

JOSÉ JOAQUIM GOMES CANOTILHO

CONSTITUIÇÃO DIRIGENTE
E
VINCULAÇÃO DO LEGISLADOR

CONTRIBUTO PARA A COMPREENSÃO DAS
NORMAS CONSTITUCIONAIS PROGRAMÁTICAS

2.^a EDIÇÃO

UNIVERSIDADE DE COIMBRA
FACULDADE DE DIREITO
BIBLIOTECA CONJUNTA



COIMBRA EDITORA

2001



Composição e impressão
Coimbra Editora, Limitada

ISBN 972-32-0996-9 — 2.ª edição

(ISBN 972-32-0063-5 — 1.ª edição)

Depósito Legal n.º 160 019/2001

Janeiro de 2001

PREFÁCIO

I — UM FILHO ENGEITADO

Esta 2.ª edição da nossa tese de doutoramento tem uma história. Vale a pena ser contada porque ela justifica o aparecimento de uma nova edição e a relativa mudança da opinião do autor relativamente ao livro em referência. A ideia reiterada em várias reimpressões da obra reconduzia-se ao seguinte: é irrevisível o livro que, com as suas qualidades e defeitos, representa as posições do autor numa certa época. O texto e o contexto são indissociáveis e, por isso, mais valia deixar em repouso a narrativa de 1982 do que procurar insuflar-lhe um novo sopro de pós-modernidade.

Na Primavera do ano 2000 coube-nos a responsabilidade de dirigir um seminário de doutoramento na Faculdade de Direito de Coimbra. Nas habituais conversas informais, um dos doutorandos, de nacionalidade brasileira — o nosso amigo NEVITON GUEDES —, sugeriu-nos um prefácio onde se clarificasse o nosso pensamento sobre o tema. Até porque — acrescentava o nosso interlocutor — a obra continuava a ser lida, mas parecia agora um filho engeitado pelo próprio progenitor. Os filhos não se engeitam. Crescem, reproduzem-se e morrem como qualquer mortal. O repto estava, porém, lançado: explicar, mesmo *per summa capita*, a actual situação do dirigismo e programaticidade constitucionais. É o que procuraremos fazer neste prólogo introdutório.

II — MAL-ESTAR DA CONSTITUIÇÃO E PESSIMISMO PÓS-MODERNO

Na altura em que a nossa tese de doutoramento apareceu nos escaparates, as ideias centrais das teorias da Constituição recondu-

17
...iam-se, por um lado, à problematização da *socialidade* constitucional, das normas-fim, das normas-tarefa e das normas-programáticas e, por outro, à defesa da *juridicidade* estatal, das normas de garantia, das normas de defesa perante o poder. Em termos paradigmáticos, continuavam em confronto os dois modelos de constituição que um nosso malgrado colega ¹ enfatizou de forma radical: o modelo da *constituição liberal* e o modelo da *constituição programática*. Os acontecimentos políticos dos fins da década de setenta e da década de oitenta revelavam sinais contraditórios. Nalguns países, como Portugal e Brasil, a queda das ditaduras fornecia o pretexto constituinte para novos textos constitucionais narrativamente emancipatórios. A programaticidade congénita da Constituição portuguesa de 1976 e da Constituição brasileira de 1988 procurava substituir uma outra programaticidade — a programaticidade conservadora-corporativista da Constituição portuguesa de 1933 e a programaticidade da Constituição brasileira de 1946, vinda já do anterior texto de 1934.

Os textos constitucionais inseriam-se, pois, no movimento da modernidade projectante, optimisticamente crente na força transformadora das normas constitucionais. Do outro lado, assistia-se ao desmoronamento do «muro de Berlim» e à falência dos «modelos de constituição socialista», precisamente aqueles que mais pretensões depositavam na programaticidade emancipatória das «constituições-programa». Não admira, assim, que os textos constitucionais dirigentes se viessem a defrontar com uma radical mudança na compreensão dos problemas políticos, económicos e culturais. E também não espanta que a produção doutrinária tendencialmente «compreensiva» do dirigismo normativo-constitucional tivesse de compreender, passado pouco tempo, o mal estar da constituição na *lógica político-cultural da pós-modernidade*. Por outras palavras: as constituições dirigentes registavam o momento epigonal da modernidade num tempo em que ganhavam estatuto de ideologia dominante as significações retóricas e retorizantes do pós-modernismo. Como se sabe, o mote do pós-moderno remontava já à década de cinquenta quando

¹ Referimo-nos a FRANCISCO LUCAS PIRES, *O Problema da Constituição. A Transição Dualista*, Lisboa, 1989.

o conhecido historiador A. TOYNBEE ² incluiu nos seus estudos de história que as transformações da modernidade apontavam para a emergência de novas formas sociais — as *sociedades pós-modernas*. As intuições de A. TOYNBEE não lograram aceitação imediata. Pelo contrário: a década de sessenta, com os movimentos da descolonização, da contestação estudantil, das violentas erupções autoritárias (Chile, Brasil, Argentina), da confrontação americana com os vietnamitas, parecia ter legitimado definitivamente as propostas típicas da narratividade emancipatória. Mas as atitudes, gestos, teorias e lógicas, globalmente designadas por *orientações pós-modernas*, vão irromper com vigor, sobretudo a partir dos começos da década de oitenta, colocando na defensiva a crença na subjectividade projectante da modernidade. De uma forma ou de outra, é inegável que todo o constitucionalismo — do liberal ao programático-social — se insere no projecto da modernidade. As constituições eram corolários da razão política e humanista, constituíam propostas do devir político e social. Tudo isto será posto em causa. Para os quadrantes do nihilismo pós-moderno e da *ideologia antimodernista* dos neoconservadores, as constituições liberais e sociais, mas mais estas do que aquelas, escondem no seu bojo um pecado mortal — a *lógica da narratividade emancipatória*, a ideia de *progresso* do homem, a *utopia* da desalienação, a promessa da *felicidade* para as mulheres e homens do presente e das próximas gerações futuras. O desafio que se coloca aos cultores do direito constitucional não pode ser outro que não o de tentar compreender as novas lógicas, as novas razões, os novos mitos. Tentamos fazer isso num texto publicado em português ³ e castelhano e que nos servirá também de itinerário parcial nas considerações subsequentes. O problema é o de saber se as «novas lógicas» se desenvolvem matematicamente como «verdades» axiomáticas ou se elas devem ser inseparáveis dos contextos políticos,

² A. TOYNBEE, *A Study of History*, 1854, Cap. IX (tradução brasileira).

³ Referimo-nos ao nosso trabalho «Rever ou Romper com a Constituição Dirigente? Defesa de um Constitucionalismo Moralmente Reflexivo», in *Revista dos Tribunais*, ano 4, n.º 15 (1996), e respectiva versão castelhana «Revisar /a/o romper con la Constitución Dirigente? Defensa de un constitucionalismo moralmente reflexivo», in *Revista Española de Derecho Constitucional*, ano 15, n.º 43 (1995).

econômicos e sociais em que se impõe com crueza a politicização do concreto.⁴

III — AS INCERTEZAS EPISTÊMICAS DA DIRECTIVIDADE CONSTITUCIONAL

1 — As incertezas epistêmicas da «directividade constitucional»

1.1 — A Constituição dirigente e o riso da mulher trácia

A Constituição dirigente, ou melhor, os textos constitucionais carregados de programaticidade — desde a velha constituição mexicana de 1918, até à Constituição brasileira de 1988, passando pela magna carta portuguesa de 1976 — estão num «fosso» sob o olhar implacável de muitos escárnios e mal-dizeres. Aos adeptos dos dirigismos e directividades vinculados através de normas — e sobretudo constitucionais — acontece hoje o que já aconteceu a Tales de Mileto há milhares de anos. São vítimas de risos irónicos semelhantes aos da mulher-serva da Trácia que ocorreu aos gritos de socorro do astrólogo milésico caído num poço quando observa à noite as estrelas. Durante muito tempo esta «queda» e este «riso» tiveram um relevante significado cultural: o descrédito dos teóricos — e dos construtores de utopias, acrescentamos nós — mais prestos a captar o mundo das estrelas do que a olhar para as coisas da terra. O trágico da queda não estará, hoje, só na incapacidade de os mira-estrelas assentarem os pés no chão e tentarem compreender as armadilhas da *praxis*. Mais do que isso: o ruir dos muros revelou com estrondo que a queda não tinha sequer a grandeza do pecado. O poço onde se caiu não é uma cisterna em que a água brota cristalina das profundezas da terra, antes se reduz a uma simples cova, a um fosso banal lamacento e sem fondura. O riso irónico da serva trácia esse transmuta-se em escárnio de multidões, e

⁴ Vide, precisamente, as inteligentes observações de GILBERTO MERCOVICI, «A Problemática da Constituição Dirigente: algumas considerações sobre o caso brasileiro», in *Revista de Informação Legislativa*, 142 (1999), 40 e ss.

o olhar para longe fica prisioneiro da fragilidade de um chão aberto a terramotos⁵.

Deixemos esta linguagem simbólico-cultural e chamemos nomes às coisas: os olhares políticos, doutrinários e teóricos de vários quadrantes — desde o pensamento liberal da Constituição aberta, até ao sistemismo antopoiético, passado por algumas insinuações da chamada sociologia crítica — não se cansam de proclamar a falência dos «códigos dirigentes» num mundo caracterizado pela conjuntura, a circularidade, os particularismos e os riscos. Voltaremos a alguns destes olhares críticos.

1.2 — A Constituição dirigente e a metanarratividade emancipatória

Se a Constituição programática fosse tão somente o rosto normativo da utopia daí não adviria grande mal ao mundo. A instituição imaginária da sociedade (Castoriadis) limitar-se-ia a isso mesmo, a um *topos* sem lugar. Sucede, porém, que subjaente ao programa constitucional está toda uma *filosofia do sujeito* e uma *teoria da sociedade* cujo voluntarismo desmedido e o holismo planetário conduzirão à arrogância de fixar a própria órbita das estrelas e dos planetas. A Constituição será, desta forma, o caminho de ferro social e espiritual através da qual vai peregrinar a *subjectividade projectante*. A má utopia do sujeito de progresso histórico alojou-se em constituições plano e balanço onde a propriedade estatal dos meios de produção se transmutava em ditadura partidária e coerção moral e psicológica. Alguns — entre os quais me incluo — só vieram a reconhecer isto tarde e lentamente demais. Como se irá ver, a ideia de directividade constitucional terá ainda hoje sentido quando inserida numa compreensão crítica próxima do chamado *constitucionalismo moralmente reflexivo*⁶. Esta compreensão não apagará de

⁵ O significado cultural do episódio a que nos referimos no texto foi analisado brilhantemente por HANS BLUMENBERG, *O Riso da Mulher da Trácia. Uma pré-história da Terra*. Lisboa, 1994 (original alemão de 1987: *Das Lachen der Träckerin. Eine Urgeschichte der Theorie*, Frankfurt/M).

⁶ Cfr., por todos, ULRICH PREUSS, *Revolution, und Verfassung. Zui einem neue Verfassungsverständnis*, Berlin, 1990, 73 e ss.

«...uma sensação de «consciência infeliz» próximo de uma leitura crepuscular anunciada por HEGEL na sua Filosofia do Direito: «Para dizer uma palavra como o mundo deve ser, a filosofia vem, de toda a maneira, demasiado tarde».

1.3 — A Constituição dirigente como centro de direcção ou direcção sem centro

As constituições dirigentes, entendidas como constituições programático-estatais não padecem apenas de um pecado original — o da má utopia do sujeito projectante. Como dissemos, elas ergueram o estado a «homem de direcção» exclusiva ou quase exclusiva da sociedade e converterem o direito em instrumento funcional dessa direcção. Deste modo, o Estado e o direito são ambos arrastados para a *crise da política regulativa*. Por um lado, erguer o Estado a «homem de direcção» implica o desconhecimento do alto grau de diferenciação da estatalidade pluralisticamente organizada. Por outro lado, confiar ao direito o encargo de regular — e de regular autoritária e intervencionisticamente — equivale a desconhecer outras formas de direcção política que vão desde os modelos regulativos típicos da *subjectividade*, isto é, modelos de autodirecção social estatalmente garantida até aos *modelos neocorporativos*, passando pelas formas de *delegação* conducente a regulações descentradas e descentralizadas. Tudo isto é certo. Se, para nós, é muito obscura a ideia de *equivalentes funcionais do direito*⁷, o modelo de constituição dirigente-programático pode transportar, e transporta muitas vezes, o ambicioso projecto de modernidade na forma mais estatizante: a conformação do mundo político-económico através do direito estatal estruturado sob a forma de pirâmide. FRANÇOIS OST⁸ traçou impressivamente

⁷ Cf. VOLKER RONGE, «Funktionale Äquivalente zum Recht», in *Jahresschrift für Rechtsphilologie*, vol. I, «Grenzen des Rechts», 1987, 101 e ss.; M. GLAGOW, «Formen politischer Steuerung. Etatismus, Subsidiarität. Delegation und Neokorporatismus», in M. GLAGOW (org.).

⁸ Cf. F. OST, «Jupiter, Hercule, Hermès: trois modèles du juge», in PIERRE BOURETZ (org.), *La Force du Droit*, Paris, 1991, 241 e ss.

o modelo do direito jupiteriano: «Sempre proferido do alto de algum Sinai, este direito toma a forma de lei. Exprime-se no imperativo e reveste, de preferência, a natureza do interdito. Encontra-se inscrito num depósito sagrado, tábuas da lei ou códigos e constituições modernas».

1.4 — A Constituição dirigente, soberania nacional e patriotismo constitucional

Outra das fragilidades epistémicas de um texto constitucional dirigente consistiria no seu *autismo nacionalista e patriótico*. Se bem compreendemos as coisas, o défice epistémico da programaticidade constitucional não estaria apenas na conversão irrealista de uma simples folha de papel em instrumento dirigente da sociedade. Para além disso, a Constituição arrogar-se-ia ao papel de alavanca de Arquimedes com força para transformar o mundo, mas sem atender ao facto de ela estar cercada por outros mundos. Por outras palavras: o dirigismo normativo-constitucional repousa no dogma «Estado-soberano», constituindo a «soberania constitucional» um corolário lógico deste mesmo dogma. Deve reconhecer-se o fundamento desta crítica. Como programar normativamente a transição para o «socialismo» num país só — como se afirmava no texto originário da Constituição portuguesa — quando os contextos «envolventes», *internacionais europeus e transnacionais*, apontavam para uma interdependência e cooperação crescentes entre os Estados? Como insistir num «sistema vaidoso de socialismo e planeamento nacional» (R. DAHRENDORF) quando as «precondições constitucionais» da política se situavam também, e até decisivamente, em espaços outros diferentes do espaço autárquico nacional e estatal? Qualquer «patriotismo constitucional» será aqui um sentimento débil, pois com a recusa e rejeição, por parte dos Estados, a uma «soberania nacional» e a um «poder soberano exclusivo», também a magna carta de um país perde uma parte do seu simbolismo, da sua força normativa e do seu papel identificador. A «internacionalização» e a «europeização», no caso português, e a internacionalização e a «marcosulização», no contexto do Brasil, tornam evidente a transformação das ordens jurídicas nacionais em ordem jurídicas parciais, nas quais as constituições são relegadas para um plano mais modesto de «leis fundamentais regio-

12
mais»⁹. Mesmo que as constituições continuem a ser simbolicamente a *magnum carta da identidade nacional*, a sua força normativa terá parcialmente de ceder perante novos fenótipos político-organizacionais, e adequar-se, no plano político e no plano normativo, aos esquemas regulativos das novas «associações abertas de estados nacionais abertos».

2 — Incompreensões teórico-dogmáticas em torno da constituição dirigente

Até ao momento tentávamos uma «observação» dos buracos negros da chamada programaticidade constitucional. No entanto, e como prometemos no início deste trabalho, os «pecados» e «maldades» apontados com justeza ao dirigismo normativo-constitucional não tolgem totalmente a razoabilidade racional do discurso jurídico-dogmático em torno da «constituição dirigente». Justifiquemos porque.

2.1 — Constituição dirigente, liberdade de conformação do legislador e discricionariedade legislativa

Quando PETER LERCHE, nos começos da década de 60, publicou a sua notabilíssima *Habilitationsschrift — Übermass und Verfassungsrecht*¹⁰ —, a ciência do direito constitucional despertou para um problema que, se não era novo, assumia naquela altura uma decidida centralidade dogmática. Tratava-se de saber se o poder legislativo poderia continuar a ser, num Estado de direito democrático-constitucional, um poder livre nos fins, ou se, pelo contrário, havia fundamentos jurídicos, teóricos e dogmáticos para alicerçar uma doutrina dos *limites da liberdade de conformação do legislador* ou, até, de uma teoria da *discricionariedade legislativa*. Nos quadros de um Estado de direito democrático-constitucional não deixava, de facto, de ser estranha a unanimidade doutrinal em torno da liberdade do fim

⁹ Cfr., por exemplo, K. EICHENBERGER, «Sinn und Bedeutung einer Verfassung», in *Referate zum 125 schweizerischen Juristentag*, 1991, 143.

¹⁰ Cfr. PETER LERCHE, *Übermass und Verfassungsrecht*, 1961, 61 e ss.

XIII
no exercício da actividade legislativa. Neste contexto, algo continuava também dogmaticamente obscurecido num sistema jurídico regido por uma Constituição que, nalguns casos, fixava ou impunha vinculações teleológicas aos órgãos legiferantes, mas que, ao mesmo tempo, deixava sem qualquer remédio às omissões, silêncios ou inércias destes mesmos órgãos jurídico-teleologicamente vinculados. O esforço dogmático de PETER LERCHE não tinha como pano de fundo qualquer constituição de perfil programático¹¹ e, muito menos, de cariz socializante. Pretendia-se, tão somente, captar a *normatividade* de algumas normas da Constituição de Bona impositivas de deveres de acção legislativa (ex.: artigo referente à concretização do princípio da igualdade de sexos). Consequentemente, quando alguns autores equiparam a «teoria da constituição dirigente» à ideologia social-comunista cristalizada numa constituição programática, estão a operar uma inaceitável transposição de planos. Da metodologia jurídico-constitucional saltam para a ideologia constitucional. Do esforço dogmático em torno da normatividade diferenciada dos vários tipos de normas e princípios retiram um propósito deliberado da revolução socialista através da lei fundamental¹².

2.2 — Constituição dirigente, tarefas do Estado, fim do Estado

A teoria da Constituição dirigente procurou associar o recorte categorial de tipos de normas constitucionais — normas-fim, normas-tarefa, imposições constitucionais — a uma teoria das *tarefas do Estado*. Também este ponto — o da articulação da normatividade jurídico-constitucional de normas-fim e normas-tarefa com a teoria das tarefas do Estado — tem sido interpretado no sentido de uma Constituição dirigente não poder deixar de ser outra coisa que um simples instrumento da estatização do mundo e da vida. Falar de constitui-

¹¹ O mesmo já não se poderá dizer da obra de VEZIO CRISAFULLI, *La Costituzione e le sue disposizioni di principio*, Milano, 1952, 10 e ss.

¹² Esta transposição detecta-se, a nosso ver, no trabalho do Prof. MANOEL GONÇALVES FERREIRA FILHO, *A Nova Constituição Brasileira — Constituição-Dirigente ou Constituição-Plano*, São Paulo, Convivium, n.º 6, 1988.

ção dirigente é falar de tarefas do Estado, falar de tarefas do Estado equivale a legitimar um estado Molöch ou Leviathan. Aqui reside, porém, uma questão cuja análise mereceria aprofundamentos teóricos que não teriam cabimento no contexto deste trabalho. Mas não deixaremos de equacionar o problema do seu núcleo fundamental. Este reconduz-se a estas interrogações: (1) deve o Estado ter tarefas; (2) essas tarefas devem ser ordenadas e conformadas pela constituição? A discussão das tarefas do Estado num Estado-Constitucional não pode simplificar-se em termos caricaturais como se depreende, por vezes, de alguma literatura que quase chega à conclusão da necessidade liberal de um Estado sem tarefas. Procuremos, então, vislumbrar as respostas dadas às interrogações antecedentes.

a) Pré-ordenação do Estado em face da Constituição

O estado moderno surgiu lógica e historicamente como um tipo de organização básica e originária, devendo a constituição articular-se com este modelo pré-constitucional. Como primeiro fim e o único adequado à sua essência, o Estado garante a paz e a segurança. Não compete à constituição acrescentar constitutivamente novas tarefas a um Estado pré-constituído segundo a natureza das coisas. Isso traduzir-se-á na conversão de uma lei fundamental em instrumento introvertido e autosuficiente de um projecto incerto e inseguro, mas progressivamente sobregarregado com tarefas definidas e impostas a nível constitucional. Os perigos de uma teoria deste género, ultimamente defendida por JOSEF ISENSEE¹³, estão à vista: regresso a uma teoria apriorista do estado que poderá esgrimir-se contra a constituição democrática.

b) Tarefas do Estado com tarefas constitucionais

O outro «modelo» responde à questão do Estado em sentido diametralmente oposto: é à constituição que pertence «decidir» vinculativamente sobre as tarefas do Estado. O fundamento e medidas

¹³ Cfr. JOSEF ISENSEE, «Gemeinwohl und Staatsaufgaben im Verfassungsstaat», in J. ISENSEE/P. KIRCHHOF, *Handbuch des Staatsrechts*, vol. 1, Heidelberg, 591/661.

jurídicas para o exercício de tarefas é a constituição. Neste sentido, as tarefas do estado são *tarefas constitucionais*. Problema diferente será o de saber se, a nível constitucional, deve formular-se um catálogo de tarefas concretas ou se bastará reconhecer ao estado uma competência em branco, tendencialmente geral, deixando-se à *política normal*¹⁴ a concretização das tarefas. Um «Estado em branco» afigura-nos um Estado materialmente deslegitimizado¹⁵. Não admira, assim, que um conhecido juspublicista alemão, P. HÄBERLE, pudesse recentemente considerar a constitucionalização de normas-fim como uma característica do actual estágio de evolução das constituições estatais¹⁶. Dizer isto não significa aplaudir uma esgotante concretização de tarefas estatais a nível de uma lei fundamental nem significa que o desempenho de tarefas públicas implique uma monopolização estatal dessas mesmas tarefas.

2.3 — Constituição dirigente e direito directamente aplicável

Uma outra incompreensão teórica relacionada com a constituição dirigente é suscitada pela expressão «directamente aplicável», oriunda da Constituição de Bona e posteriormente transferida para os textos constitucionais de Portugal, Espanha e Brasil (art. 5.º, LXXVII, 1.º). Como é sabido, através da ideia de *direito directamente aplicável* expressamente plasmada no artigo 1.º/3 da *Grundgesetz* (*Unmittelbar geltendes Recht*) pretende-se afirmar que a Constituição se impõe como lei mesmo no âmbito dos direitos fundamentais, que, desta forma, não podem ser rebaixados a simples declarações ou normas programáticas ou até a simples fórmulas de oportunidade política. Todavia, a expressa afirmação da vinculatividade não sig-

¹⁴ Estamos a utilizar aqui a distinção entre *política constitucional* e *política normal* sugerida por RALF DAHRENDORF, *Reflexões sobre a Revolução na Europa*, Lisboa, 1993, 40.

¹⁵ Cfr. R. WAHL, «Staatsaufgaben im Verfassungsrecht ...», 30.

¹⁶ Cfr. P. HÄBERLE, «Neuere Verfassungen und Verfassungsvorhaben in der Schweiz», in *Jahrbuch des öffentlichen Rechts*, 34 (1985), 311; *idem*, «Verfassungsstaatliche Aufgabenlehre», *Archiv des öffentlichen Rechts*, 111 (1986), 595 e ss. Veja-se, ainda, R. WAHL, «Staatsaufgaben im Verfassungsrecht», in T. ELLWEIN/J. HESSE (orgs.), *Staatswissenschaften Vergessene Disziplin oder Neue Herausforderung*, Baden-Baden, 1990, 29 e ss.

→ significava nem significa que as normas consagradoras de direitos fundamentais excluam a necessidade de uma maior densificação operada sobretudo através da lei. Não obstante as discussões doutrinárias, ainda hoje existentes, quanto à rigorosa caracterização de direito directamente aplicável, a dogmática jurídico-constitucional põe em relevo os axiomas e aporias da aplicabilidade directa:

- 1 — Superação da doutrina da *réglementation des libertés* enquanto doutrina legitimadora de omissões inconstitucionais e enquanto veículo de erosão da normatividade constitucional.
- 2 — A Constituição tem, como qualquer lei, uma validade e eficácia típicas de norma jurídica.
- 3 — A força normativa da constituição traduz-se na vinculação, como direito superior, de todos os órgãos e titulares dos poderes públicos¹⁷.

O problema está não na contestação da bondade política e dogmática da vinculatividade imediata, mas sim no alargamento não sustentável da força normativa directa das normas constitucionais a situações necessariamente carecedoras da *interpositio legislativa*. É o que acontece, a nosso ver, com a acrítica transferência do princípio da aplicabilidade imediata consagrado no artigo 5.º, LXXVII, 1.º, da Constituição brasileira, a todos os direitos e garantias fundamentais de forma a abranger indiscriminadamente os direitos sociais consagrados no Capítulo II.

2.4 — Constituição dirigente e omissões inconstitucionais

A incompreensão teórico-dogmática da aplicabilidade directa de normas constitucionais e, sobretudo, da *normatividade* da constituição leva também muitos autores a contestar a bondade jurídico-cons-

¹⁷ Cfr., por último, M. SACHS, «Die Einteilung der Grundrechts», in KLAUS STERN, *Das Staatsrecht der Bundesrepublik Deutschland*, III/1, 1988, 385; *idem*, «Normentypen im deutschen Verfassungsrecht», in *Zeitschrift für Gesetzgebung*, 6 (1991), 155.

titucional da consagração de institutos como os da inconstitucionalidade por omissão ou o do mandato de injunção. O problema conecta-se com aquilo a que se poderia chamar o «desencanto da lua de mel», tal como recentemente no-lo descreveu RALF DAHRENDORF. Ouçamo-lo: «Todas elas (as revoluções) começam com uma lua de mel — depois de obtida sem grande derramamento de sangue a vitória sobre o antigo regime — à medida que “o caminho é aberto para a regeneração, sobre a qual os homens tanto falaram e pela qual há tanto tempo anseiam”... Nas primeiras fases e no momento crítico em que ocorre o teste de força, o antigo regime enfrenta sólida oposição. Mas a oposição é, na verdade, composta por vários grupos, nunca sendo inteiramente a simplificação exagerada de um povo unido. Isto torna-se logo evidente quando começa o “governo dos moderados”. A velha oposição esfacela-se; jamais consegue realmente combinar a tarefa de construir uma nova constituição com a de governar; alguns radicais começam a alegar que os moderados traíram a revolução e não estão a ir suficientemente longe»¹⁸.

Nestas linhas condensam-se alguns dos problemas levantados pela hipertrofia de imposições constitucionais. Elas são, muitas vezes, expressão mais de uma «ética de convicção» do que de uma «ética de responsabilidade prática», e, por isso, a consequência será a da grandiloquência nas palavras e a da fraqueza nos actos. Os constituintes moderados aceitam, no momento fundacional, compromisso emancipatórios semanticamente formulados, mas não acreditam neles, nem tencionam levá-los à prática. Isto demonstra, porém, duas coisas. Em primeiro lugar, revela que é preciso parcimónia normativa quanto a posituação constitucional de imposições. Em segundo lugar, torna-se necessário manter a *externalização* das acções constitucionais tendentes a assegurar o cumprimento da Constituição. Diferentemente do que acontece, hoje, com as propostas de certos quadrantes políticos em Portugal, o instituto da inconstitucionalidade por omissão deve manter-se, não para deslegitimar governos e assembleias inertes, mas para assegurar uma via de publicidade crítica e processual contra a constituição não cumprida.

¹⁸ Cfr. RALF DAHRENDORF, *Reflexões sobre a Revolução na Europa*, cit., 15.

3 — Desenvolvimento constitucional e identidade reflexiva

3.1 — Esclarecimentos conceituais

Abordaremos mais um tópico, porventura aquele que está perto das nossas inquietações. Referimo-nos ao problema da revisão da constituição, tendo especialmente em conta os problemas, já referidos, da programaticidade constitucional. Como instrumentos dogmáticos adiantaremos já os seguintes.

a) *Revisão, desenvolvimento constitucional e identidade reflexiva*

Qualquer constituição possui um núcleo de identidade aberto ao desenvolvimento constitucional. Entendemos por *núcleo de identidade* o conjunto de normas e princípios estruturantes de uma determinada ordem jurídico-constitucional. *Desenvolvimento constitucional* significa o conjunto de formas de evolução da constituição (nova compreensão dos princípios, propostas interpretativas, alargamento da disciplina constitucional a novos problemas). A articulação de identidade com desenvolvimento constitucional leva-nos ao conceito de *identidade reflexiva* que significa a capacidade de prestação da magna carta constitucional face à sociedade e aos cidadãos ¹⁹.

b) *Cláusulas de intangibilidade (cláusulas pétreas) e identidade*

Algumas vezes, como é sobejamente conhecido, as constituições procuram garantir a sua identidade através de cláusulas de intangibilidade, ou, como sugestivamente se diz no Brasil, *cláusulas pétreas*. Não iremos discutir agora a «bondade» ou «maldade» de tais cláusulas nem o delicado problema de saber se elas estão subtraídas

ao poder de revisão ²⁰. Sempre se adiantarão dois pontos importantes para a inteligibilidade do nosso discurso:

- 1 — as cláusulas de irreversibilidade garantem apenas a intocabilidade dos regimes materiais, mas não petrificam preceitos constitucionais concretos respeitantes a determinadas matérias;
- 2 — as cláusulas materiais expressas de irreversibilidade só devem considerar-se como respeitantes ao núcleo de identidade quando tiverem *correspondência* no próprio texto da constituição e disserem inequivocamente respeito à própria «essência» da constituição.

3.2 — Desenvolvimento constitucional e cláusulas de meta-narratividade

De acordo com as sugestões anteriores, parece-nos perturbador da *identidade reflexiva* — *capacidade de prestação* — de uma constituição e impeditivo de um desenvolvimento constitucional a inserção de fórmulas de narratividade emancipatória que tentam condensar mais uma filosofia unidimensional da história em vez de fornecerem medidas e directivas para o reforço de normatividade da constituição. Neste sentido, parece-nos ter andado bem o «legislador de revisão» português quando eliminou da Constituição portuguesa de 1976 fórmulas pretensamente emancipatórias (exs.: «transição para o socialismo», «exercício democrático do poder pelas classes trabalhadoras», «desenvolvimento pacífico do processo revolucionário»). Embora sem querer embrenhar-nos na «polémica constituinte» do Brasil, temos algumas dúvidas — até por experiência própria — sobre a razoabilidade da permanência de *sujeitos históricos* directa ou indirectamente portadores da mensagem emancipatória (ex.: proibição do pluralismo sindical tal como se afirma no art. 8.º/1 da Constituição brasileira).

¹⁹ Adaptamos no texto o conceito de reflexão de N. LUHMANN. Cfr. N. LUHMANN, «Selbstreflexion der Rechtssysteme», in *Rechtstheorie*, 1979, 159 e ss. Cfr., também, MARTIN MORLOK, *Was heisst und zu welchem Ende studiert man Verfassungstheorie?*, Berlin, 1988, 166.

²⁰ Entre nós, ver as reflexões estimulantes de M. NOGUEIRA DE BRITO, *A Constituição Constituinte. Ensaio sobre o Poder de Revisão*, Coimbra, 2000.

3.3 — Desenvolvimento constitucional e políticas públicas de direitos fundamentais

Não obstante as reticências — ideológicas, doutrinárias e jurídico-constitucionais — relativamente à inserção de um catálogo de direitos económicos, sociais e culturais na magna carta de um país, sempre entendemos que o livre desenvolvimento da personalidade e a defesa da dignidade da pessoa humana postulam ética e juridicamente a posituação constitucional dos chamados «direitos sociais». Mas uma coisa é recortar juridicamente um catálogo de direitos da terceira geração e, outra, fazer acompanhar a posituação dos direitos de um complexo de imposições constitucionais tendencialmente conformadoras de políticas públicas de direitos económicos, sociais e culturais. Assim, e para dar um exemplo, se é para nós indiscutível a consagração constitucional de um direito de acesso a todos os graus de ensino, já é problemático plasmar na constituição a «gratuidade» do acesso a todos os graus de ensino, não só porque isso pode regidificar demasiadamente a política pública de ensino, mas também porque pode lançar a constituição nas querelas dos «limites do estado social» e da «ingovernabilidade». Acresce que a consagração de certos postulados — a gratuidade de todos os graus de ensino — pode apontar para soluções claramente em dessintonia com a própria mensagem emancipatória que justificou a sua inclusão no texto constitucional.

3.4 — Desenvolvimento constitucional e constitucionalismo moralmente reflexivo

Mas como entender hoje esta mensagem? Ela pode resumir-se da seguinte forma: a Teoria da Constituição deverá continuar a ser uma instância crítica de um *constitucionalismo reflexivo* que evite duas unilateralidades:

- 1 — o peso do discurso da metanarratividade que hoje só poderia subsistir como relíquia da má utopia do sujeito do domínio e da *razão emancipatória*;
- 2 — a desestruturação moral dos pactos fundadores, escondida, muitas vezes, num simples esquema processual da *razão cínica* económico-tecnocrática.

Em termos práticos, perguntar-se-á quais são as linhas de força deste constitucionalismo reflexivo? A resposta formulada em termos necessariamente breves, poderá basear-se nas seguintes sugestões.

a) Constitucionalização e «desmoralização da liberdade»

Uma constituição — desde logo pela sua génese histórica e política — se não pode ser hoje um documento sagrado ou um condensado de políticas, tem de continuar a fornecer as *exigências constitucionais mínimas* (*constitucional essential*, nas palavras de RAWLS), ou seja, o complexo de direitos e liberdades definidores das cidadanias, pessoal, política e económica e intocáveis pelas maiorias parlamentares. Aqui, o *dito constitucional* é uma dimensão básica da *legitimidade moral e material*, e, por isso, um elemento de garantia contra a deslegitimação ética e desestruturação moral de um texto básico através de desregulações, flexibilidades, desentulhos e liberações.

b) Constitucionalização e teoria da justiça

Uma constituição deve estabelecer os fundamentos adequados a uma *teoria da justiça*, definindo as estruturas básicas da sociedade sem se comprometer com situações particulares. Todavia, e tendo sobretudo em conta o incumprimento do próprio projecto da modernidade em alguns países, a Constituição não teria de incorporar um projecto emancipatório sob a forma de «*constitucionalização dos excluídos*», mas uma teoria da justiça edificada sobre a indiferença das condições particulares. A nosso ver, uma completa desregulação constitucional dos «*excluídos da justiça*» legitima uma separação crescente dos *in* e dos *out* e não fornece qualquer arrimo à integração da marginalidade. Precisamente por isso, as «*ilhas de particularismo*» detectadas em algumas constituições — mulheres, velhos e crianças, grávidas, trabalhadores — não constituem um desafio intolerável ao «*universal*» e ao «*básico*», típico das normas constitucionais. Expressam, sim, a indispensabilidade de refrações morais no âmbito do contrato social constitucional.

c) *Constitucionalismo moralmente reflexivo através da mudança da direcção para a contratualização*

Um dos desafios com que se defronta este constitucionalismo moralmente reflexivo consiste na substituição de um direito autoritariamente dirigente, mas ineficaz, através de outras fórmulas que permitam completar o projecto da modernidade — onde ele não se realizou — nas condições complexas de pós-modernidade. Nesta perspectiva, certas formas já apontadas de «eficácia reflexiva» ou de «directão indirecta» — subsidiariedade, neocorporativismo, delegação — podem apontar para o desenvolvimento de instrumentos cooperativos que, reforçando a eficácia, recuperem as dimensões justas do princípio da responsabilidade apoiando e encorajando a dinâmica da sociedade civil. Além disso, devem considerar-se superadas as formas totalizantes e planificadoras globais abrindo o caminho para acções e experiências locais (princípio da relevância) e dando guarida à diversidade cultural (princípio da tolerância). No fim de contas, o projecto emancipatório das constituições vai continuar num contexto outro e através de instrumentos regulativos diferentes. A lei dirigente cede o lugar ao contrato, o espaço nacional alarga-se à transnacionalização e globalização, mas o ânimo de mudanças aí está de novo nos «quatro contratos globais». Referimo-nos ao contrato para as «necessidades globais» — remover as desigualdades — o contrato cultural — tolerância e diálogo de culturas — contrato democrático — democracia como governo global, e o contrato do planeta terra — desenvolvimento sustentado²¹. Se assim for, a constituição dirigente fica ou ficará menos espessa, menos regulativamente autoritária e menos estatizante, mas a mensagem subsistirá, agora enriquecida pela constitucionalização da responsabilidade, isto é, pela garantia das condições sob as quais podem coexistir as diversas perspectivas de valor, conhecimento e acção²². Os contratos acabados de assinalar não impedem, como é óbvio, a continuação

²¹ Retirámos estas ideias da obra colectiva recentemente publicada, *Limites à competição*, Lisboa, 1994.

²² Cfr. K. U. PREUSS, *Revolution, Fortschritt und Verfassung*, cit., 86 e ss.

da materialização da política com base em normas constitucionais programáticas²³.

IV — A CONSTITUIÇÃO DIRIGENTE E A TEORIA DA CONSTITUIÇÃO

Nos últimos tempos, temos vindo a fazer uma revisão da problemática da constituição dirigente no âmbito da teoria geral da constituição. Esta revisão relaciona-se, no fundo, com a necessidade de uma nova *teoria da constituição*. Em traços largos, poderíamos esboçar os pontos cruciais da teoria da constituição. Assim²⁴.

1 — A teoria da Constituição e os seus problemas actuais

1.1 — Problemas de inclusão

O direito constitucional revela evidentes dificuldades para responder aos desafios da *materialização* do direito. A constituição pretendeu e pretende ser o *estatuto jurídico do político*. No entanto, o político mostra-se rebelde a uma normatização legalista porque não é possível à norma constitucional conformar autoritariamente a sociedade. Deve, sim, proporcionar a adequação da esfera jurídica a diferentes âmbitos sociais e a várias práticas sociais. Por outro lado, a constituição dirigente é inequivocamente um produto das concepções voluntaristas do *direito* e do *sujeito*, não tendo em conta a *autoreferencialidade* e a auto-organização de vários sistemas e subsistemas sociais.

1.2 — Problemas de referência

A constituição dirigente era, paradoxalmente, uma constituição clássica quanto aos sujeitos de referência. Mesmo quando transpor-

²³ Vide as perplexidades suscitadas por esta nossa posição em ANDREAS J. KRELL, «Controlo Judicial dos Serviços Públicos Básicos», in INGO SARLET, *A Constituição Concretizada*, Porto Alegre, 2000, 36, nota 86.

²⁴ Resumimos aqui algumas problematização sobre a teoria da Constituição feitas no nosso livro, *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*, 4.ª ed., Coimbra, 2001.

tava mensagens normativas amigas dos direitos colectivos (das organizações sindicais) e dos trabalhadores, era ainda o indivíduo ou o homem que estava antropológicamente subjacente aos seus esquemas normativo-dirigentes. Mostrava-se praticamente indiferente aos novos sujeitos do poder: as entidades organizativas (multinacionais) e os actores neocorporativos (ordens profissionais).

1.3 — Problemas de reflexividade

A constituição dirigente é perturbada pela *crise de reflexividade*. Através desta ideia pretende-se, no fundo, significar a impossibilidade de o sistema regulativo central gerar um conjunto unitário de respostas dotadas de racionalidade e coerência relativamente ao conjunto cada vez mais complexo e crescente de demandas ou exigências oriundas do ou constituídas no sistema social. Esta crise de reflexividade reflecte-se, desde logo, sobre o *centro político* e sobre o sistema de fontes do ordenamento jurídico. As conhecidas *fontes de direito* — a começar pela constituição — revelam-se funcionalmente desadequadas para servirem de impulso e constituírem as bases juridicamente conformadoras de uma sociedade diferenciada.

1.4 — Problemas de universalização

São conhecidas as variações dos esquemas integradores teoreticamente construídos para explicar a força normativa da constituição (constituição material, integração, estado, ordem jurídica). Em qualquer das suas formulações, a constituição assumia-se não só como categoria universal mas também como universo total (universalidade e universalização). Quase não deu conta que a seu lado, nos espaços da sua gravitação, outros universos surgiram (mercado, empresa, grupos, sistemas de informação, tecnologias) reivindicantes de universalidade específica e contestadores da validade e eficácia das normas constitucionais. Residiria mesmo aqui um dos paradoxos fundamentais do discurso constitucional: sobrepor o discurso jurídico-constitucional aos *discursos reais emergentes* que transportam ou servem de gramáticas específicas, de códigos e programas informados por racionalidades próprias dos mundos parciais (economia, telecomunicações, informática).

1.5 — Problemas de materialização do direito

Se reflectirmos um pouco, a constituição dirigente assumia e corria os riscos de *ocupar o lugar de superdiscurso social* com base numa concepção jurídicista, purista e piramidal do ordenamento jurídico. A esfera jurídica dos diferentes âmbitos sociais (direito social, direito dos consumidores, direito do ambiente, direito biomédico), mesmo quando tinha assento no próprio texto dificilmente, era contextualizada porque as normas constitucionais alheavam-se da mudança e da inovação jurídica.

1.6 — Problemas de reinvenção do território

A constituição dirigente era fundamentalmente a constituição do estado. Sobranceira na sua posição, dá-se mal com a perda do *território* e de *funções soberanas*. A supranacionalização e internacionalização do direito com as liberdades globalitárias — liberdade de pessoas, liberdade de mercadorias, liberdade de serviços, liberdade de capitais — esvaziavam o estado e a sua constituição (NATO, EU, MERCOSUL, NAFTA, ONU, Uruguai-Round, Schengen, informação-CNN).

1.7 — Problemas de tragédia

A caracterização da *tragédia do estado* está feita: significa a transmutação do sucesso da estatalidade em insucesso do paradigma político-estatal. Numa formulação mais chã diz-se que o estado é vítima do seu sucesso. O estado hegeliano vê-se agora confrontado com a secularização da política e a contingência da ordem social.

1.8 — Problemas de fundamentação

Quem se der ao trabalho de ler algumas das obras relacionadas com os temas clássicos do direito político — representação, soberania, partidos políticos, métodos eleitorais — descobrirá que existe um outro modo para os discutir. A constituição dirigente lidava com fins, tarefas, encargos, missões, valores. Hoje argu-

XVII
menta-se racionalmente em termos de paradoxos, de dilemas e de teoremas. A racionalização argumentativa — muitas vezes em termos matemáticos — causa aqui alguns dos problemas sentidos em economia. A ideia dirigente compatibiliza-se com uma lógica material de valores mas coaduna-se pouco com a razão lógica dos discursos analíticos.

1.9 — Problemas de simbolização

De uma forma tendencialmente redutora, a constituição dirigente responde mal a três questionações de simbolização, a saber — a da sociologia crítica, a da teoria sistémica e a da arqueologia mítico-retórica. Em alguns momentos do discurso anterior, ressaltaram já os pontos de crítica. A sociologia crítica põe em relevo o impasse do dirigismo constitucional através da dissociação entre a *prática de dizer* e a *prática de fazer o direito*. As teorias sistémicas salientam a *falta de reflexividade* da constituição, pois as propostas normativas não encontram muitas vezes qualquer adesão na sociedade. As teorias do «constitucionalismo mítico» insistem na falência do projecto voluntarista da modernidade que esquece os mitos fundadores das comunidades políticas.

1.10 — Problemas de referência

A constituição dirigente aspirava, directa ou indirectamente, a alcançar o ponto ómega da modernidade política através da organização voluntária da sociedade. Ora, as sociedades modernas pluralistas estruturaram-se em termos de *complexidade* que, longe de assentar na intencionalidade construtivista da política, radica antes na auto-organização. Esta mesma complexidade gera sistemas diferenciados e *códigos funcionais* diferenciados sendo irrealista tentar através de um código unitarizante dos vários sistemas sociais dirigir constitucionalmente a sociedade.

Como se pode ver através deste bosquejo de problemas, a constituição dirigente enfrenta todos os problemas da teoria da constituição clássica acrescidos de um *dilema congénito*: a sua ânsia de formação normativa num espaço futuro imprevisível a não ser em termos utópicos.

2 — Teoria da Constituição e supranacionalismo

2.1 — Direito comunitário dirigente e vinculação do legislador

Uma importantíssima viragem na problematização da constituição dirigente resulta hoje de fenómenos da supranacionalização (Mercosul, Comunidade Europeia). O Tratado da União Europeia impõe aos estados membros o dever de adopção de todas as medidas gerais ou particulares adequadas para assegurar o cumprimento das obrigações derivadas do Tratado (art. 5.º). Isto significa que a vinculação assumida pela ratificação do Tratado da União Europeia implica simultaneamente a obrigação específica de lhes dar execução. Por outras palavras: os estados membros estão obrigados a adoptar as medidas necessárias e adequadas — políticas, legislativas, regulamentares — para dar efectividade prática às imposições convencionais do Tratado de União Europeia. O incumprimento das obrigações comunitárias por parte do legislador interno está sujeito ao controlo do Tribunal de Justiça da Comunidade através do recurso de incumprimento contra o estado membro incumpridor (Tratado EU, arts. 169.º, 170.º, 171.º). Curiosamente, o direito comunitário fornece hoje os exemplos mais «dirigentes» do direito actual. Servir-nos-á de exemplo um acórdão proferido pelo Tribunal de Justiça das Comunidades — o *Acórdão Francovich*.

Retira-se, assim, centralidade teórica e dogmática à constituição dirigente e sugere-se o carácter dirigente de tratados internacionais instituidores da União Europeia. Temos dúvidas quanto à transposição de plano desta ideia para o MERCOSUL, dado o carácter menos cogente do seu sistema de normas. No plano europeu, é, porém, indiscutível que existem nos tratados normas expressas a consagrar o dever do legislador interno quanto à transformação das directivas comunitárias. Por sua vez, o Tribunal de Justiça das Comunidades tem levado a peito a tarefa de guardião da *força normativo-dirigente do direito comunitário*. Normativo-dirigente porque, ao contrário do que afirmam hoje muitos autores defensores do perecimento da constituição dirigente a favor da revivescência da constituição aberta e democrática, não vemos como o Tribunal

XXVIII
poderá escorar as suas sentenças no «carácter aberto» do Tratado da União ou no seu «carácter democrático». Por outro lado, e como vai ver-se, a lógica do Tribunal assenta no carácter obrigacional do cumprimento das directivas comunitárias por parte dos estados-membros. Vejamos como se passaram as coisas no *leading case* — o caso *Francovich*.

2.2 — O caso *Francovich*

Neste célebre Acórdão, estava em causa a Directiva 80/987, de 20 de Outubro de 1980, emanado do Conselho da Comunidade, em que se impunha aos estados-membros a harmonização das legislações nacionais em matéria de protecção dos trabalhadores assalariados nos casos de falência ou insolvência da entidade patronal. Pretendia-se garantir um mínimo de protecção aos créditos dos trabalhadores, pelo que a directiva estabelecia um lapso temporal — Outubro de 1983 — para que os estados-membros emitissem as «disposições legislativas, regulamentares e administrativas» necessárias e adequadas.

O legislador italiano permaneceu silente. Andrea *Francovich* e Danila *Bonifaci* exerciam funções de trabalho assalariado em duas empresas e foram afectadas pela cessação da relação de trabalho motivada por falência das empresas empregadoras. Tanto *Francovich* como *Bonifaci* eram titulares de créditos salariais no montante de 253 milhões de liras no momento da cessação da relação de trabalho. Passados cinco anos depois da falência, ainda os créditos salariais não se encontravam satisfeitos. O Estado italiano não se preocupou também em dar operatividade à Directiva 80/987. Os trabalhadores intentaram acções contra o Estado italiano, exigindo, entre outras coisas, o ressarcimento dos danos emergentes pela não transposição da directiva. Sob a forma de questão prejudicial, é levado este pedido ao Tribunal de Justiça das Comunidades. Este proferiu então uma sentença que passará a ser considerada como *leading case*: «o princípio da responsabilidade do Estado por prejuízos causados aos particulares por violação do direito comunitário que lhe sejam imputáveis é um princípio inerente ao Sistema do Tratado». No caso em apreço, o Tribunal não deixa dúvidas quanto à responsabilidade do Estado italiano: este deveria ter legislado de

XXIX
forma a cumprir as imposições comunitárias, mas não o fez, passando assim a ser responsável pelos prejuízos derivados do seu comportamento silente.

2.3 — Constituição europeia dirigente ou tratados internacionais directivos?

Esteja ou não bem recortada esta responsabilidade do Estado por violação do direito comunitário (crismada pela doutrina alemã por *Gemeinschaftliche Staatshaftung*), urge chamar a atenção para o facto mesmo de as omissões legiferantes, agora, não estarem associadas a uma qualquer constituição dirigente mas a *tratados internacionais directivos*. Mais ainda: na lógica do Tribunal, os *tratados comunitários* parecem elevar-se à natureza de supraconstituição garantidora não apenas do direito objectivo comunitário mas também de direitos subjectivos, o que em geral é negado nos institutos da inconstitucionalidade por omissão. De certo modo, o Tribunal das Comunidades fez aqui o que no direito brasileiro seria uma manifestação de justa aplicação judicial do mandado de injunção. Saber se a criação jurisprudencial comunitária acabada de referir é um indício da evolução do direito constitucional europeu no sentido dirigente parece-nos ser um problema à espera de outras experiências. Por agora, registre-se o problema.

V — CONCLUSÃO

Em jeito de conclusão, dir-se-ia que a Constituição dirigente está morta se o dirigismo constitucional for entendido como normativismo constitucional revolucionário capaz de, só por si, operar transformações emancipatórias. Também suportará impulsos tanáticos qualquer texto constitucional dirigente introvertidamente vergado sobre si próprio e alheio aos processos de *abertura* do direito constitucional ao *direito internacional* e aos *direitos supranacionais*. Numa época de cidadanias múltiplas e de múltiplos de cidadania seria prejudicial aos próprios cidadãos o fecho da constituição, erguendo-se à categoria de «linha Maginot» contra invasões agressivas dos direitos fundamentais.

Alguns coisa ficou, porém, da programaticidade constitucional. Contra os que ergueram as normas programáticas a «linha de caminho de ferro» neutralizadora dos caminhos plurais da implantação da cidadania, acreditamos que os textos constitucionais devem estabelecer as premissas materiais fundantes das *políticas públicas* num Estado e numa sociedade que se pretendem continuar a chamar de direito, democráticos e sociais.