

Os Direitos Fundamentais

por

Maurizio Fioravanti

Armindo Saraiva Matias¹

SUMÁRIO:

1. Objectivos da Obra ² de FIORAVANTI.
2. A fundamentação teórica das liberdades.
3. As revoluções e as doutrinas das liberdades.
4. As liberdades e as doutrinas da época liberal.
5. As liberdades nas constituições actuais.
6. Apreciação crítica das posições de FIORAVANTI.

1. Os objectivos da obra de Fioravanti

MAURIZIO FIORAVANTI ³, professor italiano de História das Constituições Modernas, deparou no seu ensino, com a necessidade de explicar aos alunos o fundamento do fenómeno universal do constitucionalismo moderno que é o da consagração das liberdades, dos direitos individuais fundamentais.

E, desde logo, teve de colocar a questão de saber se o constitucionalismo moderno é fruto da criação, pelos Estados, de um núcleo de normas modernas, recentemente criadas, logicamente ordenadas, ou antes, o resultado do evoluir da história, das tradições jurídico-culturais de cada povo.

¹ Professor Associado da Universidade Autónoma de Lisboa. Consultor do Banco de Portugal. Advogado.

² Título original da Obra: *Appunti di Storia delle Costituzioni Moderne, le Libertà Fondamentali*. Existe tradução espanhola «*Los Derechos Fundamentales*», editorial Trotta, 2.ª ed., 1996.

³ MAURIZIO FIORAVANTI, professor da Universidade de Florença, é considerado um dos maiores especialistas actuais em matéria de história do constitucionalismo. Destacam-se as suas obras: *Giuristi e Costituzione Politica nell'Ottocento Tedesco* (1979); *Stato e Costituzione. Materiali per una Storia delle Dottrine Costituzionali* (1993); a obra de que agora fazemos a recensão «*Appunti di Storia delle Costituzioni Moderne. Le Libertà Fondamentali*» (1990).

FIORAVANTI não poderia, obviamente, afirmar qualquer destas teses sem a demonstrar. E para a demonstração terá de lançar-se no estudo da história do direito.

É esse estudo de história, é essa análise detalhada dos movimentos políticos e das revoluções que o vai fazer chegar à conclusão de que o constitucionalismo moderno não é uma criação recente, é o resultado de uma evolução lenta, de doutrinas, tradições, culturas, revoluções.

É quanto vai ensinar aos seus alunos através do livro que, na sua primeira edição, despretensiosamente, designou de «*Appunti di storia delle costituzioni moderne. Le libertà fondamentali*».

Pois bem: foi o interesse que a leitura deste livro despertou em nós que motivou a presente recensão, esperando poder desafiar a curiosidade de outros leitores para a síntese compacta e brilhante que é esta obra do autor italiano.

2. A fundamentação teórica das liberdades

FIORAVANTI deixa a discussão teórica da liberdade individual para os filósofos e tenta a fundamentação teórica das liberdades, no plural.

E entende haver três modelos para fundamentar essas liberdades: o modelo *historicista*, o modelo *individualista* e o modelo *estatista*. Obviamente, cada um destes modelos combina-se com os outros dois.

Ora, é a compreensão destas combinações que explicará os direitos fundamentais constitucionalmente consagrados. Vejamos, então, detalhadamente, cada um daqueles três modelos.

O modelo historicista

Ao contrário do que é habitual pensar-se, foi na Idade Média e não depois, que se constituiu a tradição europeia da necessária limitação do poder político. Seria, pois, demasiado redutor estudar, para o efeito, apenas os séculos XVII a XIX.

Com efeito, um estudo detalhado da realidade medieval permite identificar não apenas uma norma geral e abstracta, de garantia, como também a presença de um direito objectivo, radicado no costume que define a cada um o seu lugar, isto é, os seus direitos e os seus deveres, começando pelos mais poderosos.

Trata-se de um *Jus involuntarium* que nenhum poder foi capaz de definir e sistematizar por escrito.

Todavia, ele assenta num contrato de dominação entre o senhor e os subordinados, nele se dispondo, com frequência, sobre a necessidade de consenso das assembleias representativas para a imposição de tributos extraordinários.

O senhor que violasse as regras do contrato seria havido como tirano.

Chama-se, por vezes, a atenção para a *Magna Charta* de 1215, que teria continuidade até à *Petition of Rights* de 1628, ao *Habeas Corpus Act* de 1679, ao *Bill of Rights* de 1689, até ao constitucionalismo moderno.

Nela se encontra já a estrutura corporativa da Idade Média, quando dispõe que nenhum homem livre poderá ser detido ou preso, privado dos seus direitos ou bens, senão por sentença judicial dos seus pares.

Conclui FIORAVANTI que, neste modelo, o que sobressai são as liberdades civis, a liberdade como segurança; as liberdades políticas seriam meramente acessórias, relativamente às civis. O modelo historicista esgotaria aí a sua potencialidade.

O modelo individualista

Na análise do autor, a cultura historicista encontra, na Idade Média, a grande tradição europeia do governo moderado e limitado; já a idade moderna propugna a consagração dos direitos individuais e de aperfeiçoamento da sua tutela.

Haveria, assim, forte oposição entre as duas concepções: na medieval, os direitos e deveres seriam atribuídos aos indivíduos segundo a sua posição na sociedade; na concepção moderna, afirma-se o direito individual, iniciando-se com as declarações revolucionárias, especialmente com a revolução francesa de 1789.

E, do mesmo passo que esta concepção vai conhecer a maior concentração de poderes da história, sob a forma de Estado absoluto ou sob a forma do poder revolucionário intérprete da vontade geral, o certo é que as constituições modernas vão garantir os direitos e liberdades frente ao exercício arbitrário do poder estatal.

Esta concepção conduzirá, por outro lado, à presunção da liberdade consagrada na *Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão*.

Todavia, o modelo individualista distingue-se do estatista porque se presume a existência da Sociedade Civil dos indivíduos, anterior ao Estado. É necessário o Estado para garantir os direitos, mas a Sociedade é anterior ao Estado.

Distingue-se, ainda, por outra razão: a da existência do poder constituinte criador das liberdades políticas «positivas».

Na concepção estatista, o poder apenas nasce com o Estado; na concepção individualista, ou contratualista medieval, antes do Estado existe a Sociedade.

Haveria, assim, uma constituição prévia limitadora dos poderes do Estado.

Deste modo, a modelo individualista distinguir-se-á do estatista quer porque pressupõe uma Sociedade anterior impondo a presunção geral da liberdade e, ainda, pela existência de um poder constituinte já estruturado.

O modelo estatista

Neste modelo, não haveria um contrato em que as partes se outorgam mútuas vantagens; deriva, antes, de um contrato unilateral, irreversível, em que todos se submetem a um sujeito investido com o monopólio do poder. É este soberano que faz respeitar os direitos individuais.

No modelo estatista, admite-se e afirma-se que o Estado nasce da vontade dos indivíduos; todavia, essa vontade não pode ser representada por um contrato social, entendido como composição de interesses individuais; trata-se antes, de um *pacto*.

Os indivíduos não defendem os seus interesses, mas necessitam (desesperadamente) de uma ordem política. Os indivíduos passam, então, a constituir a nação, o povo, mas apenas porque existe o Estado.

3. As revoluções e as doutrinas das liberdades

Revolução Francesa

No caso da Revolução Francesa, diz FIORAVANTI, assiste-se a uma combinação entre o modelo individualista e contratualista, por um lado, e estatista, por outro lado.

A grande novidade da Revolução Francesa, aliás algo perturbadora, foi a de fazer aparecer uma sociedade civil unificada na perspectiva da vontade política constituinte, como povo ou nação.

Nasce, com ela, o direito de voto que assume um novo significado: este direito de voto permite aos cidadãos delegar o exercício das funções públicas na classe política.

Deste modo, o povo deixa de existir como sujeito de soberania política e, em seu lugar, aparece o sistema de poderes constituídos, conduzido pelos representantes eleitos.

De um lado, sobressai um constitucionalismo com regras complexas de revisão constitucional, mas sem conseguir assegurar a sua efectividade; de outro lado, existe uma busca desesperada de encontrar um garante da constituição.

Segundo FIORAVANTI, todo o debate revolucionário francês sobre a constituição e sobre a garantia dos direitos está precedida pelo debate sobre a soberania do poder constituinte ou dos poderes constituídos, do povo soberano ou seus representantes.

Revolução Americana

Há quem afirme (como MATTEUCCI) que o constitucionalismo moderno, entendido como técnica de limitação de poderes, nasce mais da constituição federal americana que da revolução francesa.

Na verdade, enquanto na revolução francesa estão, lado a lado e em permanente tensão, o modelo individualista e o modelo estatista, na constituição americana combina-se o individualismo e o historicismo, com exclusão das filosofias estatistas europeias da soberania política.

Com efeito, a cultura revolucionária americana dos direitos e liberdades é, ao mesmo tempo, de carácter historicista e individualista. E será assim porque o historicismo e o individualismo americanos não são iguais aos europeus.

O historicismo emancipa-se do modelo britânico e admite a possibilidade de uma constituição escrita a qual defenderá os direitos e as liberdades; o individualismo, por outro lado, também se liberta do contexto europeu continental do estado moderno, como concentração máxima do poder, e encontra o clássico binómio britânico de liberdade e propriedade.

O historicismo e individualismo americano são, assim, diferentes dos modelos ingleses mas também franceses.

Desde logo, porque a revolução americana não tinha o «*ancien régime*» com que lutar e a substituir.

Depois, porque, enquanto a revolução francesa parte da necessidade de estabilizar e legitimar uma classe política forte, proclamando-a capaz de representar o povo, a revolução americana parte da necessidade de negar uma representação política não desejada nem directamente instruída pelas múltiplas comunidades de interesses que compõem o povo soberano.

No resumo de FIORAVANTI, a cultura revolucionária francesa tende a legitimar os legisladores representantes; a cultura revolucionária americana tende a desconfiar deles como de toda a forma de autonomia do político relativamente ao social, da classe política relativamente à realidade concreta da sociedade civil, nas suas distintas articulações.

E se a revolução francesa tem o seu ponto débil na garantia dos direitos, a revolução americana conhece o seu ponto débil por fundamentar-se, prévia e incondicionalmente, nesta concepção geral do constitucionalismo.

Como afirma FIORAVANTI, é, assim, difícil resistir à tentação de formular a conclusão de que, sendo o constitucionalismo moderno a ideologia que sustenta o princípio do governo limitado com finalidade de garantia, então serão os Estados Unidos e não a França a sede do constitucionalismo moderno. E isto é assim porque só na experiência americana é que os modelos historicista, individualista e contratualista recuperam a sua originária e comum inspiração de garantia contra as filosofias estatistas e legicêntricas da Europa continental.

Todavia, esta conclusão só é aceitável concebendo o constitucionalismo moderno como forma de limitação do governo com a finalidade de garantia. Pode, porém, não ser assim. É que o constitucionalismo francês pretende mais: é uma promessa para o futuro, de uma sociedade mais justa. Assim, seriam constitucionais também as questões sociais, os direitos sociais.

O constitucionalismo americano fundar-se-ia sobre um único valor: o da forte tutela dos direitos individuais, deixando de lado um conjunto de valores – os valores sociais – a realizar no futuro.

4. As liberdades e as doutrinas da Época Liberal

São, então, dois os tipos fundamentais de constitucionalismo: um, entendido como norma directiva fundamental que convoca todos os indivíduos a trabalhar para a mesma sociedade; outro, como norma fundamental de garantia que dá liberdade aos indivíduos, limitando os poderes do governo.

E, enquanto nos Estados Unidos os direitos estão na constituição e o arbítrio pode provir dos poderes do Estado, na Europa os direitos estão no Estado e o arbítrio pode provir do poder constituinte, do contrato social, da constituição, como resultado ou fruto das vontades dos indivíduos e das forças sociais.

Por vezes, desliza-se mesmo para a supremacia do Estado e do seu direito positivo, com o desenvolvimento da ciência europeia do direito público. Mas é nesse contexto que surge uma autêntica doutrina europeia do Estado de Direito, baseado nos direitos e liberdades. FIORAVANTI indica como teóricos máximos CARRÉ DE MALBERG, JELLINEK e VITTORIO ORLANDO.

Estes autores confluem nas mesmas linhas de análise, procurando traçar uma linha de continuidade entre a revolução e a doutrina do Estado de Direito.

No Estado liberal de direito aposta-se na exclusividade do direito do Estado, com aplicação rápida e segura, não contestável com base noutro direito não estatal; e retira-se ao poder político toda a aspiração a impor valores de ordem constitucional ou directrizes queridas pelo povo soberano as quais informem e conformem toda a sociedade.

O liberalismo significava, assim, duas coisas aparentemente antagónicas: reconstruir a autoridade do Estado soberano e negar ao mesmo Estado o poder global de direcção da sociedade.

Poderia dizer-se, então, que, na lógica liberal, a constituição, como norma fundamental de garantia, não pode impor-se como norma ao Estado soberano, da mesma maneira que a constituição como norma directiva fundamental não pode impor-se como norma à sociedade.

5. As liberdades nas constituições actuais

As constituições actuais propõem modelos diferentes do Estado Liberal: reafirmam o princípio da soberania popular contra a tradição do século passado que o havia substituído pelo princípio da soberania do Estado.

De outro lado, retomam a tradição da declaração de direitos, incluindo os direitos sociais que, só de modo passageiro, haviam sido afirmados pela revolução francesa.

Mais do que isso, assiste-se, após a segunda Guerra Mundial, à consagração da supremacia da Constituição, quer como forma de garantia dos direitos e liberdades, quer como norma directora fundamental para a realização dos valores constitucionais.

A norma constitucional actual destrói o dogma liberal da força absoluta da lei e faz depender a validade das normas do Estado de um juízo de conformidade com a constituição.

Mas não só. Com as constituições actuais, volta a colocar-se a concepção da constituição como norma directiva fundamental, dirigida aos poderes públicos, promotora e realizadora de valores, como é exemplo o gozo dos direitos sociais.

A *doutrina constitucionalista* não pode ser só a doutrina do *governo limitado*, como também a *doutrina dos deveres do governo*.

Todavia, existe amplo debate sobre estas concepções de constituição.

FIORAVANTI, após defender que as constituições actuais têm como característica a defesa dos direitos e garantias (objectivo exclusivo do modelo Inglês), afirma existir outra componente que se traduz num projecto de reforma e de superação de uma certa sociedade que contrasta com esses valores constitucionais, em busca de uma direcção fundamental que mantenha unida uma colectividade e o seu sistema de poder.

O autor termina a sua obra, desafiando cada um a eleger as suas próprias inclinações, segundo a sua sensibilidade.

Importa saber, no entanto, que esta é uma escolha fundamental da qual deriva o significado último e mais importante de todo o sistema positivo dos direitos e liberdades.

6. Apreciação crítica das posições de Fioravanti ⁴

No que toca às fundamentações teóricas, o autor procura, com todos os condicionalismos que tal opção implica, enquadrar em três grandes grupos, as opções de aceitação ou protecção dos direitos fundamentais. Este enquadramento, se louvável, dos pontos de vista teórico e pedagógico, pode revelar-se traiçoeiro do ponto de vista prático ou de correspondência histórica. Isto porque, como de resto esclarece o autor, os modelos se entrecruzam, sucedem e influenciam.

O primeiro modelo apresentado procura resumir uma época histórica. É, portanto, um modelo que se pretende delimitado no tempo. Ora, se é um modelo

⁴ Esta apreciação crítica recebeu contributos de Gonçalo Matias.

delimitado no tempo, antecedente e pressuposto dos que lhe sucederam, não pode ser visto como uma fundamentação teórica ou como uma diferente visão do Estado, mas tão somente como um passo do «*iter*» a percorrer até se chegar à época liberal.

De facto, a Idade Média não tinha condições conjunturais para reconhecer e garantir um satisfatório conjunto de direitos individuais. Não havia, mesmo, um Estado, na moderna acepção da palavra que, de resto, só foi introduzida, no léxico da ciência política, por NICOLAU MAQUIAVEL⁵. Numa sociedade disseminada, feudal, o rei era um «*primus inter pares*». Não detinha poderes especiais, podendo mesmo configurar-se alguns senhores feudais como muito mais poderosos que o seu rei. Numa sociedade onde a guerra grassava, predominantemente rural e amedrontada, era natural que tivesse de fazer-se a opção entre dois valores que o autor aflora: segurança e liberdade. Esta eterna dicotomia, este «*magnum*» dilema tem afrontado os povos, ao longo do tempo.

E a experiência diz-nos que sempre que falta a segurança, os homens estão dispostos a trocá-la pela liberdade. Assim aconteceu na Idade Média. O homem rural tornava-se servo para se poder abrigar nas muralhas do senhor, das incertezas da guerra. Ora, daqui nasceram as especificidades da organização medieva, não tanto de uma convicção teórica, mas antes, da necessidade; foi esta dependência que levou o homem rural a sujeitar-se ao senhor feudal. Ainda assim, surgiram movimentos tendentes ao reconhecimento de direitos. Foi o primeiro passo para uma sociedade estamental, com os primeiros órgãos de representação popular, incipientes, é certo, mas que permitiram uma evolução nas mentalidades.

Aparece associada a este modelo a experiência britânica. Ora, o que coloc dificuldades ao autor é, precisamente, a impossibilidade de a enquadrar num modelo. Isto porque não houve, coerentemente, aliás, com os seus princípios, qualquer ruptura no sistema político – constitucional britânico. Não há, sequer, um texto constitucional, em sentido instrumental, pelo que, tal como FIORAVANTI refere, é difícil encontrar o momento constituinte. Diria mais, que é impossível, tão simplesmente porque esse momento não existe, porque a construção constitucional britânica se vai cimentando, numa base consuetudinária, sem necessidade de rupturas nem clivagens ideológicas.

⁵ Maquiavel, Nicolau, *O Príncipe*, Europa-América, pp. 14 e ss.

E se, do ponto de vista teórico, este sistema revela pouco interesse, pela dificuldade de enquadramento e pela dispersão de diplomas, do ponto de vista prático, a sua eficácia é mais garantida, máxime, no que respeita à protecção dos direitos fundamentais. Se não, veja-se o argumento, aliás trazido pelo autor: a *Magna Charta de 1215* consagra direitos que só viriam a ser protegidos, em França, em 1789, com a *Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão*. A aposta britânica na continuidade constitui, sem dúvida, uma vitória. Isto porque conseguiu sempre liderar e o próprio sistema britânico sofreu uma evolução. A Câmara dos Comuns que começou por ter uma importância quase nula, acabou por ter vindo a aumentá-la, em detrimento da dos Lordes. E assim se chega ao actual parlamentarismo de gabinete, onde o «*Cabinet*» e o «*Prime minister*» possuem grande poder que lhes advém da sua particular legitimidade.

Ora, daqui se extrai que a experiência britânica foi permeável à evolução dos tempos, embora sem as rupturas que tanto tempo fizeram perder, por exemplo, aos seus vizinhos franceses. Quanto ao problema das liberdades e das diferenças entre liberdades, positivas e negativas, coincidem, no essencial, com a distinção entre liberdade dos antigos e dos modernos, formulada por Benjamim Constant.

A liberdade dos antigos correspondia à ideia grega de participação política, a dos modernos à garantia dos direitos dos Cidadãos perante o Estado. Mais uma vez se repara, aqui, na dificuldade de enquadramento, sobretudo numa época, a medieval, em que seria difícil encontrar protecção às liberdades. Na formulação de *CONSTANT*, as liberdades dos antigos viria da Grécia, a dos modernos, do liberalismo. JELLINECK apresenta uma actualização deste conceito com a sua classificação tripartida de *status libertatis*, *status civitatis* e *status activae civitatis*⁶. Assim, primeiro, os homens adquirem a liberdade, passando à condição de sujeitos de direito. Depois recebem bens e serviços do Estado. «Numa fase ulterior, obtêm participação activa dentro do Estado e tornam-se sujeitos do próprio poder político»⁷.

Apresenta-se, seguidamente, um modelo oposto, o modelo individualista. Este sim, já poderia colocar-se, sob o ponto de vista teórico, como uma visão própria da teoria do Estado. O modelo individualista aparece como uma concepção de

⁶ Jellinek, *Teoria General del Estado*, Buenos Aires, 1954, pp 307 ss.

⁷ Miranda, Jorge, *Manual de Direito Constitucional Tomo IV*, Coimbra, 1998, p. 83.

ruptura, revolucionária. Apresenta, como momento fundamental, o momento constituinte.

Neste ponto de vista, o modelo britânico tem de ser afastado, essencialmente, por esse momento não poder ser aferido. Diferente é, no entanto, a afirmação do autor, no sentido de que o modelo de construção de direitos e liberdades não pode ser o britânico. Porquê?

Só porque o momento constituinte, formal, não pode ser definido? Não parece plausível, nem aceitável. Além do mais, as liberdades têm sido sempre defendidas, por vezes em antecipação ao que acontece no Continente. O certo é que ninguém duvida que existe um sistema constitucional em Inglaterra, pelo que, o momento constituinte, ainda que não definível, tem, necessariamente de ter existido! Pelo menos, em teoria.

Mais uma vez, do ponto de vista teórico, o que se passa é que o sistema britânico não oferece facilidades de estudo; ao invés, o francês, é um autêntico laboratório pela larga plêiade de experiências que tem apresentado, desde logo pelo número infindável de constituições e, consequentemente, por ter repetido o momento constituinte. Também quanto a definir *THOMAS HOBBS* como profundamente individualista, a questão é discutível. *HOBBS* via no Estado o poder supremo «*non est potestas super terram quae comparetur ei*»⁸.

Ora, segundo esta formulação, poder-se-ia encontrar um Estado, com o seu momento constituinte perdido no tempo, regendo-se por princípios puramente *Hobbesianos*. Não haveria, pois, um individualismo moderno nem uma aceitação do povo. A alienação foi irreversível, não havendo, aqui, possibilidade, por parte do povo, de uma avocação do poder. Já o pensamento de *ROUSSEAU*, ao contrário do que refere o autor, poderia considerar-se mais enquadrável neste modelo.

Apesar de o momento constituinte não ser claro, é, sem dúvida, necessário ao processo. Por outro lado, o *Genebrino* defendia uma democracia directa e não representativa o que, na prática, significava um permanente exercício do poder constituinte, sendo, sob este ponto de vista, muito mais individualista que *HOBBS*⁹. A grande contribuição francesa, apesar de não ser pacífica e ter resultado das sucessivas convulsões, resulta numa delimitação do conceito de

⁸ Hobbes, Thomas, *Leviathan, or the Matter, Form and Power of a Commonwealth ecclesiastical and civil*, Penguin Books, London, 1982.

⁹ Rousseau, J.J., *O Contrato Social*, Europa América, Lisboa.

liberdade e da consagração do princípio da legalidade que, ao fim e ao cabo, já estaria, ainda que indirectamente, presente na *Magna Charta*.

Por último, apresenta-se o modelo estatista, nele se enquadrando HOBBS, e os juracionistas, em geral, GRÓCIO e PUFFENDORF. E ainda os positivistas, como Kelsen. Reconduz-se à ideia de Estado soberano como entidade máxima, criada por pacto unilateral. Pode dizer-se que se trata do modelo teórico, dos aqui apresentados, que menos garante os direitos individuais, ainda que pelos Cidadãos tenha sido legitimado. Implica, pelo menos, uma menor participação cívica, eliminando, assim, as liberdades positivas e cerceando, naturalmente, as passivas.

Quanto à comparação entre as revoluções americana e francesa e a sua influência no moderno constitucionalismo, tais diferenças advêm, naturalmente, da diversa natureza de cada uma delas.

Numa fórmula simplista mas acertada, costuma dizer-se que o moderno Estado de Direito tem dois pais e duas mães¹⁰. Os pais seriam HOBBS e ROUSSEAU e as mães LOCKE¹¹ e MONTESQUIEU¹², isto porque os primeiros autores defendiam um modelo mais autoritário e os segundos um modelo mais flexível de Estado. Quanto aos caminhos seguidos pelas referidas revoluções, é necessário esclarecer que estes foram opções mais de percurso e de mentalidades que de condicionalismos que os impusessem. Se não, repare-se: os americanos iniciaram a sua contestação, a propósito da questão fiscal que ficou sintetizada na expressão «*No taxation without representation*». E, no entanto, esta foi a questão que despoletou todo um movimento independentista. Tal processo teve o seu impulso ideológico com a obra de THOMAS PAINE¹³ e não mais parou. Não obstante a questão se colocasse, não tanto em relação à independência, quanto ao modelo a seguir, se de uma confederação, se de uma federação de Estados.

Ora, apreciando este cenário, dir-se-ia que havia mais motivos para o radicalismo na América do que em França, onde o único corte a dar-se era com o passado. Assim não aconteceu. A revolução francesa podia ter tomado outro rumo, não fosse a vitória dos jacobinos. ROBESPIERRE e SAINT-JUST adoptaram, para a França, o

¹⁰ Pereira da Silva, Vasco, *Em Busca do Acto Administrativo Perdido*, Almedina, Coimbra, 1998.

¹¹ Locke, John, *Two Treatises of Government*, Everyman's Library, London, 1982.

¹² Montesquieu, *De l'Esprit des Lois*, Garnier-Flammarion, Paris, 1979.

¹³ Jackson, Hampden, *Tom Paine and the Rights of Man*, Political Ideas, London, 1966, p. 107

modelo de ROUSSEAU, um dos «pais» do Estado, portanto, um modelo mais autoritário. O modelo convencional, da «*Convención*» francesa, fora decalcado do «*Contrat social*» de ROUSSEAU. Era um modelo de *Comités* (que haveria de ser retomado na União Soviética) donde resultou o «*Comité de Salut Public*» liderado por ROBESPIERRE e que foi o responsável pelo período do «*Thermidor*».

Ora, foi esta conjuntura austera que levou aos exageros que se verificaram e à hostilidade contra o «*ancien régime*». Não foi tanto a necessidade, o rei estava morto e a aristocracia aniquilada. Os próprios juizes desacreditados e sujeitos à lei.

Tal resultado ficou, aliás, claro, na célebre formulação de Montesquieu «*le juge est la bouche qui prononce les paroles de la loi*». Conclui-se, portanto, que a acção jacobina foi excessiva e desnecessária e a não ter sucedido, poderia ter feito da França o bastião do constitucionalismo e da liberdade. A história assim não permitiu e esta preponderância veio a ser assumida pelo país que, presumivelmente, menos condições teria para tal, os Estados Unidos da América. A revolução e o consequente constitucionalismo americano, ao contrário do francês que se inspirou em ROUSSEAU, baseou-se em LOCKE. Este autor, mais moderado, era muito caro aos ideais norte-americanos. Desde logo, por ser um autor de língua inglesa e, depois, porque o seu contratualismo, a ideia de passagem de Estado de natureza a Estado de sociedade, mediante contrato, era familiar aos Norte-Americanos.

Os primeiros colonos, os pioneiros do *Mayflower*, também eles assinaram um contrato, ao desembarcarem na Costa Este do Continente Americano. Este território estava, à sua chegada, em perfeito estado de natureza e foi, aos poucos, tornando-se civilizado. Esta é a explicação para o sucesso das ideias *Lockianas*, entre os americanos.

Talvez a inspiração deste autor tenha influenciado o carácter moderado da revolução e da constituição federal que se lhe seguiu.

Não houve uma tentativa de corte absoluto com a metrópole inglesa, pelo contrário, o sistema jurídico-constitucional americano funda-se no «*Common Law*». O que permitiu que os Estados Unidos elaborassem uma constituição com sete artigos, assegurando os princípios fundamentais, isenta de ideologias e remetendo os desenvolvimentos para futuras emendas e, sobretudo, para a jurisprudência constitucional.

Pode, pois, dizer-se que a raiz do moderno constitucionalismo é comum e funda-se nos ideais de HOBBS, LOCKE, MONTESQUIEU e ROUSSEAU, depois

adaptados ao caso concreto de cada revolução (no caso francês, por *SIEYÈS*¹⁴, no americano, por *PAINÉ*); os resultados é que foram diferentes. A França optou por constituições ideológicas e radicais que garantem menos estabilidade e asseguram menor garantia de direitos, os Estados Unidos seguiram a linha de moderação britânica e mantêm a mesma constituição, há duzentos anos, que funciona, ainda hoje, como um baluarte de defesa dos direitos individuais.

Finalmente, chegados aos nossos dias, podemos lançar um olhar retrospectivo sobre as constituições e os modelos de Estado que nos antecederam. Na época liberal, a procura incessante da defesa dos direitos fundamentais nem sempre foi feita da melhor maneira. O não intervencionismo estatal, em todos os domínios, da economia à área social, levou a que se descurassem determinados direitos.

A chamada administração agressiva abstinha-se de actuar quando, por vezes, era necessário, e actuava, agressivamente, em alturas em que o não devia fazer. No entanto, a época liberal deve ser vista como de transição, de estabilização constitucional. O moderno constitucionalismo era, ainda, muito recente e era natural que a confusão por vezes se instalasse.

De todo o modo, reagindo contra os eventuais exageros do liberalismo, assistimos à passagem do estado liberal para o estado social ou providência.

Esta passagem teve importantes consequências ao nível dos direitos fundamentais. O estado social era muito mais austero e intervencionista. Era, por excelência, um estado prestador. Isto levava a que, frequentemente, fosse invadida a esfera privada do Cidadão. Característica do estado social foi, aliás, um determinado cercear de liberdades individuais e direitos fundamentais. Isto foi particularmente evidente em Estados de regimes totalitários, como era o caso da Itália com MUSSOLINI, da Alemanha com HITLER, de Portugal com SALAZAR e da Espanha com FRANCO. A constituição era vista como uma norma fundamental, mas onde as liberdades individuais não eram a primeira preocupação. Com o fim da segunda Guerra Mundial, iniciou-se nova transição que foi, no entanto, mais tardia para os países Ibéricos.

Após a queda de FRANCO e de SALAZAR, pode entender-se por concluído o processo europeu de transição do Estado social para o Estado pós-social ou pós-

¹⁴ Prélôt, *Histoire des Idées Politiques*, Dalloz, Paris, p. 427 ss.

-providência, também chamado de *infra-estrutural*¹⁵. Pode dizer-se que é um modelo eclético entre o liberal e o social. É um Estado que já não está preocupado em prestar serviços directamente, mas em criar as condições necessárias para que sejam prestados.

Este constitucionalismo contemporâneo mostra-se particularmente atento aos direitos fundamentais, colocando-os no vértice das normas fundamentais como limite e pressuposto da restante actividade normativa e interpretativa.

A própria *Declaração Universal dos Direitos do Homem de 1948* constitui um importante catálogo de direitos fundamentais, oponíveis, aliás, «*erga omnes*», já que são considerados pela generalidade da doutrina internacionalista como «*jus cogens*». Permita-se-me que diga, ainda, em conclusão, que a Constituição Portuguesa de 1976, actualmente em vigor, com quatro revisões, é das que apresenta um maior rol de direitos fundamentais, evidenciando, assim, a preocupação do legislador constituinte português.

Não obstante a experiência possa apontar para que é, precisamente, nos países em que, pura e simplesmente, se omitem os direitos fundamentais no texto da constituição, que estes são mais respeitados, não é de menosprezar a preocupação crescente que tem havido de colocá-los ao nível constitucional. Mais, foi o reconhecimento da sua importância, sobretudo quando as sociedades se viram deles privadas, que levou a considerá-los como supra constitucionais, servindo de limite ao poder constituinte derivado e, mesmo, originário.

Vivemos numa época de revalorização da norma constitucional, em que esta ocupa o lugar cimeiro do ordenamento jurídico. Será, portanto, ainda maior a vitória do reconhecimento que se faça da prevalência dos direitos fundamentais sobre a constituição.

¹⁵ Pereira da Silva, Vasco, *Em busca do Acto Administrativo Perdido*, Almedina, Coimbra, 1998, pp. 122 e ss.