

ENTREVISTA A LUIGI FERRAJOLI¹

EDUARDO MAIA COSTA
JOSÉ MOURAZ LOPES

Que papel desempenha o garantismo no Estado Constitucional?

Muito obrigado pela pergunta e obrigado sobretudo pelo convite para vir aqui a Lisboa falar na vossa conferência e responder a esta entrevista.

O papel do garantismo parece-me que é fundamental, na medida em que o garantismo é a outra face do constitucionalismo. Em que consistem as garantias? Em técnicas jurídicas idóneas a assegurar o máximo de efectividade aos princípios normativos estabelecidos nas constituições, acima de tudo. Neste sentido, as garantias são a outra face dos direitos fundamentais, em geral a outra face dos direitos. Com efeito, as garantias consistem nas obrigações e proibições ou vínculos e limites impostos aos poderes públicos, em correspondência com os direitos fundamentais atribuídos às pessoas. Todos os direitos fundamentais exigem, com efeito, leis de concretização que introduzam as garantias correspondentes. Até o direito à vida, se não existisse a proibição do homicídio (que é a garantia primária do direito à vida) seria um direito não efectivo.

A construção da democracia constitucional é, por isso, a construção de instituições e de técnicas de garantia adequadas a assegurar efectividade e, mais ainda, a realização dos direitos fundamentais. Os direitos sociais, por exemplo o direito à saúde ou à instrução, na falta de uma legislação de execução que introduza as correspondentes garantias, seriam direitos no papel.

Várias vezes distingui entre garantias primárias, que são as proibições e as obrigações correspondentes aos direitos, aquelas que asseguram no plano substancial a observância e efectivação dos direitos, e garantias secundárias, que são aquelas mais jurisdicionais, que intervêm em caso de violação das garantias primárias.

¹ Entrevista efectuada em Lisboa a 29 de Maio de 2008. Tradução de Filipe César Marques.

Num enquadramento garantista qual a função da jurisdição?

Precisamente: a jurisdição assegura aquilo a que chamei uma efectividade de segundo grau ou secundária. No caso de inefectividade das garantias primárias, por exemplo em caso de homicídio ou em caso de violação do direito à liberdade por parte da polícia ou mesmo do legislador através de leis contrárias à liberdade individual ou de pensamento, intervém a garantia secundária da jurisdição, anulando as leis ou desaplicando-as, reprimindo as violações dos direitos. A jurisdição é sempre a confirmação de uma violação de direitos (fundamentais ou patrimoniais, mas sempre de uma violação do Direito), que intervém como garantia secundária e, portanto, como factor de efectividade secundária em caso de violação, em caso de inefectividade, em caso de, digamos, vício do ordenamento. Intervém sempre para reparar a violação de um direito.

No «Direito e Razão» sustenta que a legitimação substancial da jurisdição decorre do facto da sua capacidade de tutela ou garantia dos direitos fundamentais do cidadão. Será esta legitimidade suficiente para sustentar os ataques permanentes à «falta de legitimação política [leia-se eleitoral]» dos juízes? Como perspectivar o argumento recorrente da necessidade de limitação do «auto governo» dos juízes? Será útil perspectivar uma densificação constitucional dos Estatutos dos Juízes?

Ora bem, essa é uma questão fundamental.

A legitimação dos juízes — a legitimação política dos juízes — não tem nada a ver com a representatividade política, isto é, não é uma legitimação do mesmo tipo da exigida para funções de governo ou legislativa, precisamente porque a jurisdição é uma função de garantia secundária, que intervém para protecção do Direito e dos direitos, mesmo perante os poderes públicos.

Esta é uma questão de fundo. A legitimação política — política no sentido representativo — justifica-se quanto às actividades que dizem respeito àquilo que chamei a esfera do “decidível”, ou seja, àquela função que a política tem de inovar, produzir normas, dentro dos limites e com os vínculos estabelecidos pelas leis sobre a produção jurídica, no respeito do legislador pela Constituição.

A jurisdição, tendo uma função de confirmação de violações de direitos, não pode ter uma legitimação maioritária. O fundamento das sentenças, de todos os actos judiciais, é (muito embora entre aspas) a “verdade” — o fundamento objectivo das decisões que produz — e nenhuma maioria pode tornar verdadeiro o que é falso ou falso o que é verdadeiro.

Sendo uma actividade tendencialmente cognoscitiva — e é tanto mais cognoscitiva quanto por sua vez é assistida por garantias (no campo penal, por garantias penais, processuais, de contraditório, que são todas elas garantias de verdade) — requer independência.

A sua legitimação legal é no sentido de sujeição do juiz à lei e, portanto, através da lei, à vontade política expressa no Parlamento e na Cons-

tituição. A sujeição à lei é a única fonte de legitimação que torna o juiz apto a julgar de maneira independente, mesmo quando todos, a maioria, pedem uma determinada decisão. Um bom juiz, um juiz independente, é aquele que está em condições de absolver quando todos (a opinião pública, o poder político, a imprensa) pedem a condenação — quando não haja provas — ou que tem a coragem, a força de condenar os fortes e poderosos quando todos pedem a absolvição. “Haverá sempre um juiz em Berlim” que aplique o Direito².

O Estado de Direito baseia-se nesta sujeição à lei, digamos, das funções de garantia, não somente a jurisdição, mas também as funções de garantia primária. Eu creio que a separação de poderes é sobretudo uma separação que deve ser estabelecida entre duas classes: as funções representativas, de governo, legislativas, e as funções de garantia. As funções de garantia devem ser independentes, seja por serem uma actividade cognoscitiva (como dizia antes), seja por serem uma actividade de tutela dos direitos fundamentais, que são os direitos da pessoa mesmo contra a maioria. É uma tutela contra-maioritária (como o diz também Dorkwin), no sentido de que deve estar em condições de tutelar os direitos, de afirmar e garantir os direitos da pessoa mesmo contra a vontade da maioria. Pensemos nos problemas de segurança em Itália e na Europa: a garantia jurisdicional dos imigrantes, dos clandestinos, deve ser uma garantia forte, mesmo se existir uma opinião pública contrária.

A sua obra teórica tem sido construída ao longo dos actos sobre o conceito dos direitos fundamentais, nomeadamente o que consubstanciam esses direitos num plano jurídico-constitucional. Assumindo, na sua perspectiva, a garantia dos direitos fundamentais mais do que um limite constitucional, mas a própria razão de ser de uma «teoria pura» do direito, como assiste ao afastamento teórico e prático dessa garantia em nome de princípios políticos como a garantia da segurança global?

A primeira parte da pergunta é a mais importante no plano teórico.

Contrariamente a uma concepção corrente da democracia (que vem também dos nossos mestres, no que me diz respeito vem de Norberto Bobbio mas, ainda antes, de Kelsen e de toda a tradição da teoria da democracia) a democracia constitucional não é apenas uma democracia formal, no sentido em que não é apenas definida simplesmente pelas regras que disciplinam a formação dos órgãos que estão aptos a exprimir a vontade da maioria do povo.

Esta é uma dimensão evidentemente necessária, na ausência da qual não existe democracia política. Mas o constitucionalismo rígido que se afirmou depois da Segunda Guerra Mundial em Itália, na Alemanha, em Espanha e em Portugal (não por acaso depois da queda de “*ancien régimes*” de tipo totali-

² Nota da tradução: “*Haverá um juiz em Berlim!*”, diz-se ter sido a exclamação de um moleiro de Potsdam quando foi injustamente expropriado pelo Rei da Prússia. A expressão é hoje usada sempre que se pretende referir uma injustiça do poder político perante os cidadãos.

tário) mudou a natureza do Direito e mudou também a natureza da democracia. A validade de uma lei já não está vinculada unicamente a condições formais, de tipo constitucional. As leis podem ser inválidas também pelo seu conteúdo, ou seja, pela substância daquilo que estabelecem em contraste com a Constituição. E isto mudou também a natureza da democracia, que já não é o poder absoluto da maioria e, portanto, já não é caracterizada somente pelo sufrágio universal e pelo princípio maioritário, mas também pelos limites e vínculos expressos nas primeiras partes das Constituições, sob a forma de direitos fundamentais, que inseriram uma dimensão substancial, no sentido em que a democracia não consiste somente na forma maioritária, democrática, de produção de leis, mas também nos limites e vínculos impostos a esta maioria como tutela dos direitos fundamentais.

E aqui não há nenhuma contradição, como muitas vezes tem sido criticado em diversos debates, porque os direitos fundamentais, sendo direitos atribuídos a todos (a todos os cidadãos, a todas as pessoas), formam um só com a igualdade. A igualdade jurídica é fundamentalmente a “*égalité en droit*” do artigo 1.º da Declaração francesa de 89. São uma dimensão da igualdade e por isso aludem ao povo de uma maneira bastante concreta, portanto, a todos e cada um dos seus membros, conferindo a todos e cada um poderes e contra-poderes que são precisamente uma dimensão essencial da magistratura e correspondem, por assim dizer, a outros tantos fragmentos de soberania.

A referência aos direitos fundamentais não contradiz, portanto, a ideia da democracia expressa pela etimologia da palavra, mas confere a esta ideia de democracia uma dimensão de conteúdo substancial que se exprime nos direitos de liberdade (que os próprios Kelsen e Bobbio dizem que são pré-condições; mas se são pré-condições são evidentemente condições necessárias, não se pode dizer que a democracia é só um conjunto de regras do jogo e depois acrescentar que existem pré-condições — as pré-condições logicamente não existem, o que existem são condições *sine qua non* — de tal modo que na falta destas condições, como o demonstram as experiências do fascismo e do nazismo, que chegaram ao poder de forma legal, a democracia pode acabar e degenerar no poder absoluto da maioria, na vontade do líder que exprime a maioria, com concepções perversas da democracia).

Os direitos fundamentais garantem a democracia contra si própria, isto é, contra o poder absoluto da maioria, e neste sentido são justamente uma dimensão de garantia da democracia. Mesmo em relação aos retrocessos, às crises, às violações conjunturais (para além dos golpes de Estado, das degenerações autoritárias), crises e retrocessos que se manifestam, por exemplo, em Itália na actual campanha securitária. Ainda falaremos deste assunto nesta entrevista, mas toda esta campanha securitária é um sinal da irracionalidade, na medida em que não só pela necessidade de garantir os direitos fundamentais e, em particular, o direito à proibição do arbítrio, mas também pelas deficiências de segurança, pela experiência que temos às costas, tudo isto deveria aconselhar o respeito pelos direitos fundamentais, o respeito pelo Estado de Direito. Toda esta questão da segurança enformou as políticas, as

práticas mais desastrosas e mais catastróficas para a própria segurança. Pensemos na resposta através da guerra aos atentados terroristas, que alimentou o terrorismo, aprofundando o ódio ao Ocidente e, em certa medida, elevando o terrorismo ao nível do Estado, porque a guerra faz-se entre Estados e, portanto, impedindo lê-lo como fenómeno criminal e conseqüentemente isolá-lo e enfraquecê-lo politicamente e moralmente — deslegitimou o ocidente, aprofundou o ódio contra ele — e o mesmo vale também (apesar de ser um problema naturalmente diferente) para o problema da segurança (de que talvez falaremos a seguir), expresso na criminalidade de rua.

A afirmação e sustentação dogmática de teorias como o «direito penal do inimigo», de Jakobs, dividindo na prática o mundo em cidadãos de primeira e segunda categoria, não obstante terem sido recusadas globalmente na Europa, continuam, ainda, a ter adeptos teóricos e mesmo alguns reflexos práticos, como é o caso dos prisioneiros de Guantanamo ou mesmo no caso dos imigrantes na Europa. Como vê esta persistência?

Diria que a coisa mais alarmante não é tanto o facto de um teórico produzir uma teoria bizarra como a do Direito Penal do Inimigo mas o facto de isso ser levado a sério, de se terem efectuado colóquios, de ter-se formado uma literatura sobre o Direito Penal do Inimigo (como normalmente acaba por acontecer nas disciplinas jurídicas — basta que apareça uma fórmula para que se desenvolvam debates).

No início pensava que o melhor seria ignorar essa coisa, para evitar amplificá-la e levá-la a sério. O Direito Penal do Inimigo equivale a uma dissolução do Direito Penal. Existe uma contradição insanável entre guerra e Direito. A guerra (e a figura do inimigo) é a negação do Direito, que conhece apenas cidadãos e pessoas e não inimigos. No preciso momento em que se configura o arguido como inimigo, perde-se a legitimidade de o julgar. A lógica passa a ser a lógica da guerra, que coloca no mesmo plano os dois inimigos; só se, pelo contrário, configurarmos o delinquente como cidadão delinquente, poderemos ler o acto criminal não como um acto de guerra, mas como uma violação do Direito Penal e só deste modo poderemos despotenciá-lo moral e politicamente. Apenas se respeitarmos todas as garantias poderemos precisamente enfrentá-lo e isolá-lo socialmente. O segredo do Direito em geral e do Direito Penal em particular, é a sua assimetria em relação ao crime. Quando se perde esta assimetria, quando o Direito assume formas criminais — pensemos na tortura, nas violações dos Direitos Humanos em Guantanamo ou Abu Grahib, nas imagens terríveis e horrendas que prejudicaram o Ocidente mais do que qualquer outra coisa — perde-se a legitimidade da resposta ao terrorismo. O Estado, as instituições caem ao mesmo nível da criminalidade e perdem a sua eficácia dissuasora — a eficácia dissuasora do Direito não provém do facto de ter forças brutas, de ter um polícia às costas de cada cidadão, mas da criação de um sentido cívico comum, fundado precisamente na assimetria entre a violação do Direito e o próprio Direito.

Portanto, na minha opinião, o Direito Penal do Inimigo é ao mesmo tempo uma negação do Direito — não existe uma possibilidade teórica de conceber esta figura, é uma violação radical dos direitos fundamentais — e também uma resposta irracional e ineficaz aos problemas da segurança, expressos no terrorismo e noutras formas de criminalidade qualificadas como inimigas.

Num espaço judiciário europeu, sobretudo com a perspectiva indicada no futuro Tratado de Lisboa, de se criar um Procurador Europeu como vê a diferença de estruturas diferenciadas das magistraturas, sobretudo do Ministério Público, nos vários países e a sua compatibilização com uma autonomia efectiva na investigação criminal?

Penso que qualquer fenómeno de integração é um fenómeno progressivo e também a unificação política da Europa estará num estado avançado quando existir pelo menos um Direito Penal Federal comum, não só de tipo substantivo, mas também processual e talvez organizacional.

Eu creio que os princípios fundamentais que devem ser defendidos são os da independência, não só dos Juízes mas também do Ministério Público, e sob este aspecto Portugal é um modelo, um exemplo a seguir, pois temos um Ministério Público separado dos juízes — em Itália esta questão foi muito debatida nesta legislatura mas confundindo-a com a da separação das carreiras, basicamente dando argumentos aos adversários da independência do Ministério Público. O Ministério Público deve ser independente não menos do que o Juiz, porque um Ministério Público que não seja independente não estará apto a investigar uma violação do Direito cometida pelos poderes dos quais depende.

Quando se fala de independência recorre-se frequentemente ao modelo americano. Ali provavelmente há um nexó (em meu entender, totalmente insustentável no plano teórico) entre as origens históricas do processo acusatório — em que a acusação era privada e por isso era claro que se podia transigir, a acção penal era facultativa, e essa facultatividade a partir do momento em que o procurador se tornou público favoreceu, por assim dizer, a responsabilidade política — com o modelo teórico do processo acusatório, no qual pelo contrário o Ministério Público é um magistrado, não é uma parte privada, e a sujeição à lei implica a sua independência.

Portanto na minha opinião o modelo português neste aspecto poderia tornar-se o modelo europeu. Também o italiano em certos aspectos (excepto quanto à separação entre Juízes e Ministério Público).

Naturalmente haverá resistência por parte do poder político, porque o desenvolvimento do Estado Social, do Estado moderno, pelas enormes funções assumidas pela esfera pública, pela enorme quantidade de possíveis violações que podem ser levadas a cabo pelos poderes públicos, levou a uma mudança do agente criminal — já não são apenas (ainda que depois sejam os únicos destinatários das penas...) pequenos delinquentes de rua. As violações do Direito, sobretudo numa democracia constitucional, podem advir e advêm de uma maneira sistemática dos grandes poderes económicos

e dos poderes políticos, etc.. Por isso há uma resistência do poder em reconhecer a independência — quanto aos Juízes é impossível, porque está consagrada pela tradição, mas sobretudo do Ministério Público.

Professor, como vê a possibilidade de o poder político, executivo ou legislativo, dar instruções, directivas genéricas, ao Ministério Público — uma possibilidade que agora existe em Portugal?

A lei é que são as instruções. Transformemos estas instruções genéricas em leis — este é o teste. Porque podemos imediatamente ver se se trata de princípios merecedores de serem traduzidos em leis (leis coerentes com a Constituição) ou se consistem em instruções de algum modo tendentes a orientar a acção penal para alguns crimes ou para algumas pessoas em vez de outras e que seriam, por isso, leis em contradição com o princípio da igualdade. Creio que o poder político tem um instrumento privilegiado para dar as instruções, que é a lei. A pergunta é interessante porque a possibilidade de a instrução ser expressa em forma de lei é o teste decisivo para avaliar da sua legitimidade.

Parece evidente que alguma densificação dos papeis do judiciário na Europa decorreu de uma associativismo judiciário forte que emergiu em alguns países europeus nos últimos trinta anos. Qual lhe parece que pode ser o papel das associações de magistrados numa sociedade cada vez mais pluralista, globalizada, diferenciada, mas também mais competitiva e onde é questionado algum corporativismo profissional?

O associativismo judiciário, que é uma experiência que temos tido em Itália, na Alemanha, em Portugal e na América Latina, foi um factor de maturação civil e política dos Juízes. E também cultural, porque a figura do Juiz isolado na sua torre de marfim é na realidade a figura do Juiz débil, tímido, exposto — ainda que conscientemente — a todas as possíveis pressões, a todos os possíveis condicionamentos.

Todos recordamos a figura dos Juízes no início do século XX e mesmo nos regimes autoritários sempre como pessoas honestas mas que de facto acabavam sempre por gravitar na órbita do poder.

O associativismo judiciário tal como foi implementado em Itália (e eu fui Juiz durante 7 ou 8 anos, nos finais dos anos 60, inícios dos anos 70, quando fundámos a “*Magistratura Democratica*”) é um factor de auto-crítica e controlo recíproco e de maturação colectiva de uma deontologia profissional. Houve (em Itália, Espanha ou Portugal) um momento em que colectivamente nos interrogámos sobre estas perguntas de hoje: sobre o papel da jurisdição na democracia, sobre a fonte de legitimação da jurisdição, sobre o sentido deste trabalho e sobre os riscos a que este terrível poder expõe o Juiz — porque o poder judiciário é um poder terrível, se exercido de forma inconsciente pode tornar-se um poder odioso, como lhe chamavam Montesquieu e Condorcet. Noutras pala-

bras, é um poder que pode tornar-se ainda mais odioso do que aquilo que é, porque é um poder do homem sobre o homem. Todos nós que já fomos Juizes esquecemo-nos da cara dos arguidos — talvez pelo trabalho de cada Juiz tenham passado milhares e milhares de pessoas, mas cada uma destas pessoas recordará o seu Juiz e recordá-lo-á como figura odiosa, considerando se foi feita justiça de acordo com a forma como foi tratado. Por isso o associativismo produziu, não por acaso, uma cultura garantística, no sentido em que foi um espelho através do qual os Juizes se viram a si próprios ao ver, digamos, as “falhas” de garantia, muitas vezes de arbítrio, dos seus colegas. Não por acaso, sobretudo em Itália, o associativismo nasceu com a crítica colectiva às decisões — recordo-me quando criticámos um mandado de detenção emitido por um colega, em 1969, por um delito de opinião.

A crítica das decisões foi como um espelho em que cada um de nós, cada Juiz, se via a si próprio nas possíveis “falhas” de garantia, mesmo em comportamentos negligentes — no modo superficial de julgar, na tendência que cada um de nós tem para abusar do poder ou, pelo menos, para julgar de maneira sumária ou contentar-se com poucas provas, com simples suspeitas. Por tudo isto, o associativismo foi um grande factor de construção de uma deontologia comum, pelo menos de uma enorme prudência, no sentido em que o próprio carácter tendencialmente colectivo da jurisdição gerou como regra deontológica a regra da dúvida: devemos estar conscientes de que cada decisão, cada sentença, pode estar errada — a verdade é uma verdade que diz respeito só à lógica, à matemática, as teses empíricas podem sempre ser falsas.

O associativismo tornou-se, pois, um factor de dialéctica interna, e uma vez que os Juizes são cidadãos, inevitavelmente manifestam-se diferenças políticas e por isso eu creio que seja um facto salutar, um sinal de saúde institucional, o facto de numa mesma associação de magistrados haver grupos, digamos, progressistas ou conservadores, com concepções diversas, porque isto alimenta o debate e também torna transparentes as opiniões políticas, civis, de cada Juiz. E uma vez que elas existem, não devem andar escondidas. Isto é um factor, por assim dizer, de publicidade, que acho absolutamente saudável. Não tem nada a ver com o dever de imparcialidade no exercício das funções.

Há todavia um perigo (que estamos a assistir, em parte, em Itália): a degeneração do associativismo em corporativismo. Isso é verdade. E paradoxalmente o corporativismo desenvolve-se quanto mais são postas de lado as divergências e a única coisa em comum é a defesa da profissão, no limite, do próprio vencimento. O corporativismo, em certo sentido, é uma fonte de deslegitimação. É frequentemente gerado, como aconteceu em Itália, pelas agressões, pelos ataques à magistratura por parte do poder político — o caso de Berlusconi e dos processos que foram movidos contra políticos. Isto gerou uma reacção de “fortaleza cercada”, perfeitamente compreensível, que no entanto acabou por enfraquecer a magistratura. A força da defesa é tanto maior quanto mais, se for esse o caso, se criticam os colegas. Se, em vez disso, a opinião pública e o poder político tiverem a sensação de existência de um poder monocrático, de um poder homogéneo, então podem inclinar-se... A legitimação vem apenas da cor-

recta aplicação do Direito e a especificidade do poder judiciário reside no facto de ser um poder fragmentado em milhares de sujeitos. Por isso, a legitimação está sempre ligada à busca da verdade, isto é, à aplicação da lei, e é afectada quando tudo isso é feito sem garantias — as garantias do processo são as técnicas que asseguram que favorecem ao máximo a legitimação. Não é uma legitimação que possa ser reivindicada aprioristicamente — isto é válido para todos os poderes, mas na magistratura de maneira particular — o que infelizmente pode gerar a ideia que advenha do corporativismo. O corporativismo de qualquer modo tende a uniformizar a magistratura reduzindo-a a um poder unitário e isto, na minha opinião, é um factor de enfraquecimento.

No seu pensamento expresso ao longo dos anos, e agora fixado nos *Principia Iuris*, apela muitas vezes ao conceito de Dorkwin da necessidade de se «levarem os direitos a sério». Poderemos ser optimistas e pensar que os políticos serão suficientemente sérios para também eles levarem «os direitos a sério»? E sobretudo possibilitarem, a quem fiscaliza o cumprimento da lei e da Constituição, as condições necessárias para que essa missão de garantia não seja apenas um conceito sem conteúdo?

Sim, a frase de Dorkwin é muito bela — “levar os direitos a sério” — e significa simplesmente considerá-los como normas vinculantes. Nisto, nós europeus (ou pelo menos nos sistemas de “civil law”, dotados de Constituições rígidas), estamos ainda mais vinculados a este “levar a sério”.

A tese de Dorkwin em ordenamentos de “common law” (pensemos na Inglaterra, sem Constituição rígida) é mais um princípio, digamos, de ética jurisdicional, um princípio político.

Onde os direitos fundamentais estão também constitucionalizados “levar os direitos a sério” é também um princípio jurídico, isto é, há uma normatividade dos direitos fundamentais em relação a todos, antes de mais em relação ao legislador e também em relação às funções de governo e políticas.

A especificidade da democracia constitucional é que a política, por um lado, foi submetida ao Direito — já não há soberanos, até o Parlamento soberano está sujeito não apenas no plano da forma mas também no plano dos conteúdos, aos limites e vínculos estabelecidos na Constituição — e por isso a política não é onipotente, para garantia da própria democracia, como dizia no início, isto é, contra os possíveis “golpes de mão” ou golpes de Estado — mas ao mesmo tempo a política está investida de uma enorme função de concretização dos direitos fundamentais, porque estes direitos fundamentais são normas. Aqui importa distinguir: os direitos de liberdade são normas a que correspondem proibições — o legislador não pode violar a liberdade de pensamento, a proibição da tortura, a liberdade de consciência, a liberdade religiosa, a liberdade de reunião e de associação, etc. — cuja violação gera leis inconstitucionais, leis inválidas e os nossos sistemas estão abundantemente fornecidos de garantias secundárias, porque temos Tribunais Constitucionais, etc.. Por outro lado,

os direitos sociais, a outra grande classe dos direitos fundamentais, são direitos cujas garantias consistem em obrigações, na medida em que a sua concretização requer não um limite mas um dever de legislar, pelo que a violação destes direitos manifesta-se em lacunas. Suponhamos que há o direito à saúde mas não se fazem hospitais, não há um serviço de saúde gratuito e universal; há o direito à instrução mas não há escola pública gratuita para todos — nestes casos temos uma lacuna, temos um incumprimento. Eu insisto muito neste ponto porque nós estamos habituados, pela tradição dos Tribunais Constitucionais, à censura das normas inconstitucionais, mas temos um problema por resolver nas técnicas de garantia por violações não menos relevantes que são as lacunas, isto é, temos direitos sociais e não temos a concretização destes direitos. Tudo isto vale sobretudo para o Direito Internacional — temos tantas Cartas de Direitos (e como dizia no início, o garantismo é a outra face do constitucionalismo) mas não temos instituições de garantia: não temos uma Organização Mundial da Saúde capaz de distribuir os medicamentos essenciais, por isso há 15 milhões de mortos por ano por faltarem medicamentos; não temos uma instituição de garantia em matéria alimentar (sim, há a FAO, mas não tem nenhum poder, ou pelo menos não tem poderes suficientes); não há um fisco mundial. Esta é uma construção toda por fazer.

Maia Costa: Não existe um Tribunal...

Não existe um tribunal, uma garantia secundária, nem existem sequer as garantias primárias! A garantia secundária existe agora um pouco com este Tribunal Penal Internacional. É um processo longo a construção ao nível internacional porque se o Estado nacional, a democracia constitucional têm dois, três séculos de existência, o Estado de Direito tem poucas décadas. Mas o constitucionalismo é também um projecto de Direito, um projecto racional, que requer uma construção política — por isso dizia que a política é por um lado subordinada, mas por outro tem uma enorme tarefa que é a construção das instituições de garantia primária e secundária. Levar os direitos fundamentais a sério significa concretizá-los. Mais do que defendê-los no plano institucional, concretizá-los: antes de mais o Código Penal, depois a legislação social, a legislação do trabalho, as leis de concretização. Eu creio que esta concepção da democracia implique colocar também em questão a natureza da política e da responsabilidade política. A política dever-se-ia legitimar ou deslegitimar de acordo com o grau de concretização do projecto constitucional. Naturalmente que as Constituições são factos históricos, porque historicamente são consagrados novos direitos fundamentais, de cada vez que é revelada uma nova opressão que anteriormente não era visível, novos “nunca mais” — amanhã o direito à água, o direito ao ambiente, novos direitos e sobretudo a igualdade que hoje é negada pelas discriminações da cidadania, pela desigualdade crescente a nível mundial, etc.. Mas a política, com base nesta concepção da democracia, legitima-se tanto mais quanto realiza aquilo a que está juridicamente obrigada. Não é um vínculo somente ético-político, mas é um vínculo jurídico. “Levar os direitos a sério”

significa reconhecer-lhes a sua normatividade jurídica e, portanto, chamar a política a responder por eles. Neste sentido as Constituições recentes deram grandes passos em frente — em parte a Constituição portuguesa que tem este extraordinário (não sei até que ponto eficaz, porque não é fácil tecnicamente fazê-lo) controlo de constitucionalidade por omissão, que depois foi reproduzido no Brasil. Naturalmente que o Tribunal não pode substituir-se ao Parlamento, pode somente fazer uma recomendação. Pretendo também dizer que a teoria da Constituição, dos controlos de constitucionalidade, a teoria do garantismo é uma teoria embrionária. Não a teoria — é embrionário o sistema de garantias que historicamente só agora se começa a aperfeiçoar no plano técnico. A ciência jurídica tem um papel enorme, porque as Constituições nascem como documentos políticos, enfáticos — Bentham não considerava que a Declaração de 89, de há dois séculos, sequer uma Constituição, mas um “tratadito” de Direito Natural. E no entanto penso que o progresso da democracia e da ciência jurídica possa ocorrer, elaborando e muitas vezes inventando novas técnicas de garantia. Por exemplo, no Brasil foram inventados os vínculos de orçamento, através dos quais o Parlamento está vinculado a destinar 20% do orçamento à saúde, 30% à instrução. Por isso hoje um partido político é avaliado com base também neste tipo de cumprimento — se no seu programa eleitoral destina determinada quantia dos recursos a esta finalidade ou outra. E isto é uma técnica de controlo que transforma a responsabilidade política em responsabilidade jurídica. Quero dizer que o constitucionalismo abre uma estrada e uma perspectiva de desenvolvimento da democracia seja à política, seja à ciência jurídica. O papel da ciência jurídica (e também da jurisprudência e da jurisdição), consiste em aperfeiçoar, experimentar e praticar técnicas sempre novas de garantia.