamente a vigência efectiva dos preceitos constitucionais⁶⁵, mas também, numa *teoria da Constituição como ciência da cultura*, não se pode ignorar a necessidade de uma *exegese constitucional em função da especificidade cultural* de cada Estado⁶⁶.

Ora, justamente no âmago do tema desta intervenção, pode questionar-se – e a dúvida foi exemplarmente colocada por EMÍLIO KAFFT KOSTA na sua excelente e recente dissertação de doutoramento – se, fora dos quadros de um constitucionalismo puramente nominal, tem sentido que o Estado de Direito, tal como é compreendido no Ocidente, seja enviado e importado do Norte, viajando sem mais para as savanas e selvas subsaarianas, que passam assim a “envergar massivamente o uniforme do Estado de Direito (talhado segundo os ditames estéticos em voga no Norte, de acordo com as medidas ditadas pelos estilistas deste espaço)”⁶⁷.

II. O Autor centra-se sobretudo na experiência falhada do seu país, procurando, justamente, “desmontar o Estado de hoje chamado «Guiné-Bissau», sublinhando que o Estado de Direito “não pode enraizar-se se não tiver em conta a experiência de cada país, o seu desenvolvimento sócio-económico, a sua cultura política e jurídica e os seus costumes”. Doutra forma, esquece-se que o Direito

⁶⁴ Cfr. CARLOS BLANCO DE MORAIS, *Tópicos sobre a formação de uma comunidade constitucional lusófona*, in *Ab Uno Ad Omnes – 75 anos da Coimbra Editora*, Coimbra, 1998, 59.

⁶⁵ Cfr. GIUSEPPE DE VERGOTTINI, *Diritto Costituzionale Comparato*, 34 ss.

⁶⁶ Cfr. PETER HÄBERLE, *Teoría de la Constitución como ciencia de la cultura*, 45.

⁶⁷ Cfr. E. KAFFT KOSTA, *Estado de Direito – O Paradigma Zero*, 227, 249 e 297.

Constitucional “deve, não só condicionar a sua envolvência espacial e humana, mas reflectir, em certa medida, esta envolvência espacial e humana”⁶⁸.

Sem dúvida que caso se proceda ao rastreio dos elementos evidenciadores do Estado de Direito na Constituição guineense segundo o *meridiano* de referência do Norte, facilmente se conseguirão descortinar as dimensões tradicionalmente associadas à *estadualidade de direito*, legitimando a conclusão de que a Constituição da Guiné-Bissau é uma Constituição de Estado de Direito⁶⁹. O artigo 29.º da Constituição chega, aliás, a consagrar, na esteira do artigo 16.º da Constituição portuguesa, uma cláusula aberta de direitos fundamentais e o princípio da interpretação conforme à Declaração Universal dos Direitos do Homem⁷⁰.

Todavia, “o pior é a realidade translegal, a *praxis* sobre que deve assentar o edifício normacional”⁷¹. É duvidoso que os próprios “direitos fundamentais ultrapassem a fronteira da pura verbalização”⁷². Ou seja, na Guiné-Bissau, onde se pode até dizer que o constitucionalismo marcou de forma especial o nascimento do país, pois a primeira Constituição foi aprovada em 24 de setembro de 1973, ainda no decurso da luta de libertação nacional, a evolução desde a independência revela um constitucionalismo altamente conturbado⁷³, ficando evidenciado à saciedade que **o constitucionalismo guineense se furtou “(desde cedo) à valência normativa da Constituição, calcorreando antes a via nominalista”**⁷⁴. Mesmo após a “transição guiada”, operada no início da década de noventa e conduzida

⁶⁸ Cfr. E. KAFFT KOSTA, *Estado de Direito – O Paradigma Zero*, 38-39 e 165-167.

⁶⁹ Cfr. E. KAFFT KOSTA, *Estado de Direito – O Paradigma Zero*, 343 ss.

⁷⁰ Cfr. E. KAFFT KOSTA, *Estado de Direito – O Paradigma Zero*, 372.

⁷¹ Cfr. E. KAFFT KOSTA, *Estado de Direito – O Paradigma Zero*, 355.

⁷² Cfr. E. KAFFT KOSTA, *Estado de Direito – O Paradigma Zero*, 381 e 724 ss.

⁷³ Cfr. ANTÓNIO DUARTE SILVA, *O constitucionalismo da Guiné-Bissau (1973-2005)*, in *Direito e Cidadania*, n.º 25/26 (2006/2007), 63 ss.

⁷⁴ Cfr. E. KAFFT KOSTA, *Estado de Direito – O Paradigma Zero*, 291.

inicialmente sem eleição de uma assembleia constituinte multipartidária, e que permite afirmar, no culminar do processo constituinte em 1993, a existência de uma nova Constituição material (ainda que sob a capa da manutenção da mesma Constituição formal de 16 de Maio de 1984)⁷⁵, a verdade é que, num cenário de grave crise socioeconómica e de aparente desagregação do Estado, a situação política tem-se revelado muitíssimo frágil, com os militares omnipresentes e com a multiplicação das tensões entre os principais poderes e órgãos do Estado⁷⁶. Numa palavra, na Guiné-Bissau, “vigora a Constituição de 1984, em sentido formal (...). Ela proporcionou, de 1991 a 1995, a transição para uma nova Constituição, através da passagem de um regime constitucional de partido único a um Estado de Direito democrático, com observância das regras constitucionais, isto é, sem ruptura. Várias vezes modificada e suspensa, ameaçada e renascida, tem sobrevivido sem ser normativa, pois nem as suas normas dominam efectivamente o processo político, nem o poder se adaptou e submeteu a elas (...). No fundo, ainda continua pendente o confronto de legitimidades, ou seja, a relevância da legitimidade revolucionária (fundada na luta de libertação e remanescente nos militares) por contraponto à legitimidade democrática (baseada em eleições representativas e na normatividade constitucional)”⁷⁷. No fundo, a história recente da Guiné-Bissau evidencia “o quão distante o *ser* está, por vezes (muitas vezes), do *dever ser*; o Estado, do aclamado *Estado de direito*; o Estado concreto (de carne e osso e alma e chão), do exaltado *Estado de direito*”⁷⁸. Daí que haja mesmo quem afirme que, na Guiné-Bissau, “a «democracia» e o «Estado de Direito» só valem para quem quer aceder ao poder ou nele permanecer, se e enquanto não dispuser de poder

⁷⁵ Cfr. ANTÓNIO DUARTE SILVA, *O constitucionalismo da Guiné-Bissau (1973-2005)*, 69 e 71-72.

⁷⁶ Cfr. ANTÓNIO DUARTE SILVA, *O constitucionalismo da Guiné-Bissau (1973-2005)*, 78, 80 e 83.

⁷⁷ Cfr. ANTÓNIO DUARTE SILVA, *O constitucionalismo da Guiné-Bissau (1973-2005)*, 86-87.

⁷⁸ Cfr. E. KAFFT KOSTA, *Estado de Direito – O Paradigma Zero*, 613.

suficiente para, por meios antidemocráticos e anti-regime de «Estado de Direito», lograr alcançar os mesmos objectivos. Nesta perspectiva, “o Estado da Guiné-Bissau não é nem o *Estado de direito* cujo figurino tomou como bandeira (o do Norte), nem o *Estado de direito* que poderia ser se olhasse para o chão que pisa”, valorizando e aplicando “esse direito (o indígena)”⁷⁹.

III. As considerações de EMÍLIO KAFFT KOSTA, embora construídas a partir da experiência da Guiné-Bissau, têm um alcance mais vasto. Como pano de fundo, a crítica dirige-se ao “fácil modelo comercial de *export-import*”, num sentido unilateral “Norte-Sul”⁸⁰. No fundo, para este Autor, “este Sul aculturado tem vivido anos de perplexidades, atarantado face à ingerência de descobrir um rumo certo para um continente à deriva, familiarizado com a deriva autoritarista dos regimes, com agudos conflitos internos e externos, com deturpação da democracia, com o falimento do Estado, com a pobreza aguda, com a desesperança instalada, com a corrupção como exaltado modo de ser. É a miragem da estabilidade político-social, é a tardança na construção de Estados coesos, é o falimento do projecto democrático e da jurisdicização do Estado”⁸¹.

IV. É duvidoso, ainda assim, que um tal entendimento possa ser generalizado aos novos países de língua oficial portuguesa.

O exemplo do vizinho Estado de Cabo Verde é sugestivo. Neste país, sob um ponto de vista geral, pode afirmar-se que “todo o delicado mecanismo regulador da organização e do funcionamento do poder político funcionou sem qualquer falha. Com efeito, não há notícias de conflitos institucionais resultantes

⁷⁹ Cfr. E. KAFFT KOSTA, *Estado de Direito – O Paradigma Zero*, 252-253.

⁸⁰ Cfr. E. KAFFT KOSTA, *Estado de Direito – O Paradigma Zero*, 649.

⁸¹ Cfr. E. KAFFT KOSTA, *Estado de Direito – O Paradigma Zero*, 277-278.

da própria prática político-constitucional”⁸². A Constituição de Cabo Verde “garantiu, sem provocar sobressaltos, a realização das eleições presidenciais, legislativas e locais, geriu e assegurou a alternância democrática do poder, nomeadamente no poder local (...). A concreta prática política revelou que é possível neste quadro constitucional a coexistência pacífica e actuante, sem crise institucional ou de regime, entre o presidente e o Governo, mesmo quando divergem em matérias importantes”⁸³. Ou seja, tem-se assistido a uma progressiva afirmação de uma cultura constitucional que impõe à prática institucional o respeito pelo texto da Constituição, leva a prática social a assumir a Lei Fundamental como primeiro e último fundamento da ordem jurídica democrática e assegura o exercício dos direitos fundamentais⁸⁴. Numa palavra: “é hoje indiscutível que há uma cultura constitucional em Cabo Verde”⁸⁵.

Naturalmente, noutros novos Estados de língua portuguesa está-se ainda longe da fase de desenvolvimento da cultura constitucional alcançada em Cabo Verde. AMÉRICO SIMANGO, referindo-se à experiência constitucional moçambicana em 1999, adverte justamente para a “profunda clivagem” entre designadamente a inegável influência jurídica da chamada modernidade e a adopção de paradigmas de comportamento tipicamente tradicionais, chamando a atenção para o facto de o legislador constitucional não ter em devida conta as experiências jurídicas ou políticas da tradição africana dos povos de Moçambique⁸⁶.

Ainda assim, parafraseando PETER HÄBERLE, não se pode ignorar que a ideia de um constitucionalismo de matriz lusófona constitui, simultaneamente um

⁸² Cfr. WLADMIR BRITO, *Um balanço da Constituição de 92*, in *Direito e Cidadania*, 1999, 16-17.

⁸³ Cfr. WLADMIR BRITO, *Um balanço da Constituição de 92*, 17.

⁸⁴ Cfr. WLADMIR BRITO, *A revisão da Constituição de 1992*, in *Direito e Cidadania*, 2000, 167.

⁸⁵ Cfr. WLADMIR BRITO, *A revisão da Constituição de 1992*, 165.

⁸⁶ Cfr. AMÉRICO SIMANGO (*Introdução à Constituição Moçambicana*, Lisboa, 1999, 25.

programa e um *projecto* e apresenta, não há que escondê-lo uma certa dimensão *utópica*⁸⁷.

V. As advertências anteriores, se por um lado servem para, na exposição subsequente, conferir menor relevância ao constitucionalismo fundamentalmente nominal da Guiné-Bissau, não impedem, por outro lado, que se assuma que a comparação das diversas ordens jurídico-constitucionais de matriz lusófona a realizar se coloque fundamentalmente no *plano normativo*. Na verdade, e não obstante a *relatividade* das soluções que se extraem simplesmente das disposições plasmadas em fonte normativa – e, por conseguinte, a validade limitada dos resultados alcançados nas páginas seguintes –, **o desconhecimento suficiente da realidade constitucional dos diversos países de língua oficial portuguesa, alguns dos quais, de resto, com textos constitucionais recentes, impedem que, nas considerações que se seguem, se consiga passar da *law in the books* à *law in action***. Para que fosse possível avançar mais, exigir-se-ia “esforços e metodologia dificilmente compatíveis com o trabalho individual realizado em biblioteca”⁸⁸. O que não impede, ainda assim, que na comparação normativa se procure atender, mais do que à mera comparação de enunciados normativos, às soluções ou respostas normativas que deles se extraem.

4.2. Determinação dos parâmetros de comparação

Na busca dos traços identitários do constitucionalismo de matriz lusófona, importa procurar, independentemente das singularidades constitucionais de cada

⁸⁷ Cfr. PETER HÄBERLE, *Gemeineuropäisches Verfassungsrecht*, 74.

⁸⁸ Cfr. CARLOS FERREIRA DE ALMEIDA, *Direito Comparado – ensino e método*, 102.

Estado, encontrar especificidades comuns a um conjunto de Estados⁸⁹. Para o efeito, afigura-se absolutamente fundamental determinar, não apenas *o que* se compara ou o objecto da comparação, mas também os termos em comparação ou os *elementos essenciais da grelha comparativa*⁹⁰.

Não basta, neste contexto, reconhecer que as Constituições dos estados lusófonos compreendem “os grandes elementos comuns a um Estado de Direito Democrático”, incluindo, para além do princípio da socialidade, “os direitos, liberdades e garantias pessoais, o sufrágio universal, o pluralismo partidário, a existência de um Parlamento, a independência dos tribunais, os princípios de legalidade e de constitucionalidade”⁹¹. Tais aspectos, comuns ao património axiológico do tipo de Estado Constitucional de matriz ocidental, não revelam, em si mesmo, quaisquer elementos distintivos. Por isso, na exposição subsequente, não obstante a sua importância central, eles não serão mencionados (*v.g.* separação de poderes e, em especial, o papel e a independência do poder jurisdicional)⁹².

Importa ir mais longe, procurando descortinar os elementos *identitários* de um constitucionalismo de matriz lusófona. E, se o Estado Constitucional em que nos movemos assenta em dois pilares fundamentais – Estado de Direito e Estado Democrático –, tem sentido, com ALESSANDRO PIZZORUSSO⁹³, tentar concretizar os

⁸⁹ Cfr. MANUEL GARCÍA-PELAYO, *Derecho constitucional comparado*, Madrid, 1984, 20-21.

⁹⁰ Cfr., criticando a ideia muito difundida de apelar, neste domínio, a um *tertium comparationis*, CARLOS FERREIRA DE ALMEIDA, *Direito Comparado – ensino e método*, 114 ss, e 139 ss; cfr., falando em parâmetros de referência ou no recurso ao *tertium comparationis*, GIUSEPPE DE VERGOTTINI, *Diritto Costituzionale Comparato*, 48 ss.

⁹¹ Cfr. JORGE MIRANDA, *Timor e o Direito Constitucional*, in *O Direito*, ano 132.º (2000), III e IV, 360.

⁹² Cfr., sobre o confronto entre os diferentes sistemas jurisdicionais dos países que integram a CPLP, RICARDO MALHEIROS FIUZA, *O poder judiciário nas Constituições dos Países da Comunidade de Língua Portuguesa*, in *Direito Constitucional comparado*, Belo Horizonte, 2004, 329 ss.

⁹³ Cfr. ALESSANDRO PIZZORUSSO, *Il patrimonio costituzionale europeo*, 29 ss – cfr. ainda *Comparazione giuridica e sistema delle fonti del Diritto*, 111 ss.

princípios constitucionais comuns dos países de língua portuguesa a partir destes dois princípios basilares (embora também neste domínio se deva ter consciência dos limites de uma lógica alternativa, binária, simplista e redutora).

Alguns autores consideram, justamente, que este é um caminho impossível de trilhar com sucesso. A ideia é a de que “uma comunidade constitucional lusófona nunca poderá disputar entrada autónoma, pelo menos no quadro actual das suas respectivas Constituições, nos manuais de Direito Constitucional Comparado, a par das famílias constitucionais como a americana, a francesa, da já muito debilitada e duvidosa família constitucional soviética, ou do modelo constitucional britânico, etc. Falta-lhe, obviamente, especificidade”⁹⁴.

O caminho que aqui vai ser percorrido aponta noutra sentida. Para o efeito, na busca que se vai agora iniciar, partir-se-á fundamentalmente dos traços estruturantes do Estado de Direito Democrático que a Constituição de 1976 consagra. Esta opção explica-se pelo facto de a Constituição portuguesa ter sido a primeira das actuais constituições em vigor e, conseqüentemente, a primeira fonte de inspiração dos novos textos constitucionais dos países de língua portuguesa. Mas, para evitar tentações eurocêntricas – ou uma perspectiva eurocêntrica⁹⁵ –, procurar-se-á também atender a influências provenientes doutros países de língua portuguesa e, mais concretamente, do Brasil. Doutra forma, e parafraseando PETER HÄBERLE⁹⁶, incorrer-se-ia no vício, inadmissível, de pretender tornar o Direito Constitucional português no paradigma a adoptar no âmbito do constitucionalismo lusófono.

⁹⁴ Cfr. PAULO FERREIRA DA CUNHA, *Em demanda dos fundamentos de uma comunidade constitucional lusófona*, in *Perspectivas Constitucionais – Nos 20 Anos da Constituição de 1976*, II, 16.

⁹⁵ Cfr. PAOLO RIDFOLA, *Die kulturgeschichtlichen Grundlagen der gemeineuropäischen Verfassungsüberlieferungen*, in *Verfassung im Diskurs der Welt*, Tübingen, 2004, 178-180.

⁹⁶ Cfr. PETER HÄBERLE (*Europäische Verfassungslehre*, 3.^a ed., 58).

Decisivo, em qualquer caso, num quadro em que se adopta a Constituição portuguesa de 1976 como ponto de partida da busca de um paradigma de Direito Constitucional dos Estados de Língua Portuguesa, é tentar descortinar o que nela se pode oferecer de paradigmático. Ora, ao contrário de visões mais reducionistas, que, na perspectiva do conteúdo central do constitucionalismo português actual, individualizam apenas a consagração dos princípios do Estado de Direito, Republicano, Unitário, Democrático e Social⁹⁷, em nossa opinião, embora a coloração portuguesa do Estado democrático seja menos marcante, os traços específicos do Estado de Direito que a Constituição de 1976 consagra apresentam uma grande riqueza e diversidade.

4.3. Uma visão específica do Estado de Direito

a) Uma ordem de liberdade materializada num catálogo extenso e alargado de direitos fundamentais

A Constituição portuguesa não se caracteriza apenas por ser um texto constitucional super-extenso⁹⁸. O texto constitucional português apresenta-se ainda, no próprio âmbito dos direitos fundamentais, como um programa normativo extremamente ambicioso.

Naturalmente, mesmo noutras ordens constitucionais, assiste-se hoje, não apenas a uma progressiva *intensificação e alargamento* dos direitos fundamentais,

⁹⁷ Cfr. JORGE BACELAR GOUVEIA, *Sistemas constitucionais africanos de língua portuguesa: a caminho de um paradigma*, in *Themis*, 2006, 123 ss.

⁹⁸ Cfr. FRANCISCO LUCAS PIRES, *Teoria da Constituição de 1976*, 157.

mas também à sua generalização ou tendencial universalização⁹⁹. Não se afigura, por isso, exagerado referir que o Estado Constitucional do tipo de que estamos a falar se caracteriza, em certa medida, como *Estado dos direitos fundamentais*¹⁰⁰. E, obviamente, neste domínio, para além do plano material, assume lugar de destaque a dimensão organizacional, procedimental e processual dos direitos fundamentais, incluindo o direito a uma tutela jurisdicional efectiva.

A verdade, porém, é que a Lei Fundamental de Portugal não se limita a consagrar os principais direitos dos catálogos das sucessivas gerações de direitos fundamentais, incluindo, nas sociedades pós-industriais em que vivemos – nas quais, ao mesmo tempo que proliferam avanços tecnológicos nunca antes vistos, surgem crescentemente novos riscos para os particulares em geral – um conjunto importante de direitos fundamentais adaptados à realidade do nosso tempo, como acontece, designadamente em matéria de tutela da identidade genética, de protecção dos dados pessoais contra novas formas de intromissão ou de direito a um ambiente de vida humano, sadio e ecologicamente equilibrado. A Constituição portuguesa actual vai muito mais longe, preferindo recusar a tese “menos direitos fundamentais, melhores direitos fundamentais”. Pode, naturalmente, e com boas razões, duvidar-se da bondade desta “ênfase do discurso ou da retórica jusfundamental, com laivos por vezes de verdadeiro jusfundamentalismo”, podendo questionar-se “a actual moda dum discurso superlativo dos direitos fundamentais, que percorre parte significativa da doutrina e dogmática constitucionais, ancorada visivelmente numa lógica do mais (mais direitos, mais gerações de direitos, mais direitos definitivos, mais mecanismos organizacionais,

⁹⁹ Cfr. PETER HÄBERLE, *Grundrechtsgeltung und Grundrechtsinterpretation im Verfassungsstaat – zugleich zur Rechtsvergleichung als “funfter” Auslegungsmethode*, 31-32.

¹⁰⁰ Cfr. PETER HÄBERLE, *Grundrechtsgeltung und Grundrechtsinterpretation im Verfassungsstaat – zugleich zur Rechtsvergleichung als “funfter” Auslegungsmethode*, 32 – cfr. ainda RUI MEDEIROS, *O Estado de Direitos Fundamentais português: alcance, limites e desafios*, in *Anuário Português de Direito Constitucional*, II, 2002, passim.

procedimentais e processuais de realização e garantia dos direitos, etc)”. Do que não se pode duvidar, ainda assim, é que, na Constituição portuguesa de 1976, se assiste a um verdadeiro fenómeno de “inflação de direitos fundamentais”¹⁰¹. Fenómeno esse que, como transparece de forma cristalina da síntese de JOSÉ DE MELO ALEXANDRINO¹⁰², tem sido claramente reforçado nas sucessivas revisões constitucionais.

Ora, quando se observa o regime dos direitos fundamentais e o elenco dos direitos fundamentais nos outros textos constitucionais de língua portuguesa, desde o *catálogo telefónico* da Constituição brasileira (na expressão feliz de um autor brasileiro) – catálogo caracterizado por “uma forte profusão de posições subjectivas, nas mais variadas áreas da actividade humana, sem mesmo esquecer a importância de novos direitos, como em matéria ambiental, social e informática”¹⁰³ – à enumeração da nova Constituição angolana, a influência da Constituição portuguesa é clara¹⁰⁴, contendo todas as Constituições dos países de língua portuguesa extensas listagens de direitos fundamentais integradas nas primeiras partes dos respectivos textos constitucionais¹⁰⁵.

¹⁰¹ Cfr. JOSÉ CASALTA NABAIS, *Algumas reflexões críticas sobre os direitos fundamentais*, in *Ab Vno Ad Omnes - 75 anos da Coimbra Editora*, 965-966.

¹⁰² Cfr. JOSÉ DE MELO ALEXANDRINO (*A estruturação do sistema de direitos, liberdades e garantias na Constituição portuguesa*, I, Coimbra, 2006, 838-839).

¹⁰³ Cfr. JORGE BACELAR GOUVEIA, *Manual de Direito Constitucional*, I, Coimbra, 2.^a ed., 2007, 338-339.

¹⁰⁴ Cfr. FORBELA PIRES, *Fontes do direito e procedimento legislativo na República Democrática de Timor-Leste*, 105; cfr., sobre o sistema de direitos fundamentais consagrado na Constituição de Timor-Leste, incluindo na parte referente aos direitos económicos, sociais e culturais, CARLOS BASTIDE HORBACH, *O controle de constitucionalidade na Constituição de Timor-Leste*, in *RFD(L)*, XLVI, n.º 2 (2005), 1023 ss.

¹⁰⁵ Cfr. JORGE BACELAR GOUVEIA, *Manual de Direito Constitucional*, I, 2.^a ed., 348-349.

b) A abertura do sistema de direitos fundamentais

A Constituição portuguesa revela uma dupla abertura em matéria de direitos fundamentais, pois, não só admite a existência de direitos fundamentais não consagrados no texto constitucional, mas constantes das leis e das normas de Direito Internacional, como também determina que os preceitos constitucionais e legais relativos aos direitos fundamentais sejam interpretados e integrados de harmonia com a Declaração Universal dos Direitos do Homem.

Esta abertura dos direitos fundamentais, muito para além das fontes de direito interno – que leva PETER HÄBERLE a falar numa “amizade ao Direito Internacional”¹⁰⁶ – está igualmente presente, ao menos em alguma das duas vertentes referidas, nas Constituições dos países de língua portuguesa. A abertura, na Constituição brasileira, assume contornos específicos e está bem evidenciada nos §§ 2, 3 e 4 do artigo 5.º do texto constitucional de 1988. O alargamento do âmbito dos direitos fundamentais e a sua abertura, incluindo na sua conexão com o Direito Internacional, resulta também dos textos constitucionais dos países africanos de língua portuguesa, bem como da Constituição timorense.

c) O princípio da socialidade e uma visão solidarística da dignidade da pessoa humana concretizados num conjunto diversificado de direitos económicos, sociais e culturais

Se a ideia de justiça social ou de solidariedade ou se o princípio do Estado social tendem a integrar hoje os elementos fundamentais do Estado Constitucional europeu – pois, como afirmou JORGE MIRANDA na Assembleia Constituinte, liberdade significa também “libertação da miséria, da insegurança e da

¹⁰⁶ Cfr. PETER HÄBERLE, *Novos horizontes e novos desafios do constitucionalismo*, 44.

necessidade” e, por isso, como lembra MARTIN BOROWSKI, *rechtliche Freiheit ohne faktische Freiheit* ou *liberté* sem *capacité* afigura-se insuficiente¹⁰⁷ –, a verdade é que subsistem amplas diferenças, não só quanto ao modo de consagração dessa ideia ou desse princípio, mas também, havendo opção pela autonomização de direitos sociais e não existindo nenhum *numerus clausus* neste domínio, quanto à extensão de um catálogo de direitos sociais e à força normativa dos preceitos que os consagrem¹⁰⁸.

A resposta portuguesa apresenta uma *inequívoca especificidade*: a Constituição de 1976, além de associar aos direitos sociais um conjunto significativo de políticas públicas, insiste num catálogo extenso de direitos sociais – alargado por via das sucessivas revisões constitucionais. O legislador constitucional português não se limitou – e bem – a recusar uma Constituição sem direitos sociais ou com um déficit deste tipo de direitos fundamentais¹⁰⁹, optando, pelo contrário, por estender as pretensões jusfundamentais de natureza social muito para além do universo dos direitos sociais básicos. O texto constitucional português está assim nas antípodas do modelo constitucional – desenhado por JOHN RAWLS – no qual os princípios que controlam as desigualdades sociais e económicas e, mais concretamente, o *difference principle* não integram *the Idea of Constitutional Essentials*¹¹⁰.

A mesma opção fundamental perpassa todos os textos constitucionais de língua portuguesa em vigor (ainda que, concretamente, no caso da Constituição da

¹⁰⁷ Cfr. MARTIN BOROWSKI, *Grundrechte als Prinzipien - Die Unterscheidung von prima facie-Position und definitiver Position als fundamentaler Konstruktionsgrundsatz der Grundrechte*, Baden-Baden, 1998, 179 e 289-290.

¹⁰⁸ Cfr. PETER HÄBERLE, *Menschenwürde und Soziale Rechte in verfassungsstaatlichen Verfassungen*, in *Rechtsvergleichung im Kraftfeld des verfassungsstaates*, Berlin, 1991, 352 ss.

¹⁰⁹ Cfr. PETER HÄBERLE, *Grundrechte im Leistungsstaat*, in *Veröffentlichungen der Vereinigung der Deutschen Staatsrechtslehrer*, 30, Berlin, 1972, 99.

¹¹⁰ Cfr. JOHN RAWLS, *Political Liberalism*, New York, 1993, 227 ss – cfr., neste sentido, RUI MEDEIROS, *Direitos, liberdades e garantias e direitos sociais: entre a unidade e a diversidade*, no prelo.

Guiné-Bissau, os direitos de natureza económica e social surjam dispersos no título respeitante aos direitos, liberdades e garantias e deveres fundamentais). Esta aposta nos chamados direitos sociais constitui uma reacção a uma realidade económico-social em que se verifica uma “imensa turba dos sem-emprego, dos sem-terra, dos sem-papéis, dos sem teto, dos sempátria, dos sem-o-que-comer, dos sem-eira-nem-beira, em suma, dos excluídos da abastança”¹¹¹.

d) O Estado como promotor das transformações sociais e como actor económico numa economia de mercado

O tópico anterior não pode ser dissociado do papel conferido à ordem económica pelas Constituições dos países de língua portuguesa. Naturalmente, numa certa perspectiva, mesmo nas ordens constitucionais liberais, o constitucionalismo não era inócuo do ponto de vista económico, não deixando de traduzir “a expressão jurídica de uma economia baseada na autonomia individual e na separação da economia e do Estado”¹¹². Todavia, as actuais Constituições lusófonas, embora assumindo a importância do mercado, não deixam de revelar um certo compromisso com um determinado papel do Estado na ordem económica.

Em Portugal, após a abolição do princípio socialista, a Constituição de 1976 repudia quer um puro sistema de economia liberal quer uma constituição económica dirigente ou um sistema de direcção central da economia. Pelo contrário, numa ordem constitucional apostada na realização da democracia económica, social e cultural e na promoção do bem-estar e da qualidade de vida

¹¹¹ Cfr. REGINALDO OSCAR DE CASTRO, *Direito dos pobres / pobres direitos ou novos modelos de solidariedade social*, in *Portugal-Brasil – Ano 2000*, Coimbra 1999, 395-396.

¹¹² Cfr. VITAL MOREIRA, *Economia e Constituição*, 2.^a ed., Coimbra, 1979, 97.

do povo e da igualdade real entre os portugueses, bem como na efectivação dos direitos económicos, sociais e culturais, a Lei Fundamental aposta numa economia social de mercado. Esta manifestação do princípio da socialidade em matéria económica, com a sua dimensão programática, revela-se em inúmeros preceitos da Parte II da Constituição¹¹³.

As diversas Constituições dos Estados de língua portuguesa apontam igualmente no sentido de uma economia social de mercado. Ainda assim, é significativo que, em alguns casos, fruto porventura de uma actualizada leitura dos *sinais dos tempos*, as Constituições, sem deixarem de reconhecer a importância da Constituição económica, sejam até mais parcimoniosas que a Constituição portuguesa¹¹⁴. Aliás, mesmo deixando o caso da Guiné-Bissau, a Constituição de São Tomé e Príncipe nem sequer autonomiza uma parte económica, preferindo estabelecer, no pórtico da Constituição, o princípio do *Estado de Economia Mista* (artigo 9.º)¹¹⁵.

e) Um sistema alargado de justiça constitucional

¹¹³ Cfr. JORGE MIRANDA / RUI MEDEIROS, *Constituição Portuguesa anotada*, II, Coimbra, 2006, 9 ss.

¹¹⁴ Cfr., neste sentido, sublinhando que a Constituição de Cabo Verde não contém, por exemplo, disposições sobre eliminação de latifúndios, redimensionamento de minifúndios ou participação dos trabalhadores na gestão das unidades de produção do sector público, JORGE FONSECA, *Do regime de partido único à democracia em cabo verde: as sombras e a presença da Constituição portuguesa de 1976*, in *Themis*, 2006, 117-118.

¹¹⁵ Cfr., considerando que o texto constitucional brasileiro se apresenta como moderadamente nacionalista, JORGE MIRANDA, *Manual*, I, 8.º ed., 215; cfr. ainda, sublinhando que algumas Constituições dos novos Estado de língua portuguesa mantêm a *propriedade pública da terra*, globalmente nacionalizada aquando da independência, embora o Estado possa conceder o direito de uso da mesma, e limitam o investimento estrangeiro, se bem que numa tendência que tem vindo a atenuar-se, JORGE BACELAR GOUVEIA, *Sistemas constitucionais africanos de língua portuguesa: a caminho de um paradigma*, 137; *Manual de Direito Constitucional*, I, Coimbra, 2.ª ed., 349.

A Constituição de 1976 consagra um “sistema misto complexo” de fiscalização da constitucionalidade¹¹⁶ centrado no controlo de actos normativos e de omissões de medidas legislativas. Este modelo alia um original sistema misto de fiscalização concreta – em que se atribui a todo e qualquer tribunal competência, não apenas para conhecer, mas também para decidir as questões de constitucionalidade, e concomitantemente se estabelece um sistema de recursos para o Tribunal Constitucional – a uma fiscalização abstracta, a qual, além de poder ser desencadeada após a publicação do acto normativo, pode ainda, se bem que com alcance mais limitado, ser accionada preventivamente. Além disso, ao lado da fiscalização da inconstitucionalidade por acção, a Constituição portuguesa institui um mecanismo de verificação pelo Tribunal Constitucional do não cumprimento da Constituição por omissão das medidas legislativas necessárias para tornar exequíveis as normas constitucionais, procurando garantir assim que o legislador, não apenas respeita a Constituição, mas também a realiza¹¹⁷.

Este é um dos domínios que leva JORGE BACELAR GOUVEIA a afirmar que noutros Estados de língua portuguesa se consagram importantes opções constitucionais que se distanciam daquelas assumidas pela Constituição de 1976. Na realidade, para este Autor, e deixando o caso do Brasil, está em causa um edifício de fiscalização da constitucionalidade semi-construído, em virtude quer da falta da existência ou da instalação de tribunais constitucionais quer da reduzida efectividade do sistema de controlo¹¹⁸.

A Conferência das Jurisdições Constitucionais dos Países de Língua Portuguesa constitui um excelente fórum para discutir esta temática. Em qualquer

¹¹⁶ Cfr. GOMES CANOTILHO, *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*, 7.^a ed., 917.

¹¹⁷ Cfr. FRANCISCO LUCAS PIRES, *Teoria da Constituição de 1976*, 257 ss.

¹¹⁸ Cfr. JORGE BACELAR GOUVEIA, *Sistemas constitucionais africanos de língua portuguesa: a caminho de um paradigma*, 137-138 e 140-141.

caso, a leitura das respostas das diferentes jurisdições constitucionais ao questionário preparatório elaborado aponta alguns caminhos.

É verdade que alguns Estados não têm Tribunal Constitucional (Guiné-Bissau e Timor Leste) ou não procederam ainda à sua instalação (Cabo Verde e São Tomé e Príncipe). Mas, na afirmação de um constitucionalismo de matriz lusófona, é duvidoso que um tal aspecto assuma um papel central. É compreensível que em pequenos países, “por razões conhecidas de falta de infra-estruturas e de quadros nacionais” (Relatório timorense), num contexto agravado por dificuldades económicas, se duvide da necessidade da criação de categorias autónomas de tribunais ou de um Tribunal Constitucional ou que, uma vez criado, se retarde a sua efectiva instalação¹¹⁹.

Por outro lado, mesmo sem Tribunal Constitucional, todos os novos Estados de língua portuguesa têm uma verdadeira jurisdição constitucional em sentido material influenciada pela Constituição portuguesa. Como lembra a propósito da Constituição timorense CARLOS BASTIDE HORBACH, embora a última palavra em matéria de justiça constitucional tenha “como protagonista o Supremo Tribunal de Justiça, órgão de cúpula dos tribunais ordinários timorenses”, um tal tribunal “desempenha, igualmente, funções de corte constitucional, já que lhe compete (...) «também administrar a justiça em matérias de natureza jurídico-constitucional e eleitoral»”¹²⁰. E, não obstante essa especificidade, quanto ao mais, o sistema de fiscalização inspira-se nitidamente no texto constitucional português.

Efectivamente, quando se observa os diversos sistemas de fiscalização da constitucionalidade, verifica-se que a generalidade das Constituições dos novos Estados de língua portuguesa revela uma marcada influência portuguesa, seja na

¹¹⁹ Cfr. WLADMIR BRITO, *Um balanço da Constituição de 92*, 22; *A revisão da Constituição de 1992*, 179-180.

¹²⁰ Cfr. CARLOS BASTIDE HORBACH, *O controle de constitucionalidade na Constituição de Timor-Leste*, 1032 ss.

centralidade que atribui ao controlo de constitucionalidade de actos normativos, seja na medida em que adoptou tendencialmente as principais modalidades de fiscalização que a Constituição portuguesa consagra, incluindo alguns dos seus traços mais específicos como sucede com a previsão de um controlo preventivo, de uma fiscalização da inconstitucionalidade por omissão e de uma competência dos tribunais para, nos feitos submetidos a julgamento, não aplicar normas que infrinjam a Constituição¹²¹.

Concomitantemente, porém, é também notória a influência brasileira. O Presidente Ministro GILMAR FERREIRA MENDES, no excelente relatório que elaborou para a 1ª Assembleia da Conferência das Jurisdições Constitucionais dos Países de Língua Portuguesa, evidenciou, justamente, a criatividade do modelo de controlo da constitucionalidade adoptado no Brasil. Na realidade, “a jurisdição constitucional brasileira pode hoje ser caracterizada pela originalidade e diversidade de instrumentos processuais destinados à fiscalização da constitucionalidade dos atos do poder público e à proteção dos direitos fundamentais, como o *mandado de segurança* – uma criação genuína do sistema constitucional brasileiro –, o *habeas corpus*, o *habeas data*, o *mandado de injunção*, a *ação civil pública* e a *ação popular*. Essa diversidade de ações constitucionais próprias do modelo difuso é ainda complementada por uma variedade de instrumentos voltados ao exercício do controle abstrato de constitucionalidade pelo Supremo Tribunal Federal, como a *ação direta de inconstitucionalidade* (...), a *ação direta de*

¹²¹ Cfr., sublinhando que, em São Tomé e Príncipe, após a “profunda remodelação introduzida pela revisão constitucional de 2003”, optou-se, na esteira da solução portuguesa, por um sistema de fiscalização jurisdicional, com intervenção de uma pluralidade de instâncias judiciais, compreendendo fiscalização difusa e concentrada no Tribunal Constitucional, preventiva e sucessiva, por inconstitucionalidade por acção e por omissão, JORGE BACELAR GOUVEIA, *A fiscalização da constitucionalidade na Constituição da República Democrática de São Tomé e Príncipe de 1990*, in *Direito e Cidadania*, n.º 25/26 (2006/2007), 101 e 124 ss; cfr. ainda, afirmando que, na Carta maubere, existem, à maneira portuguesa, “mecanismos preventivos e sucessivos de fiscalização da constitucionalidade das normas e ainda da inconstitucionalidade por omissão de medidas legislativas”, FORBELA PIRES, *Fontes do direito e procedimento legislativo na República Democrática de Timor-Leste*, 125, e, para maiores desenvolvimentos, CARLOS BASTIDE HORBACH, *O controle de constitucionalidade na Constituição de Timor-Leste*, 1033 ss).

inconstitucionalidade por omissão (...), a ação declaratória de constitucionalidade (...) e a arguição de descumprimento de preceito fundamental". A previsão de um recurso de amparo constitucional na Constituição de Cabo Verde é significativa a este propósito (cfr. ainda, sobre o recurso extraordinário de inconstitucionalidade para o Tribunal Constitucional em Angola, Relatório angolano).

Não se contesta, naturalmente, que há um longo caminho a percorrer para que a justiça constitucional se torne plenamente efectiva. As bases constitucionais, porém, estão hoje lançadas.

f) O reforço da garantia da força normativa da Constituição através de um sistema hiper-rígido de revisão constitucional

Relevante, nesta busca de traços comuns fundamentais de um constitucionalismo de matriz lusófona, afigura-se igualmente o modo como a Constituição está protegida, em sede de revisão constitucional, contra as vontades contingentes de uma concreta maioria política.

Como é sabido, a Constituição portuguesa de 1976, não só constitui uma Constituição rígida, como também se apresenta, ao combinar uma interdição tendencial de revisão da Constituição antes de decorridos cinco anos sobre a data da publicação da última lei de revisão ordinária (artigo 284.º, n.º 1) com a exigência de que as alterações da Constituição sejam aprovadas por maioria de dois terços dos Deputados em efectividade de funções (artigo 286.º, n.º 1) e ainda com a consagração de uma vastíssima cláusula de limites materiais expressos de revisão constitucional (artigo 288.º), como um texto constitucional dotado de um sistema de revisão com um elevado grau de rigidez.

Ora, nos Estados africanos de língua portuguesa, a revisão dos textos constitucionais apresenta semelhante característica comum, isto é, uma clara hiper-rigidez. Assim, para além dos limites temporais, que impõem que a revisão

constitucional só possa ser feita de cinco em cinco anos (mas que não estão consagrados no artigo 127.º da Constituição da Guiné-Bissau), “na sua alteração, os textos constitucionais submetem-se a regras próprias, que afastam o respectivo procedimento dos esquemas gerais de aprovação da legislação ordinária” e de onde resultam diversos limites: “os limites orgânicos: concentrando a aprovação exclusivamente nos órgãos parlamentares, poder legislativo não partilhado com outros órgãos legislativos; os limites procedimentais: exigindo a aprovação das alterações constitucionais por maioria de 2/3 dos Deputados, assim obrigando a um maior empenhamento democrático (...); os limites materiais: forçando a que a revisão constitucional não ponha em causa certas matérias, valores ou princípios, considerados como o «bilhete de identidade» dos textos constitucionais; os limites circunstanciais: proibindo a revisão constitucional durante a vigência do estado de exceção”¹²². Soluções análogas ou relativamente próximas (o limite temporal foi fixado em seis anos) foram adoptadas na Constituição de Timor-Leste¹²³.

No Brasil, em contrapartida, a emenda constitucional pode ocorrer em qualquer época e carece de ser aprovada por três quintos dos membros do Congresso. Ainda assim, subsistem algumas semelhanças importantes: a previsão das chamadas *cláusulas pétreas* é particularmente significativa¹²⁴.

4.4. A coloração lusófona do Estado democrático

¹²² Cfr. JORGE BACELAR GOUVEIA, *Sistemas constitucionais africanos de língua portuguesa: a caminho de um paradigma*, 136; *Manual de Direito Constitucional*, I, Coimbra, 2.ª ed., 350.

¹²³ Cfr. JORGE BACELAR GOUVEIA, *A primeira Constituição de Timor Leste*, in *Estudos de Direito Público de Língua Portuguesa*, Coimbra, 2004, 310; *Manual de Direito Constitucional*, I, Coimbra, 2.ª ed., 361-362.

¹²⁴ Cfr. LUÍS ROBERTO BARROSO, *Influência da reconstitucionalização de Portugal sobre a experiência constitucional brasileira*, in *Themis*, 2006, 78-79 – cfr., em geral, LINO TORRALBA, *Limites da revisão constitucional. Uma perspectiva luso-brasileira*, in *Themis*, 2001, 220 ss.

I. As actuais Constituições lusófonas assumem, todas elas, a **centralidade do princípio democrático**, com os corolários próprios assumidos no chamado constitucionalismo ocidental. Como foi oportunamente assinalado, na busca de elementos identitários de um constitucionalismo português, não se justifica reafirmar aqui os principais corolários em causa. A verdade, porém, é que, mantendo fidelidade ao propósito que nos move, temos de reconhecer que, em matéria de concretização do Estado Democrático, as especificidades políticas próprias de cada Estado conferem à organização do poder político nas diferentes Constituições de língua portuguesa traços particulares, tornando mais difícil descortinar, no domínio organizatório, uma matriz comum. Ainda assim, mesmo nesta temática, não são negligenciáveis algumas importantes influências cruzadas.

II. Um dos domínios em que uma parte da doutrina tende a acentuar as divergências ou as descontinuidades é o do **sistema de governo**.

Concretamente, e numa primeira leitura, é flagrante o contraste entre o sistema presidencialista consagrado no Brasil ou a “centralidade do Presidente da República no sistema político” angolano, atenta a “vastidão de poderes que lhe são atribuídos”¹²⁵, e os sistemas semi-presidenciais nos demais países de língua portuguesa. Por outro lado, mesmo dentro dos sistemas de matriz formalmente semi-presidencial, a prática política tem apontado em direcções distintas: se em alguns casos se acentua a direcção parlamentarizante, como sucede em Cabo Verde¹²⁶, ou se mantém o equilíbrio semi-presidencial, como se verifica em São

¹²⁵ Cfr. JORGE MIRANDA, *A Constituição de Angola de 2010*, in *O Direito*, ano 142.º (2010), I, 24 e 34 ss.

¹²⁶ “O sistema de governo cabo-verdiano pode ser qualificado como um sistema do tipo semipresidencial ou misto parlamentar-presidencial” ou, atendendo à predominância dos traços característicos dos modelos parlamentares, e sem prejuízo da eleição directa do presidente da República, “como um sistema parlamentar «temperado»”. Trata-se de um sistema “iniludivelmente inspirado na Constituição portuguesa de 1976”, embora esta configuração de um sistema de governo que “combina certos elementos típicos dos regimes parlamentares com alguns traços próprios dos regimes presidenciais” nada tenha “de original no quadro da «vaga

Tomé e Príncipe, a verdade é que, noutros países, se assiste ao acentuar da direcção presidencializante, como sucede na Guiné-Bissau¹²⁷ e em Moçambique¹²⁸, sendo o Presidente da República o chefe efectivo do Governo, apesar de existir, mas com escassa autonomia política, a figura do Primeiro-Ministro^{129/130}. Daí que, pensando na opção angolana, guineense ou moçambicana, haja mesmo quem fale de uma “*concepção mais monárquica do que republicana do sistema político*”, suspeitando da “*inadequação geral da concepção republicana europeia ao mundo africano, que encara o papel do Chefe - seja ele nacional, seja ele local - num sentido monárquico*”¹³¹.

democratizadora» que assolou o mundo do «pós-guerra fria» e, por conseguinte, não pode apenas imputar-se à influência incontornável da experiência constitucional portuguesa” (cfr., neste sentido, admitindo idêntica leitura no caso português, PAULO RANGEL, *Sistemas de governo mistos - o caso cabo-verdiano*, in *Juris et de Jure*, Porto, 1998, 717-718 e 723).

¹²⁷ Cfr., sobre o sistema de governo na Guiné-Bissau, onde, não obstante as soluções constitucionais textualmente consagradas, é visível o apelo sedutor da sereia presidencialista, E. KAFFT KOSTA, *Estado de Direito - O Paradigma Zero*, 415 ss, bem como 459 ss.

¹²⁸ Cfr., sobre o modo como o princípio democrático, nas suas diversas vertentes, se encontra consagrado na ordem constitucional moçambicana, JORGE BACELAR GOUVEIA, *O princípio democrático no novo Direito Constitucional moçambicano*, in *RFD(L)*, XXXVI, 1995, 457 ss e, em especial, quanto ao sistema de governo, 472 ss.

¹²⁹ Cfr., neste sentido, acrescentando ainda que, no caso de Timor-Leste, o sistema de governo que resulta da leitura do articulado constitucional se funda numa concepção próxima do semipresidencialismo, tal como ele vigora em Portugal, JORGE BACELAR GOUVEIA, *Manual de Direito Constitucional*, I, 2.ª ed., 349-350 e 368-369.

¹³⁰ Em matéria de sistema de governo, a opção da Constituição de Timor-Leste por um sistema semipresidencialista ou por uma modalidade dualista renovada de parlamentarismo “demonstra, mais uma vez, a influência das normas constitucionais lusitanas (...), o que resta ainda mais patente quando se faz a comparação entre os poderes de cada um dos órgãos de soberania nas constituições portuguesa e timorense. As competências do Presidente da República, do Governo e do Parlamento, em ambas as constituições, são praticamente idênticas” (CARLOS BASTIDE HORBACH, *O controle de constitucionalidade na Constituição de Timor-Leste*, 1031).

¹³¹ Cfr. JORGE BACELAR GOUVEIA, *Sistemas constitucionais africanos de língua portuguesa: a caminho de um paradigma*, 138-139 e 141 - cfr. ainda, na mesma linha, JORGE BACELAR GOUVEIA, *Os sistemas político-constitucionais dos estados africanos de língua portuguesa*, in *Estudos de Direito Público de Língua portuguesa*, Coimbra, 2004, 288 ss.

A verdade, porém, é que, em matéria de sistema de governo, o que avulta, antes de mais, é um constitucionalismo de língua portuguesa não construído de forma unidireccional a partir da Constituição portuguesa de 1976. Pelo contrário, num movimento importante, não eurocêntrico, é visível, nesta temática, a influência central que o sistema de governo consagrado na Constituição brasileira de 1988 também tem exercido¹³². Ora, como é sabido, um constitucionalismo comum deve ser feito de influências recíprocas.

Por outro lado, nas diferentes Constituições de língua portuguesa, subsistem traços importantes que revelam uma *marca* lusófona. Assim, mesmo sem referir os inúmeros aspectos em que se revela a presença de elementos comuns (*v.g.* requisitos de elegibilidade do Chefe de Estado), é importante assinalar a eleição do Presidente da República por sufrágio universal, directo, secreto e periódico (ainda que, no caso angolano, na mesma eleição em que se procede à escolha dos Deputados da Assembleia Nacional) ou a difusão do sistema de representação proporcional na eleição dos membros do parlamentos.

III. Uma característica comum às diversas Constituições de língua portuguesa prende-se com o papel atribuído aos **princípios da autonomia e da descentralização**. Na verdade, no espaço lusófono, a separação de poderes, num fenómeno que já foi baptizado, de forma feliz, pelo milagre da multiplicação dos poderes¹³³, assume igualmente uma dimensão vertical¹³⁴. Do que se trata, no fundo, é de reconhecer a relevância de uma vontade colectiva, diferente da vontade geral, para prossecução de interesses próprios, diferentes do interesse

¹³² No Brasil, como é sabido, a organização do poder político federal mantém-se fiel à divisão clássica dos três poderes e ao sistema presidencial (JORGE MIRANDA, *Manual*, I, 8.º ed., 216), sendo um sistema fortemente influenciado pelo texto constitucional norte-americano (JORGE BACELAR GOUVEIA, *Manual de Direito Constitucional*, I, 2.ª ed., 341).

¹³³ Cfr. LUCAS PIRES, *Introdução à Ciência Política*, Porto, 1998, 53.

¹³⁴ Cfr. PETER HÄBERLE, *Europäische Verfassungslehre*, 3.ª ed., 137-138.

nacional, concretizando-se na aproximação entre o autor e o destinatário da norma, na maior abertura à participação e influência das forças sociais, bem como na libertação do poder público (nacional) do encargo, que nem sempre estaria em condições de cumprir adequadamente, de ponderar as circunstâncias específicas das entidades infra-estaduais de população e território¹³⁵. Ora, em rigor, esta preocupação central é partilhada pelos diversos legisladores constitucionais lusófonos.

A este respeito, cumpre recordar que o sistema brasileiro assenta num modelo federal, distinguindo a Constituição “quatro categorias de entidades dotadas de poder político: a União (Estado Federal ou Federação (...); os Estados (federados (...)); o Distrito Federal (equiparado a Estado(...)); os Municípios”¹³⁶.

Os demais Estados de língua portuguesa consagram, pelo contrário, o princípio do Estado unitário.

A recusa do modelo federal pelos novos Estados de língua portuguesa não causa surpresa. Como refere CARLOS FEIJÓ, a propósito do caso angolano, embora na discussão constituinte uma das questões mais controversas se prenda, justamente, com a problemática “do poder local ou da distribuição territorial do poder em sentido amplo”, a verdade é que, em face da necessidade de construir a Nação angolana e de evitar a fragmentação étnica do País, a recusa da opção por um Estado federal – no qual, porventura, se fizesse quase coincidir os limites territoriais dos Estados federados com os antigos reinos do período pré-colonial – é compreensível¹³⁷.

¹³⁵ Cfr. VIEIRA DE ANDRADE, *Autonomia regulamentar e reserva de lei*, in *Estudos em Homenagem ao Prof. Doutor Afonso Rodrigues Queiró*, Coimbra, 1987, 22, em nota.

¹³⁶ Cfr. JORGE BACELAR GOUVEIA, *Manual de Direito Constitucional*, I, 2.^a ed., 339.

¹³⁷ Cfr. CARLOS FEIJÓ, *Problemas actuais de Direito Público Angolano*, Cascais, 2001, 11 e 105 ss.

Ainda assim, mesmo no quadro de um Estado unitário, as diferentes Constituições não deixaram de proclamar os princípios da autonomia e da descentralização. Daí que tenham consagrado um Estado unitário descentralizado¹³⁸.

Não se ignora, com isto, que a efectividade da autonomia está, em vários casos, ainda longe de ser uma realidade, tendendo muitas vezes a prevalecer uma “forte concepção unitarista do poder, que muito dificilmente aceita distribuir o poder público, mesmo que administrativo, por outras instituições”¹³⁹. O caso da Guiné-Bissau é disso bem revelador¹⁴⁰. O mesmo se diga de Moçambique, onde “a Administração do Estado está numa *transição* problemática de um modelo de *centralização*, com alguma medida de *desconcentração sectorial*, para um modelo de

¹³⁸ Cfr., referindo-se ainda ao caso angolano antes da nova Constituição, mas sublinhando, justamente, que, em matéria de autonomia local, “a Lei Constitucional n.º 23/92, de 16 de Setembro, segue de perto as soluções da Constituição Portuguesa, sobretudo após a revisão de 1989”, a qual foi utilizada “como fonte primária” desse texto, CARLOS FEIJÓ, *Problemas actuais de Direito Público Angolano*, 64 e 105 ss – cfr., sobre a evolução da problemática do poder local em Angola, CARLOS FEIJÓ, *Problemas actuais de Direito Público Angolano*, 137 ss; cfr., por último, sobre as experiências de descentralização em Angola, Cabo Verde, Guiné-Bissau e Moçambique, TEODORO ANDRADE WATY, *Contributo para uma Teoria de Descentralização Financeira em Moçambique*, Coimbra, 2010, 51 ss, e 471 ss.

¹³⁹ Cfr. JORGE BACELAR GOUVEIA, *Sistemas constitucionais africanos de língua portuguesa: a caminho de um paradigma*, 138 e 141.

¹⁴⁰ Como é sabido, na Guiné-Bissau, após a independência, assistiu-se ao silenciamento e tentativa de esmagamento dos particularismos étnico-sociais e dos poderes indígenas em prol do sacratíssimo ideário da unidade Guiné-Cabo Verde (E. KAFFT KOSTA, *Estado de Direito – O Paradigma Zero*, 165). Acontece, porém, que a multipolaridade constitui “um traço ancestral estruturante dos povos do chão hoje conhecido por Guiné-Bissau (...). Nas mais de três mil tabancas que preenchem o universo não urbano guineense, os seus habitantes vão, de acordo com a superestrutura étnica que as envolve e determina, (auto)regulando as suas vidas sem dar cavaco ao *Estado de Bissau*. Mas mesmo em Bissau há franjas populacionais que de modo similar procedem”, podendo mesmo dizer-se que, “em certas paragens, não é tão-somente a mão do Estado que é invisível, mas todo o corpo do Estado” (E. KAFFT KOSTA, *Estado de Direito – O Paradigma Zero*, 222-224). Uma alternativa – na lógica de “uma arquitectura constitucional inclusiva”, onde a *Guiné profunda* se possa rever e haja espaço para a chamada “*autodeterminação interna*” – pode passar, na linha de uma segunda câmara, pela criação de uma “*estruturação adequada de poder que dê espaço à expressão e participação livres e criativas das estruturas autóctones do poder*”, embora não se possa ignorar o risco “de desunificação da nação” (E. KAFFT KOSTA, *Estado de Direito – O Paradigma Zero*, 222 ss, 281 ss e 505 ss).

desconcentração *territorial integrada* e um *poder local*, constituído pelas *autarquias locais*, ainda limitado a 43 zonas urbanas, que gradualmente está a sair das *incertezas* da sua própria *natureza* e no que se refere ao seu relacionamento com o Estado”¹⁴¹. Merece, em qualquer caso, ser realçado que um *princípio do gradualismo* na institucionalização efectiva das entidades autonómicas – expressamente proclamado no artigo 242.º da nova Constituição angolana – não é incompatível com a inequívoca assunção constitucional do princípio autonómico como *projecto* e *desígnio* constitucional.

4.5. Conclusões preliminares

I. CARLOS BLANCO DE MORAIS, em meados da década de noventa, concluiu que **“não existem elementos de homologia que, sob um ponto de vista dogmático, permitam falar na existência de uma família constitucional lusófona existente, ou mesmo em génese”**¹⁴². O Autor baseou-se em cinco argumentos. Desde logo, partindo das matrizes clássicas (designadamente, norte-americana, francesa e britânica), “na esfera ordenamental lusófona, não só não existe de entre as diversas constituições um ponto homólogo de referência que exiba características privativas, como também se regista que as suas principais ordens jurídicas, a portuguesa e a brasileira, se reconduzem a famílias constitucionais distintas: a primeira agrega-se à matriz francesa e a segunda à norte americana”¹⁴³. Além disso, “nos novos Estados africanos, com especial relevo para os que foram

¹⁴¹ Cfr. TEODORO ANDRADE WATY, *Contributo para uma Teoria de Descentralização Financeira em Moçambique*, 487.

¹⁴² Cfr. CARLOS BLANCO DE MORAIS, *Tópicos sobre a formação de uma comunidade constitucional lusófona*, 59 ss.

¹⁴³ Cfr. CARLOS BLANCO DE MORAIS, *Tópicos*, 59-60.

dilacerados por guerras civis ainda não completamente saradas, não existem ainda condições materiais para uma «democracia praticada», pelo que se verifica um fenómeno de “nominalização ou falta de consolidação dos regimes democráticos africanos”¹⁴⁴. Depois, em matéria de sistemas de governo, enquanto Brasil e Moçambique partilham um *sistema presidencialista*, os restantes Estados revêm-se no *semipresidencialismo*¹⁴⁵. Noutro plano ainda, “o *federalismo histórico brasileiro* contrapõe-se ao *unitarismo* que pontifica nos restantes Estados”¹⁴⁶. Enfim, mesmo em matéria de regime económico, “se o vector axial da *economia mista* prevalece textualmente em todas as constituições, verifica-se que, enquanto no Brasil e Portugal predomina materialmente um *regime económico de mercado*, nos restantes Estados impera uma *economia colectivista, ou dominada pelo sector público*”^{147/148}.

Na mesma linha, para PAULO FERREIRA DA CUNHA, uma comunidade constitucional lusófona apresenta-se, em rigor, como uma *utopia*, visto que “não tem, no mundo sublunar e tópico, lugar onde seja plantada. Ou melhor: tem-no – e vasto – mas não floresceu aí ainda, e por isso é sonho, anelo, promessa”. Numa palavra, “à parte fórmulas simpáticas, úteis e bem-vindas de cooperação interestadual, e internacional aos mais diversos níveis, tendo como modelo a igualdade entre as partes e o mútuo proveito (ou, no máximo, alguma filantropia

¹⁴⁴ Cfr. CARLOS BLANCO DE MORAIS, *Tópicos*, 60-61.

¹⁴⁵ Cfr. CARLOS BLANCO DE MORAIS, *Tópicos*, 61-62.

¹⁴⁶ Cfr. CARLOS BLANCO DE MORAIS, *Tópicos*, 62.

¹⁴⁷ Cfr. CARLOS BLANCO DE MORAIS, *Tópicos*, 63.

¹⁴⁸ Todavia, mesmo CARLOS BLANCO DE MORAIS não deixa de admitir que se possa falar “numa «comunidade constitucional» em lenta sedimentação” e de reconhecer que, volvida a transição político-constitucional conhecida, se afigura indesmentível a influência unidireccional e sincrónica que o texto português de 1976 gerou em diversos domínios constitucionais, designadamente em matéria de regime político, sistema de governo, actos políticos e normativos, estrutura parlamentar e sistema eleitoral, independência do poder judicial, organização territorial, direitos fundamentais, revisão constitucional e fiscalização da constitucionalidade de normas (*Tópicos*, 63 e 65-70).

que não seja encapotada tutela, nem venha a gerar qualquer ressentimento), as fórmulas de diálogo com, ou de, quantos falam português, do Brasil a Timor, dificilmente poderão, a breve trecho, plasmar-se em estruturas constitucionais muito mais elaboradas”¹⁴⁹.

II. JORGE BACELAR GOUVEIA, que tem estudado esta temática com grande atenção, numa reflexão que se prolonga “há já alguns anos a esta parte” (*Sistemas constitucionais africanos de língua portuguesa: a caminho de um paradigma*, 122), assume uma **posição eclética**.

O Autor não contesta que, de um prisma geral, se pode afirmar, “sem qualquer reboço, que os actuais textos constitucionais dos Estados Africanos de Língua Portuguesa espelham a influência da Constituição portuguesa de 1976, tanto no estilo adoptado quanto na sistematização seguida. Essa influência é extensível a algumas das instituições jurídico-constitucionais que foram escolhidas, o que se compreende dada a presença de jurisconsultos portugueses na respectiva elaboração, bem como a proximidade cultural de muitos dos juristas destes novos Estados, que entretanto se foram formando nas Faculdades de Direito de Portugal”. Daí que se possa inclusivamente afirmar que se assiste a um paradigma constitucional em construção ou, noutra perspectiva, a um paradigma constitucional de língua portuguesa matizado.

Ainda assim, no essencial, o Autor conclui que a proximidade entre as Constituições dos Estados de língua portuguesa “é meramente textual, histórica e cultural”, considerando que “não parece crível que se possa afirmar a existência, no plano da globalidade das questões constitucionais, de um sistema

¹⁴⁹ Cfr. PAULO FERREIRA DA CUNHA, *Em demanda dos fundamentos de uma comunidade constitucional lusófona*, 11-12.

constitucional de matriz portuguesa, com instituições próximas”, tanto mais que há importantes elementos de distanciação e até de adulteração¹⁵⁰.

III. O caminho por nós percorrido permite-nos, no plano de análise em que nos movemos até aqui, ser mais peremptórios. Naturalmente, na afirmação dos fundamentos de um constitucionalismo de matriz lusófona, assumimos como pano de fundo uma aproximação tipológica. Ora, como é sabido, “o tipo tem fronteiras por natureza fluidas. Resulta de um elenco de características relevantes, mas as figuras que ocorram podem conter um número maior ou menor dessas características, sem deixarem de poder ser *referidas* a ele”¹⁵¹. Mas, nesta perspectiva tipológica, consideramos que, **sobretudo à luz do Estado de Direito, há hoje uma matriz constitucional lusófona.**

A Constituição portuguesa de 1976 e a Constituição brasileira de 1988 “apresentam muitos traços em comum: a extensão das matérias com relevância constitucional, o cuidado posto na garantia dos direitos de liberdade, a consagração de numerosos direitos sociais, a descentralização, a abundância de normas programáticas. E a Constituição brasileira consagraria regras ou institutos indiscutivelmente provindos da portuguesa: a definição do regime como «Estado Democrático de Direito», alguns direitos fundamentais, o estímulo ao cooperativismo, o alargamento dos limites materiais da revisão constitucional, a fiscalização da inconstitucionalidade por omissão”¹⁵². A influência da Constituição portuguesa na estrutura e na filosofia da Constituição brasileira não sofre, pois,

¹⁵⁰ Cfr. JORGE BACELAR GOUVEIA, *Sistemas constitucionais africanos de língua portuguesa: a caminho de um paradigma*, 119 ss; *Manual de Direito Constitucional*, I, Coimbra, 2.^a ed., 251 e 347.

¹⁵¹ Cfr. J. OLIVEIRA ASCENSÃO, *O Direito – Introdução e Teoria Geral*, Coimbra, 2005, 453.

¹⁵² Cfr. JORGE MIRANDA, *Manual*, I, 8.^a ed., 203.

contestação¹⁵³. O que não impede que se reconheça que o Brasil, pela sua longevidade e diversificada experiência constitucional, tem recebido múltiplas influências jurídico-culturais de outros sistemas, a começar pelo sistema jurídico norte-americano, nomeadamente em matéria de sistema de governo e de sistema de fiscalização da constitucionalidade¹⁵⁴.

Ao lado das Constituições portuguesa e brasileira, os textos constitucionais dos países de língua portuguesa formam “um bloco de textos constitucionais que, apesar de suas peculiaridades, decorrentes das diferentes formas de institucionalização dos países e das culturas particulares, apresenta uma certa homogeneidade”, sendo visível que, após os processos de transição constitucional ocorridos, “esses regimes passaram a sofrer um influxo directo da experiência institucional da antiga metrópole”¹⁵⁵. O actual constitucionalismo dos novos países de língua oficial portuguesa revela, assim, uma “marcante influência do constitucionalismo português” e “uma harmonização de princípios segundo paradigmas fundamentais equivalentes”¹⁵⁶. É possível, portanto, identificar uma matriz comum que enforma os ordenamentos constitucionais dos Estados de língua oficial portuguesa e, por conseguinte, “uma verdadeira «família constitucional», que agrega esses sistemas particulares, sem que isso implique a

¹⁵³ Cfr. LUÍS ROBERTO BARROSO, *Influência da reconstitucionalização de Portugal sobre a experiência constitucional brasileira*, in *Themis*, 2006, 75 ss – cfr., na mesma linha, LINO TORRALBA, *Limites da revisão constitucional*, 213 ss.

¹⁵⁴ Cfr. JORGE BACELAR GOUVEIA, *Sistemas constitucionais africanos de língua portuguesa: a caminho de um paradigma*, 120.

¹⁵⁵ Cfr. CARLOS BASTIDE HORBACH, *O controle de constitucionalidade na Constituição de Timor-Leste*, 1020.

¹⁵⁶ Cfr. CARMEN LÚCIA ANTUNES ROCHA, *Os direitos de cidadania no Brasil, no Mercosul e na Comunidade de Língua Portuguesa*, 451.

necessária coincidência em relação a todos os critérios de comparação utilizados”¹⁵⁷.

Os mais recentes textos constitucionais confirmam este entendimento. A Constituição de Timor-Leste – elaborada por constituintes nacionais eleitos pelo povo timorense em 30 de Agosto de 2001 e em vigor desde 20 de Maio de 2002, data em que a independência foi reconhecida no plano internacional -, insere-se claramente na tradição constitucional comum de matriz lusófona¹⁵⁸. Trata-se, na verdade, de “uma Constituição muito semelhante, em muitos aspectos, à Constituição portuguesa e às dos países africanos de língua portuguesa”¹⁵⁹. Em suma, “o texto constitucional timorense bem pode engrossar a família de textos constitucionais de matriz portuguesa”¹⁶⁰.

O mesmo se diga da recente Constituição angolana. Como é sabido, Angola viveu até recentemente uma fase de “*constitucionalismo provisório*”, sendo o quadro jurídico-constitucional integrado pelo texto da Lei Constitucional de 1992, com as alterações de 1996¹⁶¹. Efectivamente, embora a Lei Constitucional de 11 de Novembro de 1975 (data da independência de Angola) tivesse adoptado, como princípio estruturante da organização do poder político, a direcção do Estado e da sociedade pelo MPLA – Partido do Trabalho, ao qual, “como partido marxista-

¹⁵⁷ Cfr. CARLOS BASTIDE HORBACH, *O controle de constitucionalidade na Constituição de Timor- Leste*, 1021.

¹⁵⁸ Cfr. CARLOS BASTIDE HORBACH, *O controle de constitucionalidade na Constituição de Timor- Leste*, 1019-1020 e 1022 – cfr., sobre diversas questões jurídicas que se colocaram no processo que conduziu à independência, AA.VV., *Timor e o Direito*, Lisboa, 2000, passim.

¹⁵⁹ Cfr. JORGE MIRANDA, *Manual*, I, 8.^a ed., 229 – cfr., para se poder proceder a uma comparação entre o anteprojecto elaborado por Jorge Miranda e a Constituição timorense, JORGE MIRANDA, *Uma Constituição para Timor (textos vários)*, in *RFDL*, 2000, 935 ss.

¹⁶⁰ Cfr. JORGE BACELAR GOUVEIA, *A primeira Constituição de Timor Leste*, 318.

¹⁶¹ Cfr. PEDRO BACELAR DE VASCONCELOS, *Entre os factos e o Direito: dimensões constituintes na transição política angolana*, in *Scientia Iuridica*, LVI, 2007, n.º 311, 409-410 – cfr. ainda JORGE MIRANDA, *A Constituição de Angola de 2010*, 13 ss.

leninista, competia a direcção política, económica e social do Estado nos esforços para a construção do Estado socialista”, “o quadro foi profundamente alterado na reforma de 1991/1992. Nesse momento, criaram-se “as premissas constitucionais necessárias à implementação da democracia pluripartidária, ao reconhecimento e à garantia dos direitos e liberdades fundamentais dos cidadãos, assim como à economia de mercado”¹⁶². Esta fase de constitucionalismo provisório chegou recentemente ao fim, tendo sido aprovada uma nova Constituição. A leitura do novo texto constitucional angolano evidencia, à vista desarmada, a forte influência da Constituição portuguesa e a sua inserção na matriz constitucional lusófona. O desafio que se abre agora é garantir que a nova Lei Fundamental assume, plenamente, a sua vocação normativa, esperando que “o enraizamento dos direitos e liberdades fundamentais, a dinâmica que vá desenvolver-se no interior do Parlamento e a independência dos tribunais não permitam que a Constituição venha a tornar-se uma mera Constituição *semântica* (...), ou seja, uma Constituição instrumento e não fundamento do poder”¹⁶³.

O entendimento adoptado não ignora, como já se antecipou, que a ideia de um constitucionalismo de matriz comum constitui, simultaneamente um *programa* e um *projecto*¹⁶⁴, devendo continuar a ser construído numa relação dialéctica entre unidade e diversidade¹⁶⁵.

IV. Uma última palavra para referir que, em relação aos novos países de língua oficial portuguesa, a influência tem sido ainda em larga medida

¹⁶² Cfr. CARLOS FEIJÓ, *Problemas actuais de Direito Público Angolano*, 15, 18 e 59-60.

¹⁶³ Cfr. JORGE MIRANDA, *A Constituição de Angola de 2010*, 37.

¹⁶⁴ Cfr. PETER HÄBERLE, *Gemeineuropäisches Verfassungsrecht*, 74.

¹⁶⁵ Cfr. PETER HÄBERLE, *Europäische Verfassungslehre*, 3.^a ed., 107-108.

unidireccional¹⁶⁶. A Constituição portuguesa de 1976 tem, na verdade, deixado fortes marcas nas Constituições dos Estados que tinham sido colonizados por Portugal¹⁶⁷.

A construção tem sido, pois, fundamentalmente eurocêntrica, estando nós ainda longe de textos constitucionais que interagem entre si, “num movimento de contestação e reafirmação de valores e instituições, no sentido do seu aprimoramento mútuo”¹⁶⁸. Ou seja, neste cenário em que se revela difícil a multilateralização nas relações constitucionais intra-CPLP¹⁶⁹, não se verifica ainda, de forma consistente, um fenómeno semelhante à evolução da concepção astrofísica do mundo – em que a novidade não consistiu, em rigor, na simples passagem de um mundo geocêntrico para um mundo heliocêntrico, resultando antes de uma mudança muito mais profunda (tão bem glosada por HANNAH ARENDT), marcada por “um certo policentrismo”¹⁷⁰.

Ainda assim, da experiência constitucional do texto brasileiro de 1988 têm também derivado, como já se referiu, importantes contribuições para os restantes Estados lusófonos. Concretamente, para referir mais alguns exemplos, merece ser destacado o destemor brasileiro pela praticização do referendo e do plebiscito (o qual ratificou a opção livre do povo brasileiro pelo regime republicano e pelo sistema presidencialista) e a demonstração de que é possível um sistema de

¹⁶⁶ Cfr. CARLOS BLANCO DE MORAIS, *Tópicos sobre a formação de uma comunidade constitucional lusófona*, 65.

¹⁶⁷ Cfr. E. KAFFT KOSTA, *Estado de Direito – O Paradigma Zero*, 293.

¹⁶⁸ Cfr., porém, CARLOS BASTIDE HORBACH, *O controle de constitucionalidade na Constituição de Timor-Leste*, 1022.

¹⁶⁹ Cfr., se bem que numa perspectiva económica e não jurídico-constitucional, ADELINO TORRES / MANUEL ENNES FERREIRA, *A Comunidade dos Países de Língua Portuguesa no contexto da globalização: problemas e perspectivas*, 76 ss.

¹⁷⁰ Cfr. MÁRIO SOARES, *Cumpriu-se o mar e cumpriu-se a terra: por fim nove milhões de periféricos?*, in *20 Anos da Constituição de 1976*, Coimbra, 2000, 300.

governo de pendor presidencialista e democrático¹⁷¹. Além disso, o *habeas data* - que, como refere o Presidente Ministro GILMAR FERREIRA MENDES no seu relatório, constitui uma especialização dos instrumentos de defesa de direitos individuais concebido na Constituição de 1988 como instituto destinado a “assegurar o conhecimento de informações pessoais constantes de registo de bancos de dados governamentais ou de carácter público ou a ensejar a retificação de dados errôneos deles constantes” - está também consagrado em algumas Constituições dos novos Estados de língua portuguesa. É o que sucede, na Constituição de Cabo Verde (artigo 46.º) ou na novíssima Constituição angolana (artigo 69.º). Enfim, como já foi assinalado, a preocupação brasileira com uma justiça constitucional centrada na protecção de direitos fundamentais irradiou para outros ordenamentos lusófonos.

É interessante também verificar que se começa, por vezes, a verificar um verdadeiro *diálogo* abrangente entre os sistemas jurídicos dos países de língua portuguesa. Assim, para referir um exemplo, “na Constituição de São Tomé e Príncipe, para além de naturais afinidades (nos princípios fundamentais, na organização dos direitos fundamentais, no sistema de garantias da Constituição) com a congénere portuguesa, podemos detectar soluções que parecem surgir por influência directa de normas constantes da Constituição de Cabo Verde. São os casos da regra sobre a recepção do Direito Internacional (...), acolhendo-se explicitamente que as normas de Direito Internacional «têm prevalência ... sobre todos os actos legislativos e normativos de valor infraconstitucional» (...); da regulação dos poderes e da composição do STJ enquanto funcionar como Tribunal

¹⁷¹ Cfr. CARLOS BLANCO DE MORAIS, *Tópicos sobre a formação de uma comunidade constitucional lusófona*, 71-72.

Constitucional; ou, ainda, da norma que condiciona o poder de dissolução do Parlamento a um parecer favorável do Conselho de Estado”¹⁷².

V. Saliente-se, contudo, que **a relação entre os sistemas constitucionais brasileiro e português** apresenta contornos específicos, uma vez que tem operado ao longo do tempo de uma forma “*diacrónica e interactiva*, com carácter pendular, que mergulha numa comunhão perene de valores e de respeito pelas naturais diferenças”¹⁷³. A evolução das experiências constitucionais comuns de Portugal e do Brasil revela, pois, significativas “*influências recíprocas*”¹⁷⁴.

5. Um caminho por percorrer: a construção de uma cidadania lusófona

5.1. A cidadania como conceito multifacetado - a multiplicação das cidadanias

I. É sabido que, actualmente, se reconhece que **os estrangeiros e os apátridas “devem ter uma condição jurídica respeitadora da dignidade da pessoa humana”**, devendo “*ser tratados como homens e mulheres livres e usufruir, por conseguinte, dos direitos que daí decorrem*”¹⁷⁵. O próprio imigrante não pode ser visto, redutoramente, como um simples *estrangeiro*, como um portador de um *visto de trabalho* ou *trabalhador* ou como um *suspeito*, devendo, pelo

¹⁷² Cfr. JORGE FONSECA, *Do regime de partido único à democracia em cabo verde: as sombras e a presença da Constituição portuguesa de 1976*, in *Themis*, 2006, 112.

¹⁷³ Cfr. CARLOS BLANCO DE MORAIS, *Tópicos sobre a formação de uma comunidade constitucional lusófona*, 70.

¹⁷⁴ Cfr. RICARDO MALHEIROS FIUZA, *Relações entre Portugal e Brasil no Direito Constitucional*, in *Direito Constitucional comparado*, 322 ss.

¹⁷⁵ Cfr. JORGE MIRANDA, *Manual de Direito Constitucional*, III, Coimbra, 6.^a ed., 2010, 144.

contrário, afirmar-se a ideia de uma *cidadania imigrante*, concretizada através do reconhecimento e garantia de um catálogo de direitos fundamentais¹⁷⁶. A evolução, mesmo à luz do Direito Internacional, vai, por conseguinte, no sentido da progressiva afirmação de um princípio de equiparação entre cidadãos e não cidadãos¹⁷⁷.

O princípio assim afirmado não significa, porém, que os estrangeiros e os apátridas sejam plenamente equiparados aos cidadãos. Há, na verdade, “uma linha divisória muito marcada entre, por um lado, a cidadania pessoal, traduzida nos diversos direitos, liberdades e garantias pessoais, e, por outro, a cidadania política, consubstanciada nos direitos de participação política, e a cidadania social, concretizada nos direitos e deveres económicos, sociais e culturais. Com efeito, enquanto a referida cidadania pessoal é facilmente reconhecida, embora variando naturalmente de país para país os termos e o grau desse reconhecimento aos estrangeiros e apátridas (...), tanto a cidadania política como a cidadania social assumem um carácter mais marcadamente nacional ou estadual”¹⁷⁸.

De facto, em relação aos direitos políticos, e embora historicamente a condição de cidadão não assegurasse só por si o direito de participação plena e efectiva no processo político¹⁷⁹, entende-se tradicionalmente que o “povo é o elemento humano do Estado e a ele pertence, segundo as concepções modernas, todo o poder (...). Por isso, em princípio, só os cidadãos gozam de direitos políticos: os estrangeiros apenas excepcionalmente os podem exercer”¹⁸⁰. Noutro

¹⁷⁶ Cfr. GOMES CANOTILHO, *Enquadramento jurídico da imigração*, in *I Congresso Imigração em Portugal*, Lisboa, 2004, 153 e 160.

¹⁷⁷ Cfr. DAVID WEISSBRODT, *The Human Rights of Non-citizens*, Oxford, 2008, *passim*.

¹⁷⁸ Cfr. JOSÉ CASALTA NABAIS, *Algumas considerações sobre a solidariedade e a cidadania*, in *BFDUC*, 75 (1999), 161.

¹⁷⁹ Cfr. CARMEN LÚCIA ANTUNES ROCHA, *Os direitos de cidadania no Brasil, no Mercosul e na Comunidade de Língua Portuguesa*, 413.

¹⁸⁰ Cfr. DIOGO FREITAS DO AMARAL, *Estado, in Polis*, II, 1130.

plano, no que concerne aos direitos sociais, sem prejuízo da apologia de “um *standart minimum* lusófono de direitos sociais”¹⁸¹, não se pode olvidar que a elegibilidade dos imigrantes no âmbito do Estado de bem-estar constitui, nos nossos dias, uma questão bastante controversa¹⁸².

De resto, mesmo em relação a outros direitos, são frequentes as restrições ao princípio da equiparação. O exemplo brasileiro confirma isto mesmo. Sem dúvida que o artigo 5.º da Constituição consagra expressamente uma cláusula de não discriminação dos estrangeiros. “País de grande extensão territorial e de relativamente pequena população, o Brasil não pode ser hostil ao estrangeiro que venha (...) em busca de vida melhor para dar sua ajuda ao nacional”. Todavia, se não tem sido hostil, a verdade é que, apesar do artigo 5º da Constituição, são muitas as restrições de direitos impostas aos que se domiciliaram no Brasil¹⁸³.

II. Afigura-se, em qualquer caso, simplista, num mero esquema *Aussen/Innen*¹⁸⁴, na esteira de um pretense *dogma de unicidade da nacionalidade* e da ideia da cidadania como expressão de uma fidelidade – necessariamente exclusiva – a um Estado nacional¹⁸⁵, reduzir a situação das pessoas em contacto com uma

¹⁸¹ Cfr. WLADMIR BRITO, *Que direitos sociais: um standart minimum lusófono de direitos sociais?*, in *Estatuto jurídico da lusofonia*, Coimbra, 2002, 105 ss.

¹⁸² Cfr. STEPHEN H. LEGOMSKY, *Immigration Law and Refugee Law and Policy*, New York, 2005, 1353 ss.

¹⁸³ Cfr. MANOEL GONÇALVES FERREIRA FILHO, *Curso de Direito Constitucional*, 23.ª ed., Editora Saraiva, 1996, 95.

¹⁸⁴ Cfr. PETER HÄBERLE, *Europäische Verfassungslehre*, 3.ª ed., 39.

¹⁸⁵ Cfr. RUI DE MOURA RAMOS, *La double nationalité et les liens spéciaux avec d'autres pays*, in *Revista de Direito e Economia*, 1990-1993, 578 e 582.

ordem jurídica a dois únicos grupos pretensamente homogêneos – o dos cidadãos (nacionais) e o dos estrangeiros ou apátridas¹⁸⁶.

Com efeito, “num mundo em que se evidenciam afinidades (culturais, políticas, económicas) entre alguns Estados ou em que se visa criar grandes espaços, a concepção tradicional da unidade e exclusividade da cidadania” perde, em larga medida, justificação¹⁸⁷. **A cidadania, nos nossos dias, “alarga-se, multiplica-se e produz os múltiplos da cidadania”¹⁸⁸**. Ou seja, “a cidadania comporta e tem sido objecto de desdobramentos tanto verticais como horizontais. Por isso, mais do que de cidadania, devemos falar em graus ou níveis de cidadania (graus ou níveis superiores e graus ou níveis inferiores ao da cidadania padrão ou base), por um lado, e em dimensões da cidadania (cidadania pessoal, política e social), por outro”¹⁸⁹.

Concretamente, na perspectiva dos *múltiplos da cidadania* ou das *cidadanias de segunda potência*¹⁹⁰, se “são de todo intoleráveis situações de *subcidadania interna*, isto é, que haja, dentro de um Estado e relativamente aos seus cidadãos, pessoas que não estejam na titularidade da cidadania correspondente, isto é, que não sejam juridicamente cidadãos por igual ou cidadãos de corpo-inteiro”, já nada impede que, dentro do universo dos não-cidadãos, se criem “situações de subcidadania, cidadania mínima ou submúltiplos da cidadania”¹⁹¹.

¹⁸⁶ Cfr. MÁRIO TORRES, *O estatuto constitucional dos estrangeiros*, in *Scientia Juridica*, Maio-Agosto de 2001, 8.

¹⁸⁷ Cfr. JORGE MIRANDA, *Manual*, III, 6.^a ed., 106.

¹⁸⁸ Cfr. CARMEN LÚCIA ANTUNES ROCHA, *Os direitos de cidadania no Brasil, no Mercosul e na Comunidade de Língua Portuguesa*, 434.

¹⁸⁹ Cfr. JOSÉ CASALTA NABAIS, *Algumas considerações sobre a solidariedade e a cidadania*, 157.

¹⁹⁰ Cfr. JORGE PEREIRA DA SILVA, *Direitos de cidadania e direito à cidadania*, Lisboa, 2004, 23.

¹⁹¹ Cfr. JOSÉ CASALTA NABAIS, *Algumas considerações sobre a solidariedade e a cidadania*, 160.

III. As diversas Constituições dos Estados de língua portuguesa, ao mesmo tempo que procuram promover a integração dos respectivos Estados nos contextos regionais em que se inserem – seja através da cidadania europeia (Constituição portuguesa, artigo 15.º, n.º 5), seja no quadro da formação de uma comunidade latino-americana de nações (Constituição brasileira, artigo 4.º, X), seja por via do empenho no reforço da identidade africana (Constituição angolana, artigo 12.º, n.º 3) ou da unidade africana (Constituição guineense, artigo 18.º, n.º 3), seja por fim no contexto dos laços especiais de amizade e cooperação com os países vizinhos e os da região (Constituição timorense, artigo 8.º, n.º 4) – conferem especial destaque aos povos de língua portuguesa¹⁹². Sublinha-se assim a importância – para utilizar a formulação adoptada pelo artigo 7.º, n.º 4, da Constituição de 1976 e reafirmada, no essencial, noutros textos constitucionais lusófonos (Constituições cabo-verdiana, artigo 11.º, n.º 6; moçambicana, artigo 21.º; santomense, artigo 12.º, n.º 3; timorense, artigo 8.º, n.º 3) – dos *laços privilegiados de amizade e cooperação com os países de língua portuguesa*¹⁹³.

Neste sentido, assumindo que “a língua permite a expressão directa de uma espécie de cidadania natural, pré-jurídica e pré-política”¹⁹⁴, os diversos textos constitucionais lusófonos confirmam que a cidadania obedece, cada vez mais, a critérios de geometria variável¹⁹⁵, revelando-se *amigos* dos cidadãos de países de língua portuguesa e abrindo espaço para a construção de uma cidadania lusófona.

¹⁹² Cfr., referindo-se especificamente ao texto constitucional português, PETER HÄBERLE, *Novos horizontes e novos desafios do constitucionalismo*, 47.

¹⁹³ Cfr. JORGE MIRANDA, *Manual*, III, 6.ª ed., 161.

¹⁹⁴ Cfr. FRANCISCO LUCAS PIRES, *Schengen e a Comunidade de Países Lusófonos*, Coimbra, 1997, 37.

¹⁹⁵ Cfr. JORGE PEREIRA DA SILVA, in JORGE MIRANDA / RUI MEDEIROS, *Constituição Portuguesa anotada*, I, 2.ª ed., anotação ao artigo 15.º.

5.2. Uma via difícil de trilhar - a criação de critérios específicos de aquisição da cidadania por imigrantes de países de língua portuguesa

I. Não sofre contestação que, não obstante as crescentes vinculações internacionais neste domínio - e a reivindicação de um maior papel para o Direito Internacional nesta temática¹⁹⁶ -, a determinação da cidadania de cada indivíduo, com a conseqüente determinação do respectivo povo, constitui, fundamentalmente, como refere JORGE MIRANDA, um “**problema a equacionar pelo Direito interno de cada Estado**. É cada Estado que, interpretando o modo de ser da comunidade que lhe dá vida, escolhe e fixa os critérios da cidadania”¹⁹⁷. E, embora se trate de um problema materialmente constitucional, as Constituições podem regular *ex professo*, ao menos parcialmente, esta matéria, como sucede nas Constituições angolana (artigo 9.º), brasileira (artigo 12.º), moçambicana (artigos 5.º e 23.º a 34.º), santomense (artigo 3.º) e timorense (artigo 3.º), ou remeter tal tarefa para lei ou convenção internacional, como acontece nas Constituições cabo-verdiana (artigo 5.º) e portuguesa (artigo 4.º).

II. Em conformidade, na **contraposição clássica, mas tendencial, entre o critério da filiação ou do *ius sanguinis* e o critério do local do nascimento ou do *ius soli***, é natural que os diversos Estados trilhem caminhos diferentes. Isto mesmo tem acontecido nos Estados de língua portuguesa¹⁹⁸.

¹⁹⁶ Cfr. SATVINDER S. JUSS, *Nationality law, sovereignty, and the doctrine of exclusive domestic jurisdiction*, in *Florida Journal of International Law*, IX, n.º 2, 1994, 219 ss.

¹⁹⁷ Cfr. JORGE MIRANDA, *Manual*, III, 104-105.

¹⁹⁸ Cfr. FERNANDO OLIVEIRA, *O sangue e o solo da cidadania: jus soli ou jus sanguinis?*, in *Estatuto jurídico da lusofonia*, Coimbra, 2002, 56 ss.

É sabido, por exemplo, que o critério do *ius soli* assume um importante papel na ordem constitucional brasileira. “O Brasil tem sido, ao longo dos séculos, um terrível moinho de gastar gentes, ainda que, também, um prodigioso criatório. Nele se gastaram milhões de índios, milhões de africanos e milhões de europeus. Nascemos de seu desfazimento, refazimento e multiplicação pela mestiçagem. Foi desindianizando o índio, desafricanizando o negro, deseuropeizando o europeu e fundindo suas heranças culturais que nos fizemos. Somos, em consequência, um povo síntese...”¹⁹⁹. Por isso, logo no momento da formação do Estado, independência e *ius soli* aparecem, em matéria de cidadania, como correlativos²⁰⁰. Ainda actualmente, nos termos do artigo 12º da Constituição de 1988, “são brasileiros natos os nascidos na República Federativa do Brasil, ainda que de pais estrangeiros, desde que estes não estejam a serviço de seu país”.

Em contrapartida, no caso português, a evolução não tem seguido uma linha de continuidade. Mesmo analisando apenas um passado recente, se, no Estado Novo, o predomínio do *ius soli*, em flagrante contraste com a solução dominante na altura nos países europeus, se podia explicar “pelo facto de, considerada a estrutura constitucional do Estado, a extensão do território português e a necessidade, nele patente, de povoamento e assimilação populacional o aproximarem dos Estados novos (vejam-se sobretudo os latino-americanos) onde o critério do *ius soli* é determinante”²⁰¹, a situação alterou-se substancialmente após a Revolução do 25 de Abril. Com efeito, depois de 1974, a redução do espaço territorial do Estado ao da Nação portuguesa, o novo relevo adquirido pelas comunidades de emigrantes, o desejo de integração europeia e a

¹⁹⁹ Cfr. DARCY RIBEIRO (*O Brasil como problema*, Rio de Janeiro, 1995, 12 - *apud* CARMEN LÚCIA ANTUNES ROCHA, *Os direitos de cidadania no Brasil, no Mercosul e na Comunidade de Língua Portuguesa*, 436.

²⁰⁰ Cfr. PONTES DE MIRANDA, *Nacionalidade de origem e Naturalização no Direito brasileiro*, Rio de Janeiro, 1936, 90.

²⁰¹ Cfr. RUI MOURA RAMOS, *Do Direito português da nacionalidade*, Coimbra, 1984, 46-48.

aproximação dos sistemas dominantes no resto da Europa levaram a que se diminuísse a influência do *ius soli*, dando mais relevo ao *ius sanguinis*²⁰². Isto é bem visível nos critérios legais de aquisição da nacionalidade originária plasmados no artigo 1.º da Lei n.º 37/81, de 3 de Outubro, estando o *ius sanguinis* claramente subjacente às previsões do artigo 1º, n.º 1, alíneas a) e b), enquanto o *ius soli* tem uma relevância mitigada nas alíneas c) e d) do n.º 1 do mesmo artigo. A reforma da Lei da Nacionalidade Portuguesa levada a cabo pela Lei n.º 25/94, de 19 de Agosto – realizada num momento em que o movimento de imigração conhecia uma nítida aceleração e em que, apesar da progressiva heterogeneidade da população estrangeira residente em Portugal, a corrente imigratória se caracterizava pelo ser rejuvenescimento e pelo seu crescimento exponencial –, designadamente ao diminuir o papel do *ius soli* na aquisição originária e ao dificultar a aquisição pelo casamento e pela naturalização, insere-se no mesmo sentido²⁰³. Em contrapartida, as alterações introduzidas pela Lei Orgânica n.º 2/2006, de 17 de Abril, mesmo que se conclua que não vão ao ponto de beliscar a identidade da Lei n.º 37/81 ou de introduzir uma fractura com o seu *código genético*²⁰⁴, conferem em geral maior relevância ao *ius soli*²⁰⁵.

Enfim, para referir apenas mais um exemplo, no caso angolano, ultrapassada a fase da independência, a tendência, desde 1984 e acentuada em

²⁰² Cfr. JORGE MIRANDA, *Manual*, III, 6.ª ed., 118.

²⁰³ Cfr. RUI MOURA RAMOS, *Continuidade e mudança no Direito da Nacionalidade em Portugal, in Portugal-Brasil – Ano 2000*, Coimbra 1999, 407 ss.

²⁰⁴ Cfr. RUI MOURA RAMOS, *A renovação do Direito português da nacionalidade pela Lei Orgânica n.º 2/2006, de 17 de Abril*, in *RLJ*, n.º 3943, 2007, 200 e 227 ss.

²⁰⁵ Cfr. JORGE MIRANDA, *Manual*, III, 6.ª ed., 122-123 – cfr., para maiores desenvolvimentos, RUI MOURA RAMOS, *A renovação*, 198 ss; VITALINO CANAS, *Nacionalidade portuguesa depois de 2006*, in *RFDL*, 2007, 851 ss; cfr., por fim, JORGE PEREIRA DA SILVA, *Culturas de Cidadania – Em torno do Acórdão do TC e da nova lei da nacionalidade*, in *Jurisprudência Constitucional*, n.º 11, 2006.

1991, vai no sentido de atribuição de um nítido predomínio ao critério da filiação, só operando o *ius soli* em situações residuais muito restritivas²⁰⁶.

III. Ora, justamente, uma primeira via possível para reforçar o estatuto de cidadania dos cidadãos originários de Estados de língua portuguesa pode passar pela consagração de critérios mais flexíveis na aquisição da nacionalidade por cidadãos lusófonos.

Um tal caminho depende, porém, do sentido que hoje se atribuir à cidadania estadual. Naturalmente, embora historicamente tenha havido uma clara correspondência entre nacionalidade e cidadania e, mais especificamente, entre o próprio Estado nacional democrático e a cidadania, a verdade é que hoje, por um lado, a globalização cultural tem afectado de modo especial a ideia de pertença a uma Nação²⁰⁷. Por outro lado, uma cidadania, mesmo enquanto capacidade política de afirmação própria, restrita à nacionalidade revela-se amputadora de dimensões fundamentais da pessoa²⁰⁸. Neste sentido, sobretudo quando se assiste ao fenómeno da multiplicação dos não-cidadãos que residem permanentemente nas fronteiras de um Estado²⁰⁹, uma identificação entre democracia e princípio da nacionalidade constitui um paradoxo do constitucionalismo democrático, o qual nasceu para ser centrado no Homem e acaba por ficar refém dos Estados²¹⁰. Por isso, num Estado de direito democrático, qualquer alternativa não deve ser

²⁰⁶ Cfr. FERNANDO OLIVEIRA, *O sangue e o solo da cidadania: jus soli ou jus sanguinis?*, 57.

²⁰⁷ Cfr. MANUEL BRAGA DA CRUZ, *Participación y ciudadanía en tiempos de globalización*, in *Anuario Filosófico*, 2003, 50.

²⁰⁸ Cfr. FRANCISCO LUCAS PIRES, *Múltiplos da cidadania: o caso da cidadania europeia*, in *Ab uno ad omnes*, Coimbra, 1998, 1272.

²⁰⁹ Cfr. GIORGIO AGAMBEN, *Beyond Human Rights*, University of Minnesota Press, 1996, 162-163.

²¹⁰ Cfr. MARIA LÚCIA AMARAL, *Será necessária uma harmonização das Constituições para dar efectividade ao exercício dos direitos de participação política?*, in *Estatuto jurídico da lusofonia*, Coimbra, 2002, 90.

absolutizada, sendo antes meramente tendencial. Ainda assim, a visão da cidadania estadual pode ser substancialmente diferente.

Num modelo de *assimilação cultural*, a cidadania não deve cortar o cordão umbilical com a ideia de Nação. A cidadania não é assim dissociada da ideia de uma *comunidade histórica de cultura* ou de uma *comunidade cultural com vocação ou aspiração a comunidade política*²¹¹ ou, se se quiser, da ideia de um povo como conjunto de pessoas que se sente ligada por um *sentimento de afinidade nacional*²¹². E, embora o princípio das nacionalidades tenha assumido um papel de relevo no nascimento de numerosos Estados europeus, esta ideia de nação pode inclusivamente não se apresentar como um *dado*. A criação de um Estado pode ser, ela própria, um importante factor de integração nacional, uma força motivadora das populações envolvidas, uma bandeira de aglutinação da colectividade política²¹³. É o que sucede, justamente, nos novos países de língua portuguesa em que se reconhece que a afirmação de uma verdadeira identidade nacional está ainda em formação, constituindo um projecto nacional do Estado e um grande desafio – em face da diversidade étnica e cultural existente –, cuja assunção deve ter em conta, independentemente dos elementos de diversidade – como a etnia –, os elementos de referência e de unidade – como a língua, a religião ou a história comum²¹⁴.

A cidadania pode, porém, ser concebida como resposta ao problema da inclusividade numa sociedade aberta, plural e fraccionada. Nestes casos, em que se reconhece a existência de sociedades multiculturais “de muitas e variadas

²¹¹ Cfr. JORGE MIRANDA, *Manual*, III, 6.^a ed., 69.

²¹² Cfr. REINHOLD ZIPPELIUS, *Teoria geral do Estado*, Lisboa, 1997, 94.

²¹³ Cfr. ROGÉRIO EHRHARDT SOARES, *O conceito ocidental de Constituição*, in *RLJ*, 1986-1987, ano 119^o, 70.

²¹⁴ Cfr., neste sentido, em relação à Nação angolana, CARLOS FEIJÓ, *Problemas actuais de Direito Público Angolano*, 99 ss.

gentes”, uma comunidade de nacionais, não só não é vista como “um *factum* histórico pré-constitucional”²¹⁵, como também não representa um desígnio político. “Numa sociedade ao mesmo tempo mais aberta no seu horizonte e mais pluralista culturalmente, onde avultam problemas de migrações, integração (mercado único) e novas minorias”, esta perspectiva desprende a visão de cidadania “da ideia de um Estado homogéneo, até para evitar o regresso a conflitos étnicos mais incontrolláveis do que antes, e tende a aproximar-se de novo do indivíduo, como se fora outra vez mais uma conquista da liberdade do que a outorga pelo poder ao indivíduo de um espaço de afirmação”. Neste sentido, a “cidadania pode ser «constituída» em espaços multiétnicos ou multinacionais (Suíça e Estados Unidos). Naturalmente, mesmo nesta concepção mais aberta de cidadania, ela não pode ser vista redutoramente “como um mero produto de normas jurídicas, fora de quaisquer pressupostos de identidade e identificação cultural”, devendo antes entender-se que a cidadania continua a supor uma pertinência cultural que excede o mero vínculo jurídico-formal”²¹⁶. Ainda assim, nada obsta a que se reconheça que cabe ao processo democrático numa sociedade comunicativa adoptar o papel de aval da integração social de uma sociedade diferenciada, competindo à cidadania democrática estabelecer uma solidariedade entre estranhos comparativamente abstracta num contexto comunicativo²¹⁷.

IV. Naturalmente, quando se privilegia uma compreensão multicultural da cidadania, afigura-se mais fácil admitir que cidadãos não nacionais, mas provenientes de países de língua portuguesa, tenham canais privilegiados de acesso à cidadania do Estado de acolhimento.

²¹⁵ Cfr. JÜRGEN HABERMAS, *La Inclusion del Otro*, Barcelona, 1999, 112.

²¹⁶ Cfr., criticando ainda o ponto de vista supostamente muito redutor habermasiano, FRANCISCO LUCAS PIRES, *Múltiplos da cidadania: o caso da cidadania europeia*, 1268 e 1273-1274.

²¹⁷ Cfr. JÜRGEN HABERMAS, *La Inclusion del Otro*, 141-142.

O exemplo brasileiro é particularmente sugestivo. A Constituição brasileira admite um regime especial de aquisição da nacionalidade para os cidadãos de países de língua portuguesa. O artigo 12º da Constituição de 1988, depois de prever a aquisição da nacionalidade brasileira por naturalização para os estrangeiros que residam no Brasil há mais de quinze anos ininterruptos, exige aos originários de países de língua portuguesa “apenas residência por um ano ininterrupto e idoneidade moral”. Ou seja, designadamente “para o português, considerado facilmente assimilável, esse dispositivo - constitucional - não admite que se lhe exija mais que «residência (no País) por um ano ininterrupto e idoneidade moral»”²¹⁸.

Destaque especial merece igualmente o caso de Cabo Verde. “Em 1997, com a lei que aprovou o chamado «*estatuto do cidadão lusófono*», a República de Cabo Verde veio inovar consideravelmente nesta matéria (...). Com efeito, o artigo 4.º da Lei n.º 36/V/97, estabeleceu, de forma claramente abrangente, o direito à nacionalidade cabo-verdiana para os filhos de pai ou mãe lusófono, nascidos em Cabo Verde”²¹⁹.

Em Portugal, onde, como já foi sublinhado, as diversas intervenções legislativas em matéria de lei da cidadania não obedecem a um desígnio constante e comum, havia igualmente condições para adoptar soluções diferenciadas. Isto mesmo é confirmado pela *confissão* do artigo 121.º, n.º 2, da Constituição. Recorde-se que este preceito constitucional, a propósito do exercício do direito de voto dos cidadãos portugueses residentes no estrangeiro, reconhece expressamente que a cidadania portuguesa não está necessariamente ligada á *existência de laços de efectiva ligação à comunidade nacional*. E, de facto, antes da reforma de 2006, o regime de aquisição de cidadania portuguesa por cidadãos de países de língua oficial

²¹⁸ Cfr. MANOEL GONÇALVES FERREIRA FILHO, *Curso de Direito Constitucional*, 23.ª ed., Editora Saraiva, 1996, 96.

²¹⁹ Cfr. FERNANDO OLIVEIRA, *O sangue e o solo da cidadania: jus soli ou jus sanguinis?*, 57-58.

portuguesa constante da Lei n.º 37/81, de 3 de Outubro, com a alteração da Lei n.º 25/94, de 19 de Agosto, apresentava duas ordens de particularidades: por um lado, eram portugueses de origem os indivíduos nascidos em território português, filhos de estrangeiros que aqui residissem com título válido de autorização de residência há, pelo menos, 6 ou 10 anos, conforme se tratasse, respectivamente, de cidadãos nacionais de países de língua oficial portuguesa ou de outros países (artigo 1.º, n.º 1, alínea c)); por outro lado, para efeitos de aquisição da nacionalidade por naturalização, não só se previa que alguns dos requisitos fossem dispensados em relação aos membros de comunidades de ascendência portuguesa (artigo 6.º, n.º 2 – abertura que, se bem que com outra formulação, se mantém ainda hoje no artigo 6.º, n.ºs 4 e 6), como também se distinguia consoante os estrangeiros residissem em território português, com título válido de autorização de residência, há, pelo menos, 6 ou 10 anos, conforme se tratasse, respectivamente, de cidadãos nacionais de países de língua oficial portuguesa ou de outros países (artigo 6.º, n.º 1, alínea b)). A verdade, porém, é que com a Lei Orgânica n.º 2/2006, de 17 de Abril, desapareceram as “diferenciações quanto a estrangeiros em razão da sua cidadania de origem”²²⁰.

Os elementos carreados revelam, em qualquer caso, que, ainda que se considere, *de jure condendo*, que a existência de formas privilegiadas de acesso à cidadania estadual no âmbito da CPLP pode ser incentivada²²¹, um tal caminho só está verdadeiramente previsto, nos nossos dias, em dois dos Estados de língua portuguesa – Brasil e Cabo Verde. E, provavelmente, não haverá condições para se avançar muito mais.

²²⁰ Cfr. JORGE MIRANDA, *Manual*, III, 6.ª ed., 123 – cfr., sobre os regimes legais de cidadania, FELICIANO BARREIRAS DUARTE, *Regime jurídico comparado do Direito de Cidadania (Análise e estudo das leis da nacionalidade de 40 países)*, Coimbra, 2009, *passim*.

²²¹ Cfr. FERNANDO OLIVEIRA, *O sangue e o solo da cidadania: jus soli ou jus sanguinis?*, 58.

5.3. A lenta construção de uma cidadania lusófona de segundo grau – a criação de um estatuto especial para os estrangeiros cidadãos de países de língua oficial portuguesa

I. O caminho mais frutuoso para a afirmação de uma cidadania lusófona passa, provavelmente, pela promoção de uma cidadania de segundo grau no âmbito da CPLP. Um tal estatuto lusófono de cidadania define-se a partir da existência de uma cidadania de base (ou de primeiro grau) e visa permitir aos cidadãos de países de língua portuguesa aceder a direitos preexistentes e originariamente reservados aos detentores da cidadania de base, os quais se destinam a ser exercidos principalmente no plano interno estadual²²². Esta via assume, como pano de fundo, que, sem prejuízo do significado cultural da cidadania, de um ponto de vista estritamente jurídico a cidadania é fonte de diversos direitos específicos²²³ e, por isso, esta cidadania de segundo grau permite, também ela, o acesso a direitos à partida não abertos a estrangeiros. Neste sentido, “a imperiosidade da constituição de uma nova cidadania – a lusófona -, sem qualquer diminuição do círculo do estatuto jurídico-constitucional dos cidadãos de cada Estado, obedece àquela configuração (...) de direitos que se somam e se justapõem sem aniquilamento ou restrição do quanto já conquistado e garantido internamente”²²⁴.

²²² Cfr. JORGE PEREIRA DA SILVA, in JORGE MIRANDA / RUI MEDEIROS, *Constituição Portuguesa anotada*, I, 2.^a ed., anotação ao artigo 15.^o - cfr. ainda JORGE PEREIRA DA SILVA, *Direitos de cidadania e direito à cidadania*, 58 e 68 ss.

²²³ Cfr. STEPHEN H. LEGOMSKY, *Immigration Law and Refugee Law and Policy*, 1350.

²²⁴ Cfr. CARMEN LÚCIA ANTUNES ROCHA, *Os direitos de cidadania no Brasil, no Mercosul e na Comunidade de Língua Portuguesa*, 450.

II. A afirmação de um espaço lusófono de cidadania tem sido feita, sobretudo, no quadro das relações entre portugueses e brasileiros.

Como é sabido, “as relações entre Brasil e Portugal já guardavam especificidades próprias (...) desde o Tratado de Amizade e Consulta, de 16 de Novembro de 1953, no qual se reafirmara a singular solidariedade marcante entre aqueles dois povos e Estados desde o reconhecimento da independência do Brasil pelo Tratado de 29 de Agosto de 1825”²²⁵.

Marco fundamental, neste contexto, foi a assinatura em Brasília, no dia 7 de Setembro de 1971, da Convenção sobre a Igualdade de Direitos e Deveres de Brasileiros e Portugueses. Esta convenção alargou aos cidadãos brasileiros em Portugal e aos portugueses no Brasil um conjunto de direitos que estavam reservados aos respectivos cidadãos nacionais”²²⁶. Não se trata, sublinhe-se, da consagração de uma cidadania comum luso-brasileira ou de uma dupla cidadania: “os portugueses no Brasil continuam portugueses e os brasileiros em Portugal brasileiros. Simplesmente, uns e outros recebem, à margem ou para além da condição comum de estrangeiros, direitos que a *priori* poderiam apenas ser conferidos aos cidadãos do país”²²⁷.

As novas Constituições de Portugal e do Brasil consolidaram esta solução. No caso português, o artigo 15.º, n.º 3, da Constituição, na sua redacção actual, que superou as limitações da solução anterior a 2001 (a qual, apesar da sua formulação, “ficava aquém da generosidade da Constituição brasileira,

²²⁵ Cfr. CARMEN LÚCIA ANTUNES ROCHA, *Os direitos de cidadania no Brasil, no Mercosul e na Comunidade de Língua Portuguesa*, 448.

²²⁶ Cfr. JORGE PEREIRA DA SILVA, in JORGE MIRANDA / RUI MEDEIROS, *Constituição Portuguesa anotada*, I, 2.ª ed., anotação ao artigo 15.º.

²²⁷ Cfr. JORGE MIRANDA, *Manual*, III, 6.ª ed., 162 – cfr. ainda RUI DE MOURA RAMOS, *La double nationalité et les liens spéciaux avec d'autres pays*, 592 ss.

nomeadamente quanto à titularidade de órgãos como a AR e o Governo”²²⁸), dispõe que aos cidadãos dos Estados de língua portuguesa – e não apenas aos brasileiros – “com residência permanente em Portugal são reconhecidos, nos termos da lei e em condições de reciprocidade, direitos não conferidos a estrangeiros, salvo o acesso aos cargos de Presidente da República, Presidente da Assembleia da República, Primeiro-Ministro, Presidentes dos tribunais supremos e o serviço nas Forças Armadas e na carreira diplomática”. No Brasil, por seu turno, o artigo 12º da Constituição de 1988 confere um estatuto especial à situação do português – solução que não vale, portanto, para os demais cidadãos de países de língua portuguesa –, admitindo expressamente que o mesmo, sob condição de reciprocidade, seja equiparado quanto a direitos ao brasileiro, estabelecendo apenas como privativos de brasileiro nato os cargos de Presidente e Vice-Presidente da República, de Presidente da Câmara dos Deputados ou do Senado Federal, de Ministro do Supremo Tribunal Federal, da carreira diplomática, de oficial das forças armadas e de Ministro de Estado da Defesa.

Neste novo contexto constitucional, o enquadramento das relações entre portugueses e brasileiros foi “objecto de profunda revisão pelo Tratado de Amizade, Cooperação e Consulta, assinado em Porto Seguro a 22 de Abril de 2000. “Este instrumento internacional vem estabelecer dois estatutos de igualdade distintos, sem perda da nacionalidade respectiva: um estatuto geral de igualdade e um estatuto especial de igualdade de direitos políticos (...). O estatuto geral de igualdade deve ser requerido pelos próprios interessados perante as entidades competentes, e extingue-se com a perda, pelo beneficiário, da sua cidadania ou com a cessação da autorização de permanência no território do Estado da residência. Os portugueses e brasileiros beneficiários deste estatuto ficam submetidos à lei penal do Estado de residência, não estão sujeitos à extradição,

²²⁸ Cfr. MARCELO REBELO DE SOUSA / JOSÉ DE MELO ALEXANDRINO, *Constituição da República Portuguesa Comentada*, Edições Lex, Lisboa, 2000.

salvo se requerida pelo Governo do Estado da nacionalidade e não poderão prestar serviço militar no Estado de residência. Aos cidadãos portugueses e brasileiros apenas é concedida protecção diplomática em países terceiros pelo seu Estado de origem. O estatuto especial de igualdade de direitos políticos alarga aos portugueses no Brasil e aos brasileiros em Portugal todos os direitos de participação política próprios dos cidadãos do país em causa, com excepção dos direitos reservados pelas Constituições aos portadores da sua cidadania de primeiro grau. Este estatuto especial, para além de ser atribuído apenas a requerimento do interessado, só pode ser reconhecido a quem tenha três anos de residência habitual no Estado de acolhimento, destinando-se este período – inferior já aos 5 anos do texto primitivo –, a garantir uma conexão entre o indivíduo e o Estado em que reside mais significativa do que a proporcionada pela simples residência”²²⁹.

III. A situação assume contornos específicos noutros Estados de língua portuguesa. Cabo Verde ocupa, neste domínio, um lugar absolutamente singular.

Com efeito, no plano constitucional, o artigo 24.º, n.º 3, da Constituição cabo-verdiana admite que “poderão ser atribuídos aos cidadãos dos países de língua oficial portuguesa direitos não conferidos aos estrangeiros e apátridas, excepto o acesso à titularidade dos órgãos de soberania, o serviço nas Forças armadas e a carreira diplomática”. E, no plano legal, Cabo Verde decidiu avançar de forma *unilateral* e totalmente precursora através da aprovação do já referido *estatuto do cidadão lusófono em Cabo Verde*. A Lei n.º 36/V/97 representa, neste contexto, um passo assinalável.

²²⁹ Cfr. JORGE PEREIRA DA SILVA, in JORGE MIRANDA / RUI MEDEIROS, *Constituição Portuguesa anotada*, I, 2.ª ed., anotação ao artigo 15.º - cfr. ainda, sobre as relações entre portugueses e brasileiros neste domínio, JORGE MIRANDA, *Manual*, III, 6.ª ed., 161 ss.

A solução merece ser destacada, desde logo, pela assunção clara de uma aposta na ideia de uma efectiva cidadania lusófona. Num país, como Cabo Verde, em que a ideia de emigração “povoa o imaginário do mítico destino do cabo-verdiano”²³⁰, compreende-se este desígnio, bem evidenciado no conteúdo da referida lei. Com efeito, quanto aos direitos de cidadania associados a este estatuto de segundo grau, prescreve-se que aos cidadãos lusófonos, domiciliados em Cabo Verde, é reconhecida capacidade eleitoral activa e passiva nas eleições autárquicas, nos termos da lei, e é concedido o direito a exercer actividade política conexas com a sua capacidade eleitoral. Além disso, independentemente do regime muito aberto de aquisição da nacionalidade cabo-verdiana, a que já se fez referência, o estatuto de cidadão lusófono com domicílio em Cabo Verde permite aceder a funções públicas de carácter predominantemente técnico. A lei admite ainda, com grande amplitude, mesmo para os cidadãos lusófonos não domiciliados em Cabo Verde e ainda que apenas para efeitos de mero reagrupamento familiar, um regime muito mais flexível de entrada no país. Enfim, no campo das liberdades económicas, o legislador cabo-verdiano foi igualmente muito generoso²³¹.

O segundo aspecto que importa realçar prende-se com o facto de Cabo Verde ter decidido avançar de forma unilateral. É certo que, nos tempos mais recentes, quer por via do desenvolvimento de formas de integração supranacional, quer por via das novas abordagens dos fenómenos migratórios transnacionais, a exigência de reciprocidade tem vindo progressivamente a ser posta em causa²³². A verdade, porém, é que a regra no Direito Internacional e no Direito Comparado continua a ser a da reciprocidade. Os próprios textos constitucionais português e

²³⁰ Cfr. WLADMIR BRITO, *Um balanço da Constituição de 92*, 29.

²³¹ Cfr. JORGE PEREIRA DA SILVA, in JORGE MIRANDA / RUI MEDEIROS, *Constituição Portuguesa anotada*, I, 2.^a ed., anotação ao artigo 15.^o.

²³² Cfr. JORGE PEREIRA DA SILVA, in JORGE MIRANDA / RUI MEDEIROS, *Constituição Portuguesa anotada*, I, 2.^a ed., anotação ao artigo 15.^o.

brasileiro são inequívocos neste sentido. O artigo 24.º, n.º 3, da Constituição cabo-verdiana e o *estatuto legal do cidadão lusófono em Cabo Verde* aplicam-se, pelo contrário, independentemente de qualquer ideia de reciprocidade.

IV. Deixando a situação da relação entre portugueses e brasileiros e a regulamentação precursora de Cabo Verde, a maioria das **demais Constituições lusófonas** não contém disposições semelhantes às que constam dos textos constitucionais português, brasileiro e cabo-verdiano (embora, no caso angolano, a nova Constituição estabeleça, no artigo 25.º, n.º 3, que “aos cidadãos de comunidades regionais ou *culturais* de que Angola seja parte ou a que adira podem ser atribuídos, mediante convenção internacional e em condições de reciprocidade, direitos não conferidos a estrangeiros, salvo a capacidade eleitoral activa e passiva para acesso à titularidade dos órgãos de soberania”).

Por outro lado, embora alguns Estados lusófonos tenham adoptado, entre si, instrumentos de aprofundamento das suas relações recíprocas, incluindo Portugal, nenhuma das convenções bilaterais até ao presente celebradas assume um alcance semelhante ao resultante do Tratado de Amizade, Cooperação e Consulta de 2000 celebrado entre Portugal e o Brasil. Os dois tratados que vão mais longe, sem contudo estabelecerem um verdadeiro princípio de equiparação de direitos (políticos), são os denominados *Acordos Especiais*, reguladores do estatuto das pessoas e do regime dos seus bens, celebrados com Cabo Verde e com a Guiné-Bissau, respectivamente de 15 de Abril e de 21 de Junho de 1976²³³.

²³³ Cfr. JORGE PEREIRA DA SILVA, in JORGE MIRANDA / RUI MEDEIROS, *Constituição Portuguesa anotada*, I, 2.ª ed., anotação ao artigo 15.º - cfr., sobre o tema, RUI DE MOURA RAMOS, *La double nationalité et les liens spéciaux avec d'autres pays*, 596 ss.

V. Neste momento e em face deste cenário, **o desafio é, justamente, passar do bilateral (ou até do unilateral) para o multilateral**²³⁴.

O caminho da construção de uma cidadania lusófona abrangente, que compreenda potencialmente os cidadãos de todos os Estados de língua portuguesa enquanto comunidade de cultura, há-de passar pelos trabalhos realizados no âmbito da Comunidade dos Países de Língua Portuguesa. Só que a evolução, neste domínio, tem sido dificultada por “inúmeros problemas ou constrangimentos”²³⁵.

Compreensivelmente, sendo bem sabido que uma das consequências práticas mais relevantes do estatuto de cidadania se traduz na liberdade de circulação e, portanto, na não sujeição à legislação sobre imigração²³⁶, os primeiros passos na construção de uma cidadania lusófona têm estado centrados na questão da liberdade de circulação. Logo na declaração constitutiva da CPLP, assinada em Lisboa, a 17 de Julho de 1996, os Estados lusófonos, depois de sublinharem o papel absolutamente central da língua portuguesa enquanto *vínculo histórico e património comum* adquirido numa *convivência multissecular*, comprometeram-se a *promover medidas que facilitassem a circulação dos cidadãos dos países membros no espaço da Comunidade dos Países de Língua Portuguesa*. Concretizando um tal programa, os Estados membros da CPLP têm aprovado um conjunto de acordos em matéria de entrada e saída dos territórios estaduais. Tais acordos visam concretamente suprimir vistos em passaportes diplomáticos, especiais e de serviço (acordo assinado em Maputo em 17 de julho de 2000), facilitar vistos temporários para tratamento médico, estabelecer balcões específicos de atendimento nos postos de entrada e de saída do país, permitir a concessão de vistos de múltiplas entradas

²³⁴ Cfr. JOSÉ LEITÃO, *Standard mínimo de direitos da lusofonia*, in *Estatuto jurídico da lusofonia*, Coimbra, 2002, 140.

²³⁵ Cfr. LUÍS FERREIRA LOPES / OCTÁVIO DOS SANTOS, *Os novos descobrimentos*, 40.

²³⁶ Cfr. STEPHEN H. LEGOMSKY, *Immigration Law and Refugee Law and Policy*, 1350.

para determinadas categorias de pessoas, agilizar os procedimentos de obtenção de vistos de curta duração, isentar os pedidos de emissão ou de renovação de autorizações de residência do pagamento de taxas e emolumentos (acordos diversos assinados em Brasília em 30 de Julho de 2002), regular a extradição ou a transferência de pessoas condenadas e o auxílio judiciário em matéria penal (convenções assinadas na Cidade da Praia em 23 de Novembro de 2005).

O estatuto de uma efectiva cidadania lusófona não pode, porém, esgotar-se em dimensões parcelares da liberdade de circulação. O Projecto de Convenção-Quadro relativa ao Estatuto do Cidadão da CPLP, inicialmente discutido na Conferência de Brasília de 2002, pretende, justamente, dar o passo seguinte. A verdade, porém, é que, neste momento, a situação está num impasse (JOSÉ LEITÃO, *Estudo sobre cidadania e circulação no espaço da CPLP* (polic.), 8 ss). Por isso, o mais que se poderá dizer, acompanhando FERNANDO OLIVEIRA, é que “bem andarà a Comunidade dos Países de Língua Portuguesa se souber construir e consolidar o que nos une, e é tanto, afastando o que nos separa, e é igualmente tanto, mas terá de ser secundarizado”²³⁷. Até lá, o constitucionalismo de matriz lusófona não tem ainda correspondência no plano da cidadania.

6. A relevância actual, no âmbito do constitucionalismo de matriz lusófona, do quinto método de interpretação

I. A conclusão obtida em sede de cidadania não invalida o resultado alcançado quanto à existência, no plano da comparação das actuais Constituições de língua portuguesa, de uma matriz constitucional lusófona. Importa, em qualquer caso, antes de finalizar, **verificar em que medida este Direito**

²³⁷ Cfr. FERNANDO OLIVEIRA (*O sangue e o solo da cidadania: jus soli ou jus sanguinis?*, 60).

Constitucional Comum, que não tem igual projecção no plano da cidadania, se revela no plano hermenêutico.

Sem dúvida que, neste domínio, independentemente dos resultados de uma *macrocomparação*, afigura-se decisiva a comparação de “institutos jurídicos (ou, noutras formulações, de problemas, aspectos, figuras ou normas jurídicas”²³⁸. Com efeito, e em rigor, mesmo que se concluísse que as diversas Constituições de língua portuguesa eram bastante heterogéneas entre si, nada impediria que se reconhecesse que determinado instituto ou regime obteve inspiração num outro texto constitucional lusófono.

Ainda assim, a afirmação de um constitucionalismo comum transnacional, perspectivado num horizonte cultural²³⁹, pode ter uma grande força irradiante.

II. É sabido que historicamente a ideia de um direito comum a diferentes povos teve manifestações relevantes. Não se justifica recordar aqui o *ius gentium* do Direito Romano, aplicável a estrangeiros ou a peregrinos, ou os fenómenos do renascimento do Direito Romano na época medieval e do reconhecimento da importância do direito comum. Tão-pouco importa, neste contexto, lembrar que a Lei da Boa Razão, de 18 de Agosto de 1769, mandava significativamente atender àquela boa razão que se expressava, entre outras fontes, nas leis políticas, económicas, mercantis, e marítimas que as Nações Cristãs haviam promulgado com manifestas utilidades, uma vez que se considerava muito mais racional e coerente que nestas interessantes matérias se recorresse em casos de necessidade ao subsídio próximo das sobreditas leis das Nações Cristãs, iluminadas e polidas, que com elas estão resplandecendo na boa, depurada, e sã Jurisprudência.

²³⁸ Cfr. CARLOS FERREIRA DE ALMEIDA, *Direito Comparado – ensino e método*, 64.

²³⁹ Cfr. ALBERTO VESPAZIANI, *Die Europäische Verfassungslehre im Wandel zur post-ontologischen Rechtsvergleichung*, in *Verfassung im Diskurs der Welt*, Tübingen, 2004, 477.

A verdade, porém, é que, superado o tempo do iluminismo, impôs-se a **ideia da auto-suficiência de um ordenamento jurídico e a sua pretensa idoneidade para resolver todas as situações carecedoras de uma resposta normativa** (embora isso não obstasse a que se reconhecesse a existência de conexões com outros ordenamentos²⁴⁰). Em particular, no âmbito do constitucionalismo, o Direito Constitucional era configurado como um fenómeno estadual, baseado na ficção de uma sociedade fechada, e, por isso, descoberto com os instrumentos metodológicos clássicos do positivismo. Neste contexto, os intérpretes da Constituição tinham uma base nacional e eram configurados como um clube de peritos²⁴¹.

As palavras de MARCELO REBELO DE SOUSA, a propósito do valor do acto inconstitucional, são, a este propósito, bem esclarecedoras. O Autor sublinha, com efeito, que o estudo de uma tal problemática se encontra intimamente ligado “a cada ordenamento jurídico concreto”. E, se com uma tal asserção não se pretende “negar a possibilidade de uma averiguação de Direito Comparado”, rejeita-se, em qualquer caso, a possibilidade de uma teorização da matéria em causa que abstraia “da diversa formulação de cada ordenamento jurídico”. Os elementos estrangeiros podem ser considerados como “instrumentos auxiliares da indagação básica”. Não se pode, porém, descurar “a unidade sistemática do ordenamento jurídico português”. Daí que o Autor conclua que “tão provinciana é a postura científica que abstrai do conhecimento adequado do direito estrangeiro como a atitude que sujeita por inteiro o estudo do Direito nacional à importação subserviente do Direito Estrangeiro”²⁴².

²⁴⁰ Cfr. GIUSEPPE DE VERGOTTINI, *Diritto Costituzionale Comparato*, 1.

²⁴¹ Cfr. ALBERTO VESPAZIANI, *Die Europäische Verfassungslehre im Wandel zur post-ontologischen Rechtsvergleichung*, 455.

²⁴² Cfr. MARCELO REBELO DE SOUSA, *O valor jurídico do acto inconstitucional*, I, Lisboa, 1988, 26-28.

III. A situação, no entanto, evoluiu significativamente²⁴³. A afirmação não suscita dúvidas no plano do Direito Internacional ou do Direito da União Europeia, isto é, **no âmbito de instâncias internacionais ou transnacionais**.

Recorde-se que o artigo 38.º do Estatuto do Tribunal Internacional de Justiça manda aplicar, entre outras fontes, *os princípios gerais de direito reconhecidos pelas nações civilizadas*.

Da mesma forma, mesmo não insistindo no papel da *western legal traditions* na jurisprudência do Tribunal de Estrasburgo²⁴⁴, também no Direito da União Europeia há muito que se previa expressamente que, em matéria de responsabilidade civil extracontratual, a obrigação de indemnizar fosse aferida à luz dos *princípios gerais comuns aos direitos dos Estados-membros*. O Tribunal de Justiça foi, porém, bastante mais longe. No contexto da progressiva afirmação da relevância dos direitos fundamentais no âmbito do Direito Comunitário, o Tribunal de Justiça passou a convocar, na sua jurisprudência, não apenas a Convenção Europeia dos Direitos do Homem, mas também as tradições constitucionais comuns aos Estados-Membros. O artigo F do Tratado de Maastricht de 1992, o artigo 6.º, n.º 2, do Tratado da União Europeia revisto em Amesterdão ou o artigo 6.º, n.º 3, da versão consolidada pelo Tratado de Lisboa, independentemente das dúvidas hermenêuticas que têm suscitado (e que não cabe, obviamente, aqui referir), acolhem esta evolução jurisprudencial, estabelecendo expressamente que “do Direito da União fazem parte, enquanto princípios gerais, os direitos fundamentais tal como os garante a Convenção Europeia para a Protecção dos Direitos do Homem e das Liberdades

²⁴³ Cfr., para uma primeira aproximação às causas do fenómeno, ALESSANDRO PIZZORUSSO, *Comparazione giuridica e sistema delle fonti del Diritto*, Torino, 2005, 28 ss.

²⁴⁴ Cfr. DANILO A. LEONARDI, *The Strasbourg System of Human Rights Protection: «Europeanisation» of the Law through the Confluence of the Western Legal Traditions*, in ERPL, 1996, 1139 ss.

Fundamentais e tal como resultam das tradições constitucionais comuns aos Estados-Membros”. O Direito da União Europeia coloca, assim, em primeiro plano, a temática das tradições constitucionais comuns aos Estados-membros como fonte de direito comunitário²⁴⁵.

IV. O mesmo fenómeno tem importantes refrações no âmbito do Direito Constitucional. A conclusão não se impõe apenas nas hipóteses em que as Constituições adoptam a técnica do *reenvio*²⁴⁶, ou seja, quando os textos constitucionais – como o português (artigo 16.º, n.º 2) e, numa linha de continuidade, o angolano (artigo 26.º, n.º 2), o cabo-verdiano (artigo 17.º, n.º 3), o moçambicano (artigo 43.º), o santomense (artigo 18.º, n.º 2) ou o timorense (artigo 23.º) – se abrem expressamente ao elemento comparativo, ao procederem concretamente à recepção formal da Declaração Universal dos Direitos do Homem²⁴⁷. A afirmação tem, pelo contrário, um âmbito muito mais vasto.

Não se está com isto a pensar somente na verificação inquestionável de que, à semelhança do que sucede no Direito Internacional – mas aqui por força do disposto expressamente no artigo 38.º do Estatuto do Tribunal Internacional de Justiça, quando, além de determinar a aplicação dos *princípios gerais de direito reconhecidos pelas nações civilizadas*, considera *as decisões judiciais e a doutrina dos publicistas mais qualificados das diferentes nações como meio auxiliar para a determinação das regras de direito* –, também “no âmbito do processo de criação de uma cultura jurídico-constitucional e de identificação do Direito Constitucional, pode hoje destacar-se uma *pluralidade de constitucionalistas mais qualificados* das várias nações,

²⁴⁵ Cfr. ALESSANDRO PIZZORUSSO, *Il patrimonio costituzionale europeo*, Bologna, 2002, 7 ss; *Comparazione giuridica e sistema delle fonti del Diritto*, 111 ss e 139 ss.

²⁴⁶ Cfr. ALESSANDRO PIZZORUSSO, *Comparazione giuridica e sistema delle fonti del Diritto*, 11-12.

²⁴⁷ Cfr. PETER HÄBERLE, *Grundrechtsgeltung und Grundrechtsinterpretation im Verfassungsstaat – Zugleich zur Rechtsvergleichung als “funfter” Auslegungsmethode*, 39.

para serem intérpretes (e responsáveis) da realização do projecto (...) do Estado constitucional”²⁴⁸.

Seja como for, e embora este aspecto não seja despiciendo, sendo tributário da visão, também tão bem sublinhada por PETER HÄBERLE, de uma *sociedade aberta de intérpretes da Constituição* europeizada ou, inclusivamente, internacionalizada²⁴⁹, a verdade é que, para além das chamadas *funções culturais* do Direito Constitucional Comparado, importa também atender às *funções práticas* da comparação jurídica, designadamente na interpretação de preceitos jurídicos e na integração de lacunas²⁵⁰.

É bem conhecida, a este propósito, a ideia de PETER HÄBERLE, primeiramente desenvolvida *ex professo* em 1989, a propósito da interpretação dos direitos fundamentais, e depois reafirmada e generalizada em múltiplas ocasiões, do **elemento comparado como quinto método de interpretação**. Nesta perspectiva, ao lado dos quatro métodos de interpretação clássicos, celebrizados por Savigny, isto é, os impropriamente chamados elementos literal, histórico, sistemático e teleológico, afigura-se fundamental, na interpretação das normas constitucionais, tomar em consideração o método comparado²⁵¹.

Naturalmente, não se pode ignorar que o recurso ao Direito Comparado – e a discussão no próprio seio do *Supreme Court* sobre a justificação do recurso à comparação jurídica nas decisões jurisdicionais é disso significativa – também comporta riscos, sendo fundamental não ignorar as *distâncias* e as *diferenças* que

²⁴⁸ Cfr. PETER HÄBERLE, *Novos horizontes e novos desafios do constitucionalismo*, 58 e 59.

²⁴⁹ Cfr. PETER HÄBERLE, *Gemeineuropäisches Verfassungsrecht*, 98; *Grundrechtsgeltung und Grundrechtsinterpretation im Verfassungsstaat – Zugleich zur Rechtsvergleichung als “funfter” Auslegungsmethode*, 37.

²⁵⁰ Cfr. CARLOS FERREIRA DE ALMEIDA, *Direito Comparado – ensino e método*, 68-69.

²⁵¹ Cfr. PETER HÄBERLE, *Grundrechtsgeltung und Grundrechtsinterpretation im Verfassungsstaat – Zugleich zur Rechtsvergleichung als “funfter” Auslegungsmethode*, 35 ss – cfr., mais recentemente, PETER HÄBERLE, *Europäische Verfassungslehre*, 3.^a ed., 246 ss.

separam as diversas ordens constitucionais²⁵². É significativo, aliás, que, em diversas decisões jurisdicionais sobre a despenalização do aborto adoptadas por vários tribunais constitucionais ou tribunais supremos na décadas de setenta e oitenta do século passado, o elemento comparado tenha merecido uma relevância diminuta²⁵³.

Todavia, e não cabendo obviamente no contexto desta intervenção entrar num domínio tão complexo como o dos limites ao emprego do método comparatístico, importa, em qualquer caso, sublinhar que a comparação nunca pode perder de vista, para além do texto, o contexto normativo e cultural em que ele se insere. É que, em rigor, quando duas Constituições dizem o mesmo, isso não implica necessariamente que elas tenham o mesmo significado, sendo necessário atender àquilo que está para além da Constituição escrita²⁵⁴. Ora, na medida em que se assista, no constitucionalismo contemporâneo, com a sua dimensão cultural, à afirmação de um Direito Constitucional comum, tem sentido reconhecer que o emprego do método comparativo não pode ser mais visto como uma espécie de luxo dos juristas particularmente cultos²⁵⁵, devendo, ao invés, o recurso ao quinto método de interpretação ou ao Direito Constitucional transnacional²⁵⁶ assumir um papel crescentemente relevante.

O exemplo da jurisprudência constitucional portuguesa é bem elucidativo nesta matéria. De facto, quando se analisa a jurisprudência do Palácio Ratton – e o

²⁵² Cfr. VICKI C. JACKSON / MARK TUSHNET, *Comparative Constitutional Law*, New York, 1999, 150 ss.

²⁵³ Cfr. ALBRECHT WEBER, *Zur Bedeutung der Rechtsvergleichung für die Verfassungsgerichtsbarkeit*, in *Festschrift für Wolfgang Zeidler*, berlin – New York, 1987, 375 ss.

²⁵⁴ Cfr. PETER HÄBERLE, *Europäische Verfassungslehre*, 3.^a ed., 10.

²⁵⁵ Cfr. ALESSANDRO PIZZORUSSO, *Comparazione giuridica e sistema delle fonti del Diritto*, 12.

²⁵⁶ Cfr. ALESSANDRO PIZZORUSSO, *Il patrimonio costituzionale europeo*, 16-17; *Comparazione giuridica e sistema delle fonti del Diritto*, 144.

estudo foi feito com mestria por ROMANO ORRÙ²⁵⁷ –, verifica-se, sobretudo a partir de 1989, a utilização intensiva do argumento comparado. E, se para tal também contribuem um conjunto de factores especificamente portugueses (incluindo um *humus* cultural dos juizes do Tribunal Constitucional formado em larga medida no âmbito académico e uma preocupação em quebrar qualquer ideia de isolamento cultural), uma tal tendência não deixa também de entroncar nas razões que levam ao reconhecimento, por parte importante da doutrina, da relevância crescente do elemento comparado.

V. A verdade, porém, é que, olhando ainda para a experiência da justiça constitucional portuguesa, conclui-se que o argumento comparado se alimenta, fundamentalmente, além dos dados que resultam da jurisprudência do Tribunal Europeu dos Direitos do Homem, de elementos extraídos de países da *western legal tradition* e, em particular, de países europeus, em especial, Itália, Alemanha e Espanha²⁵⁸. Dir-se-ia que os juizes do Tribunal Constitucional português estão bem conscientes de que a formação de um constitucionalismo comum europeu exige igualmente uma europeização da dogmática constitucional²⁵⁹. Em contrapartida, **na jurisprudência do Tribunal Constitucional português, o constitucionalismo de matriz lusófona está longe de ser relevante no plano hermenêutico.**

A explicação pode, é certo, residir na circunstância de a relação constitucional entre Portugal e os novos países de língua oficial portuguesa ser,

²⁵⁷ Cfr. ROMANO ORRÙ, *La giustizia costituzionale in azione e il paradigma comparato: l'esperienza portoghese*, in *Corti nazionali e comparazione giuridica*, Napoli, 2006, 1 ss.

²⁵⁸ Cfr. ROMANO ORRÙ, *La giustizia costituzionale in azione e il paradigma comparato: l'esperienza portoghese*, 21 ss.

²⁵⁹ Cfr. PETER HÄBERLE, *Europäische Verfassungslehre*, 3.^a ed., 37.

como já foi assinalado, em larga medida unidireccional e, portanto, fundamentalmente eurocêntrica.

A verdade, porém, é que, em rigor, mesmo o Direito Constitucional brasileiro, não obstante as influências constitucionais recíprocas existentes entre os dois países, tem um papel claramente menos relevante na jurisprudência constitucional portuguesa do que o Direito Constitucional comum europeu.

VI. Nesta perspectiva, é fundamental conhecer os resultados de uma análise semelhante à jurisprudência constitucional dos demais países de língua portuguesa.

Sem dúvida que, numa sociedade aberta de intérpretes, **ao menos na doutrina desses países, se reconhece, frequentemente, a relevância deste *ius commune* no plano hermenêutico**, ou seja, a existência de “uma *comun linguagem científica*, nos termos da qual os mesmos *nomes* vão querendo dizer, cada vez mais, as *mesmas coisas* face aos direitos (...). A este léxico partilhado vai também correspondendo uma crescente partilha de métodos quanto à resolução dos problemas postos. Se *os mesmos nomes* vão tendo cada vez mais, na nossa comunidade, os mesmos significados, tal só pode querer dizer que aos *mesmos problemas* vão correspondendo, também cada vez mais, as *mesmas soluções*”^{260/261}.

²⁶⁰ Cfr. MARIA LÚCIA AMARAL, *Será necessária uma harmonização das Constituições para dar efectividade ao exercício dos direitos de participação política?*, in *Estatuto jurídico da lusofonia*, Coimbra, 2002, 87.

²⁶¹ CARLOS FEIJÓ, por exemplo, depois de sublinhar, a propósito da autonomia local, que “a Lei Constitucional n.º 23/92, de 16 de Setembro, segue de perto as soluções da Constituição Portuguesa”, visto que o legislador constitucional angolano, “após a ruptura com o modelo socialista do Leste europeu, optou por utilizar como fonte primária do seu projecto constitucional a Constituição portuguesa”, acrescenta sugestivamente que as soluções que propõe na interpretação dos preceitos constitucionais angolanos “podem ser enquadradas no âmbito das discussões na dogmática jurídico-pública portuguesa” *Problemas actuais de Direito Público Angolano*, 64). Da mesma forma, para CARLOS BASTIDE HORBACH, algumas das discussões que se suscitam em relação aos preceitos da Constituição portuguesa sobre justiça constitucional também relevam na

Uma coisa, porém, é certa. Quando se pensa no quinto método de interpretação, estamos ainda muito longe de um quadro de *multilateralização* nas relações constitucionais intra-CPLP.

