

CONTRIBUTOS PARA O DESENVOLVIMENTO DO DIREITO CONSTITUCIONAL COMPARADO

Ricardo Sousa da Cunha*

<https://doi.org/10.21814/uminho.ed.105.22>

Mal nos conhecemos
Inauguramos a palavra amigo!

Amigo é um sorriso
De boca em boca,
Um olhar bem limpo

Uma casa, mesmo
modesta, que se oferece.
Um coração pronto a pulsar
Na nossa mão!

Amigo (recordam-se, vocês aí,
Escrupulosos detritos?)

Amigo é o contrário de inimigo!

Amigo é o erro corrigido,
Não o erro perseguido, explorado.
É a verdade partilhada, praticada.

Amigo é a solidão derrotada!

Amigo é uma grande tarefa,
Um trabalho sem fim,
Um espaço útil, um tempo fértil,
Amigo vai ser, é já uma grande
festa!

Alexandre O'Neil

0. Introdução

O presente trabalho pretende homenagear a amizade com a Prof. Doutora Benedita Mac Crorie Graça Moura dando continuidade, com outros dos seus amigos, aos diálogos sobre muito mais do que Direito ou Direitos

* EDUM (ricardoscunha@direito.uminho.pt) e ESG/IPCA (rcunha@ipca.pt).

Fundamentais. É uma honra fazer parte deste continuado círculo, pelo qual a Benedita continua a fazer com que cada um traga o melhor de si. A recordação de ter encontrado a Benedita como moderadora de uma sessão dos primeiros *Encontros de Direito da Lusofonia*, de 2014, foi a inspiração para no presente texto se tentar organizar algumas ideias sobre o Direito Constitucional Comparado, que na ocasião se discutiu da perspectiva Lusófona.

O ponto de partida para este exercício é ainda a *função* comparatística que, entre os outros mitos fundadores do constitucionalismo moderno, se pode extrair do conceito original de Constituição previsto no artigo 16º da Declaração Universal dos Direitos do Homem e do Cidadão, de 1789 – que impõe, ainda hoje, a qualquer Estado que para que possa reclamar a designação de Constituição, um texto escrito, no qual se consagre a organização do poder político segundo o princípio da separação de poderes, e a proteção dos Direitos Fundamentais, como a Benedita trataria melhor do que alguma vez se pode pretender. Esta é uma exploração comparatística que se poderia construir a partir de outras ideias fundamentais do Constitucionalismo moderno, que são assim colocadas além das soluções positivas contingentes encontradas em cada um dos sistemas jurídico-constitucionais. Numa perspectiva comparatística privilegia-se a relação intersistemática que organizou cada um dos sistemas jurídico-constitucionais comparados entre *pesos e medidas*, segundo o espírito cientificista da época, que resulta, ainda agora, numa soma, necessariamente, nula. A relevância deste exercício comparatístico é cada vez mais evidente e relevante no espaço constitucional, afinal, um dos mais bem sucedidos transplantes jurídicos do Direito cosmopolita contemporâneo.

1. Direito Constitucional e Direito Comparado

A mesma relação com a alteridade constituinte, definidora da identidade, aponta para uma construção em comum do Direito Constitucional e do Direito Comparado. O ponto de partida comum é a ideia de *diferença* que, desde a identificação na Modernidade da *soberania* com os sistemas jurídicos, se encontra como o fundamento “ontológico” do Direito Constitucional e do Direito Comparado. Carl Schmitt construiu a identidade politicamente significativa na relação com a *diferença* pela qual se que converte a relação

com o “Outro” no fundamento de qualquer relação política – é a sua “*categoria política específica*”¹.

Uma comunidade política moldada por uma identidade comum privilegia a homogeneidade deliberativa em detrimento da promoção da relação com a *diferença*². Aliás, pelo que vai referido, nem teria razões para se preocupar com a inclusão dos seus membros e, por isso, as relações com os *outros* foram, durante muito tempo, uma questão de relações interestaduais, enquanto a ideia de uma comunidade humana foi desprezada. No entanto, não sendo possível a homogeneidade comunitária total, mais ainda, contemporaneamente, em comunidades cada vez mais plurais, abertas ao mundo e relacionadas pela integração socioeconómica à escala da *globalização*, foram surgindo dentro do Estado constitucional as “*lutas de reconhecimento*” (*Kampf um Anerkennung*)³ na integração das minorias nos processos deliberativos ainda, em larga medida, na disponibilidade da regra da maioria. É, pois, um novo processo de “representação” comunitária que distingue a *singularidade da diferença* na identidade coletiva e que recusa a ignorância da *diferença* evitando que esta se converta em “invisibilidade social”⁴.

2. O Direito Comparado Constitucional

A natureza constitutiva da diferença é o ponto de partida comum ao Direito Comparado e ao Direito Constitucional para a construção metodológica do Direito Constitucional Comparado.

¹ Segundo o poema de Daübler, “*Der Fein dist unsre eigne Frage als gestalt*” [“O Inimigo é a nossa própria pergunta quando se apresenta”, numa tradução livre] citado em Carl SCHMITT, *The Crisis of Parliamentary Democracy*, 1921, 1985, p. 3.

² Numa crítica radical da democracia representativa liberal a “democracia exige primeiro a homogeneidade e segundo – se houver necessidade – a eliminação ou erradicação da heterogeneidade”, Carl SCHMITT, *The Crisis of Parliamentary Democracy*, *op. cit.*, p. 4.

³ Axel HONNETH, *Kampf um Anerkennung. Zur moralischen Grammatik sozialer Konflikte*, Frankfurt a. M., Suhrkamp, 1994, *passim*.

⁴ Ralph ELLISON, *Homem Invisível*, Lisboa, Casa das Letras, 2006; José Luis Almeida GONÇALVES, “Invisibilidade e Reconhecimento: a construção da literacia moral em Pedagogia Social”, *Cadernos de Pedagogia Social*, nº 1, 2007.

2.1. A diferença constitutiva

É com base na evidência desta *pluralidade* e da *diferença*⁵ que Legrande procurou reconstruir o direito comparado num exercício hermenêutico (“*dé-marche herméneutique*”⁶) que responde aos desafios colocados pela mediação linguística do Direito à hermenêutica tradicional. Neste exercício, cabe ao comparatista procurar a semelhança e a diferença (“*the same and the different*”) sempre com referência ao contexto cultivado pelo culturalismo e mediado linguisticamente pela comunicação e os seus limites utilizando a técnica de desconstrução⁷. Imperativo, com Legrande, para esta reconstrução metodológica do Direito Comparado é reconhecer o potencial de distorção das próprias regras de comparação ao mover o comparador de “do modo descritivo para o modo prescritivo”⁸.

A consideração do papel do *Outro* na construção da identidade foi referida por Legrande ao trabalho de desconstrução da Derrida que permite ultrapassar qualquer limite diferenciador (*differentiated – differentiating*) na argumentação jurídica⁹, neste caso, entre o direito interno e o direito externo comparado. O Direito Comparado é assim construído como uma “categoria de direito nacional” de acordo com Thomas Coendet¹⁰, segundo a qual “o direito comparado enriquece o ponto de vista do direito nacional [e] permite a construção de novas teorias táticas ou a crítica de pontos de vista epistémicos ou táticos do direito nacional”¹¹. O exercício comparativo é, portanto, um exercício pragmático baseado na ambição de uma interpretação correta do argumento jurídico estrangeiro, não obstante a permanente consciência dos limites internos do argumento integrado no que o Autor, de forma mais

⁵ Pierre LEGRANDE, “The same and the different”, in Pierre Legrand e Roderick Munday (eds.), *Comparative Legal Studies: Traditions and Transitions*, Cambridge University Press, 2003, p. 254.

⁶ Pierre LEGRAND, “Comparer”, *Revue internationale de droit comparé*, vol. 48, nº 2, Abril-Junho de 1996, pp. 279-318, *maxime* 292.

⁷ Pierre LEGRANDE, “The same and the different”, *op. cit.*, p. 250.

⁸ Pierre LEGRANDE, “The same and the different”, *op. cit.*, p. 254.

⁹ Jacques DERRIDA, “Différance”, *Margins of Philosophy*, University of Chicago Press, 1982, pp. 3-27.

¹⁰ Thomas COENDET “Legal Reasoning: Arguments from Comparison”, *Archiv für Rechts und Sozialphilosophie*, vol. 102, nº 4, 2016, p. 493.

¹¹ *Idem*, pp. 494 e ss. A transubjetividade, segundo Coendet, não defende uma perspectiva estrangeira, mas a “transformação de um ponto de vista nacional numa perspectiva nacional, através do argumento comparativo”. Este é o momento determinante do exercício comparativo, segundo Coendet, quando o argumento do direito comparado é internalizado de forma definitiva, o que se afasta das receitas comparativas ou dos transplantes legais, marcando a passagem da ligação à comparação.

ampla, pretende que se construa como uma “paragramatologia jurídica”¹². Este é um exercício especialmente dirigido à argumentação jurídica levada a cabo pelos juízes, no pleno uso dos poderes hermenêuticos, mas que Coendet refere a vários participantes no diálogo judicial, juízes, partes, peritos externos nacionais e internacionais, e que se impõe cada vez mais aos ramos de poder separados na Constituição.

Esta intencionalidade especificamente jurídica dos estudos de direito comparado é a marca da reconstrução argumentativa do direito comparado baseada na mediação linguística da identidade construída sobre a relação com a alteridade¹³. Esta construção metodológica do Direito Comparado não se confunde com as técnicas usadas na formulação da comparação que suporta a formulação de um *argumento jurídico comparado* para qualquer uma das suas finalidades jurídicas específicas, em especial, epistemológicas ou adjudicativas¹⁴. Se o funcionalismo aplicado ao Direito Comparado teve a sua especial intenção na ambição da “engenharia social”, expurgada deste excesso metodológico é, ainda, uma relevante ferramenta na formulação de *argumento jurídico comparado* no quadro da reconstrução argumentativa do Direito que revela o lugar dos argumentos internalizados do Direito Comparado na argumentação jurídica¹⁵.

2.2. O argumento jurídico constitucional comparado

No cruzamento da reconstrução argumentativa do Direito Comparado com a universalização do Constitucionalismo Moderno identificam-se os *argumentos jurídicos constitucionais comparados* são relevantes na construção,

¹² Thomas COENDET, *Rechtsvergleichende Argumentation...*, *op. cit.*, pp. 128-132.

¹³ Mesmo a quebra entre o Autor e o texto não elimina, em Derrida não elimina a relevância da intencionalidade do Autor. Vide Jacques DERRIDA, *Limited Inc*, Northwestern University Press, 1988, p. 53, em resposta ao desafio de Searle, como descrito por Andreas VRAHIMIS, “The Intentionality of Speech Acts: A Confrontation between Ordinary Language Philosophy, Phenomenology, and Deconstruction?”, *International Journal of Philosophical Studies*, vol. 23, nº 4, 2015, pp. 584-594.

¹⁴ Ricardo Sousa da CUNHA, “O Argumento Jurídico Comparado para o Direito Plural”, in Ricardo Sousa da Cunha (coord.), *Direito Comparado Plural*, Braga, JusGov, 2021, pp. 1 e ss.

¹⁵ Segundo esta lição, interessa sempre considerar a função desempenhada pelas soluções jurídicas desenvolvidas para resolver um problema semelhante ou mesmo partilhado, ainda pela correta identificação dos elementos comuns da comparação, segundo uma nova metáfora - o “terceiro comparado”. Vide Ricardo Sousa da CUNHA, “O Argumento Jurídico Comparado para o Direito Plural”, *op. cit.*

diacrónica e sincrónica, de um Direito Constitucional Comparado. Aliás, a formulação do *argumento jurídico comparado constitucional* é especialmente decisiva na justiça constitucional. Peter Häberle acrescenta, aliás, os estudos de Direito Comparado aos elementos de interpretação jurídica de Savigny aplicados à hermenêutica constitucional na “sociedade aberta”¹⁶.

As ideias centrais do momento constitucional moderno foram tão relevantes à época quanto foram construídas posteriormente, de forma, em muitos casos, apócrifa, como os fundamentos *míticos* do constitucionalismo moderno tal como nos foi feito chegar. Estes “mitos” desempenham, ainda hoje, uma *função* sistemática que se permite, a partir dos fundamentos metodológicos aqui propostos, organizar os estudos de Direito Constitucional Comparado. Interessante é verificar como, por sucessivas apropriações, sínteses e inovações, o resultado atual é tão mais complexo, por vezes contraditório, do que aquele originalmente pensado pelos pais fundadores do constitucionalismo Moderno. Os mitos fundadores do Constitucionalismo desempenharam, argumentativamente, um “lugar “metodológico”¹⁷ que serviu os propósitos revolucionários do tempo, como, ainda hoje, desempenham uma função “retórica” decisiva na legitimação do exercício do poder¹⁸. Ora, as ideias fundamentais, feitas mitos fundadores do Constitucionalismo Moderno, são também comparáveis, como referência à *função* que desempenham no quadro de um sistema jurídico-político de limitação/controlo jurídico do exercício do poder, em conjunto resultando numa soma zero. Outros *argumentos jurídicos constitucionais comparados*, construídos com base na *função* que desempenham no Direito Constitucional Moderno, agora feitas *mitos* fundadores, quiçá apócrifos, merecem, igualmente, referência: separação de poderes, contrato social, poder constituinte, mandato representativo e, mais recentemente, a legalidade constitucional. No entanto, na comparação da *função* desempenhada por cada um dos elementos implicados na ideia polissémica da Constituição avulta ainda, aqui, o critério definido, originalmente, pelo artigo 16º da Declaração Universal do Direitos Humanos e

¹⁶ Peter HÄBERLE, “Grundrechtsgeltung und Grundrechtsinterpretation im Verfassungsstaat – zugleich zur Rechtsvergleichung als ‘fünfter’ Auslegungsmethode”, *Juristenzeitung*, 1989, pp. 913 e ss.

¹⁷ Pedro Bacelar de VASCONCELOS, *Teoria Geral do Controlo Jurídico do Poder*, Lisboa, Edições Cosmos, 1996, p. 88.

¹⁸ Sobre a relevância Constitucional dos mitos fundadores ver Paulo Ferreira da CUNHA, *Constituição, direito e utopia: do jurídico-constitucional nas utopias políticas*, Coimbra, Coimbra Editora, 1996.

do Cidadão, com referência a *um texto escrito*, que consagra o *princípio da separação de poderes* e a *proteção de Direitos Fundamentais* – sem os quais este artigo comina que nenhum Estado poderá reclamar ter uma Constituição.

2.3. O Constitucionalismo universalizado

O exercício aqui empreendido parte do “universalizável” constitucionalismo¹⁹ que, quando perspectivado intersistematicamente, como nos estudos de Direito Comparado, deve resultar numa *soma-zero*²⁰, variável em função das comparáveis reservas de cada uma das funções estaduais. A construção de Pedro Bacelar de Vasconcelos do “controlo como *parábola* do poder”²¹ revela-se também particularmente sugestiva para os estudos jus-comparados constitucionais. A revelação de um padrão argumentativo comparado em que a *parábola* (o controlo) se abre e fecha a partir do ponto invisível, que é *foco*, mas inevitavelmente tende para uma linha paralela à *diretriz* (ao poder), permite a construção de um modelo para a identificação das *semelhanças* e *diferenças* no Direito Constitucional Comparado. As alterações na parábola (controlo) “oferece-lhe a oportunidade reflexiva de captar o mundo que muda que transforma e ajustar-se a imprevistas circunstâncias”²². Neste exercício, as diferentes modalidades de controlo (inclusivamente social) implicadas no controlo jurídico do poder impõem a reconstrução funcionalista da interdisciplinaridade dirigida a garantir a “adaptação ao ambiente”. É sempre necessário considerar na reconstrução das condições, também comparadas, de controlo do poder que “funcionalmente, um mesmo facto poderá, assim, revestir consequências sujeitas a valorizações opostas consoante os setores sociais onde sejam consideradas”²³.

¹⁹ Bruce ACKERMAN, “The Rise of World Constitutionalism”, *Va L Rev*, vol. 87, 1997, pp. 773 e ss.

²⁰ Esta perspectiva da divisão de poder como uma soma nula é mais interessante numa perspectiva comparatística que valoriza a divisão do poder, independentemente da soma a cada momento resultante, do que de uma perspectiva interna constitucional, que, através de relações de *cooperação* e não necessariamente de *competição* entre os poderes separados pela Constituição. Para todas estas perspectivas *vide* James H. READ, “Is Power Zero-Sum or Variable-Sum? Old Arguments and New Beginnings”, *Political Science Faculty Publications*, vol. 4, 2012.

²¹ Pedro Bacelar de VASCONCELOS, *Teoria Geral do Controlo...*, *op. cit.*, pp. 235 e ss.

²² Pedro Bacelar de VASCONCELOS, *Teoria Geral do Controlo...*, *op. cit.*, p. 238.

²³ Pedro Bacelar de VASCONCELOS, *Teoria Geral do Controlo...*, *op. cit.*, p. 237.

3. A ideia de Constituição comparada

Esta *ideia* de Constituição foi a primeira “exportação” (ou o primeiro transplante de direito comparado) levado a cabo pelo movimento revolucionário da codificação, como em Portugal, alguns suplicavam a Napoleão uma “Constituição com a da cidade de Varsóvia”²⁴.

3.1. A Constituição como documento escrito

A Constituição enquanto documento escrito é produto do seu tempo imbuído do espírito da “codificação” que animava o constitucionalismo revolucionário, assim, transformada na primeira exportação comparada.

3.1.1. A codificação foi o projeto político do liberalismo revolucionário que expressou a preferência revolucionária pela maior certeza e segurança jurídica do texto codificado, legitimado democraticamente, e pela redução do juiz à “boca da lei”, o poder nulo, que a Escola Histórica do Direito preferia como melhor expressão da cultura jurídica do “espírito do povo”²⁵. A recusa da organização do poder no *Ancient Regime* é a primeira linha orientadora do poder liberal revolucionário que favoreceu a ação da burguesia comprometida e a maior certeza e segurança jurídica da codificação contra o desenvolvimento jurisprudencial do Direito no quadro do pluralismo jurídico vigente ainda, por exemplo, no século XVIII português. O movimento *codificador* de inspiração revolucionária constitucional-liberal é, por isso, ainda hoje, a expressão mais visível de um fenómeno de permanente tensão entre soluções jurídico-políticas: certeza e mudança. A codificação pelo legislador revolucionário no Código Civil das regras de interpretação desenvolvidas por Savigny é o exemplo paradigmático de uma irónica apropriação histórica (transplante).

Este um projeto político universalizou-se, como a Constituição, primeiro por toda a Europa por via das invasões francesas, depois por todo

²⁴ António Manuel HESPANHA, “O Constitucionalismo Monárquico Português. Breve Síntese”, *História constitucional: Revista Electrónica de História Constitucional*, nº 13, 2012, pp. 477 e ss.

²⁵ Joana Aguiar e SILVA, *Para uma teoria hermenéutica da justiça: Repercussões Jusliterárias no Eixo problemático das Fontes e da Interpretação Jurídicas*, Coimbra, Almedina, 2011, p. 139.

o mundo pelo colonialismo ultramarino das potências europeias. A partir da redução a escrito na Constituição da limitação do poder e alicerçado no exemplo legitimador do *Corpus Iuris Civile*, para a aprovação do Código Civil, o esforço codificador liberal foi estendido ao Código Penal (segundo o princípio *nullum crimen sine lege*) e ao Direito Fiscal pela mais estrita interpretação do princípio da legalidade (*no taxation without representation*). É muito significativo o exemplo da influência do *Code Civil* francês no Código Civil português de 1867 (de Seabra) e, por essa via, nos Códigos Cíveis de diferentes Estados emergentes da descolonização portuguesa. De forma mais imediata e direta, o Código Civil português foi aplicado no que era na altura considerado território português ou sob administração portuguesa, identificando-se aqui uma modalidade de *transplante imposto* externamente. Esta imposição não era total porque foi sendo garantida, tácita ou expressamente, a existência de regimes jurídicos pessoais²⁶ que permitiam a manutenção de normações próprias, por exemplo, em matérias como o direito da família e das sucessões, e que permitiu a manutenção até hoje de diferentes exemplos jurídicos plurais nos Estados de língua portuguesa – por exemplo, o barlaque no casamento em Timor-Leste.

3.1.2. A especificidade da realidade brasileira revelou uma renovada tensão entre o movimento codificador liberal e a Escola Histórica do Direito na “viagem” da ideia da codificação do direito civil para o Brasil, sob a forma do Código Civil brasileiro. O projeto de Teixeira de Freitas preferia a tentativa à adaptação à realidade do “espírito do povo” brasileiro, como era a preocupação típica da Escola Histórica do Direito, e nisso se afirmava também uma crítica à solução do Código de Seabra, aprovado em Portugal em 1867, pelos primeiros juristas brasileiros formados longe da Metrópole. No entanto, este projeto e um novo Código Civil que refletisse o espírito do povo brasileiro não chegou a ver, definitivamente, a luz do dia. Depois de discutido

²⁶ Relativamente à presença colonial portuguesa, estes estatutos seriam o reverso da discriminação prevista nas diferentes modalidades de estatuto jurídico dos “indígenas” (*Estatuto Político, Social e Criminal dos Indígenas de Angola e Moçambique*, de 1926, o *Ato Colonial* de 1930, a *Carta Orgânica do Império Colonial Português e Reforma Administrativa Ultramarina*, de 1933 e o *Estatuto dos Indígenas Portugueses das Províncias da Guiné, Angola e Moçambique*, aprovado pelo Decreto-lei de 20 de Maio de 1954) até que foi abolido em 1961. Sobre esta questão *vide* Maria Paula G. MENESES, “O ‘Indígena’ Africano e o Colono ‘Europeu’: a construção da diferença por processos legais”, *e-cadernos CES*, nº 7, 2010, pp. 68 e ss.

durante anos um projeto com milhares de artigos, este projeto acabou por ser abandonado e acabado por levar à aprovação em 1916 do Código Civil de Clóvis Beviláquia, com pendor mais tradicional europeu continental²⁷.

3.1.3. A codificação também não é totalmente estranha ao sistema jurídico comparado *common law* inglês desde a sua origem no início medieval, em especial a partir da limitação de natureza constitucional do poder régio pela Magna Charta, de 1215, a favor dos vassallos, numa reminiscência medieval da competição vertical dos poderes separados, da *Bill of Rights*, em 1688, depois da *Petition of Rights*, de 1628, em ambos os casos com claras reminiscências de uma competição entre poderes separados horizontalmente pela Constituição, no caso o Parlamento representativo e o executivo real. No sistema jurídico comparado *common law* norte-americano, são vários os exemplos, históricos, da competição vertical entre poderes separados entre o Estado Federal e os Estados federados, desde os *Federalist Papers*, passando pelo exemplo da afirmação dos poderes de cunhagem federal de moeda, como da competição horizontal pelo exemplo mais evidente da limitação judicial do poder legislativo no seminal *Marbury v. Madison*. No referido caso *Chevron*, a competição horizontal entre o poder executivo e o judicial na interpretação legislativa, envolve todos os poderes separados na Constituição. Naturalmente, estas duas linhas cruzam-se na limitação judicial do poder dos Estados pela interpretação constitucional do Supremo Tribunal, em vários exemplos referidos, desde o *Civil Rights Act*, até mais recente reversão do *Roe v. Wade*.

3.2. Os transplantes legislativos

A codificação anda no Direito Comparado intimamente ligada ao problema dos transplantes jurídicos, neste caso legislativos. O Código de Seabra vigorou em Portugal até 1966, mas vigora ainda hoje em Goa, por decisão soberana na sucessão do Estados na sequência do fim da presença portuguesa

²⁷ Entre outros, Ulisses da Silveira JOB, “Os Filhos dos Oitocentos: o Romantismo, a Escola Histórica do Direito, Savigny e os seus reflexos na codificação civil portuguesa de Seabra e brasileira de Teixeira de Freitas”, in Ricardo Sousa da Cunha (coord.), *Direito Comparado Plural*, Braga, JusGov, 2021, pp. 35 e ss.

na Índia em 1961, o que evidencia como a *sucessão de Estado* é um dos exemplos de aplicação de normas estrangeiras, neste caso já não imposto, mas um *transplante voluntário* por decisão soberana do Estado sucessor. Além do caso da vigência contemporânea do Código Civil de Seabra, já revogado em Portugal, em Goa que é território de um Estado soberano estrangeiro, outro exemplo de sucessão de Estados são bem sugestivos.

Em Timor-Leste, a restauração em 20 de Maio de 2002 da independência originalmente declarada em 1975 levou à necessidade de definir o ordenamento jurídico subsidiariamente vigente enquanto o mais novo estado da Comunidade de Países de Língua Oficial Portuguesa (CPLP) e do século XX não aprovasse a sua própria legislação. A previsão constitucional, que no artigo 165º estabelece a aplicação do Direito anterior a 20 de Maio de 2002, não esclarece se esta solução se refere à legislação indonésia resultante de uma ocupação nunca reconhecida juridicamente, mas vigente de facto por via da ocupação, ou à legislação portuguesa, seja de 1975 no momento da colonização ou de 2002 no momento da independência, enquanto potência reconhecida internacionalmente como responsável pelo exercício do direito de autodeterminação dos timorenses. O Tribunal de Recurso preferiu a segunda opção²⁸, mas em resposta a esta posição o legislador ordinário aprovou legislação (Lei nº 10/2003, de 20 de Novembro), estranhamente adjetivada de interpretativa (porque certamente não o poderia ser da Constituição, uma vez que esse exercício está vedado ao legislador ordinário) no sentido de determinar a aplicação subsidiária do Direito indonésio – tendo o Tribunal de Recurso escolhido não questionar a constitucionalidade desta solução. O Parlamento Nacional preferiu a *certeza e segurança jurídica* com a promoção *voluntária* da sobrevivência da legislação indonésia de facto vigente em 2002, apesar de se tratar da legislação do ocupante violento contra o qual se tinha levantado a luta de independência nacional. Este transplante também não é total, uma vez que se mantém sempre o crivo constitucional na aplicação da legislação subsidiária – razão pela qual se entende dever distinguir a

²⁸ Decisão do Tribunal de Recurso, de 15 Julho de 2003, no processo 3/2002 (Armando dos Santos), no qual o Tribunal se referiu a uma anterior decisão de um Tribunal Norte-Americano do *District of Columbia*, que aplicou a legislação portuguesa na ação civil de dois cidadãos timorenses contra um general indonésio. Sobre esta questão ver o detalhado relatório da *Justice Sector Monitoring Programme*, disponível em <http://jsmp.tl/wp-content/uploads/2012/05/Report-on-the-Court-of-Appeal-Decision-in-the-Case-of-Armando-dos-Santos-2003.pdf> [18.03.2020].

vigência do direito subsidiário da sua mera *aplicabilidade* no preenchimento hermenêutico das lacunas do ordenamento jurídico.

Daqui se evidencia como os transplantes jurídicos, em especial, os transplantes legislativos são, muitas vezes, expressão das condições políticas internas, que procuram soluções estrangeiras de maior prestígio, pelo menos, tanto quanto da pressão politicamente orientada externa²⁹. Pelo que vai dito, seria também particularmente interessante a consideração do *procedimento constituinte comparado*, no espaço lusófono, que levou às soluções positivas comparadas. As condições originais, por exemplo, no quadro de também comparáveis condições para a sucessão de Estados seguiu a um igualmente um comparável processo de descolonização.

3.3. A Constituição como norma comparada

As Constituições escritas originais não foram pensadas como normas, uma vez que a aprovação das Leis ainda se encontrava reservada em absoluto aos parlamentos, segundo o *princípio da soberania parlamentar*. Na verdade a primazia parlamentar foi reforçada pelo *princípio da representação popular* na base do projeto político das Revoluções Liberais, em especial da Revolução Francesa.

A afirmação do *princípio da constitucionalidade* deu-se, além do texto constitucional originalmente codificado, de mãos dadas com a afirmação da garantia judicial da Constituição, num difícil processo que apenas na segunda metade do século XX se consolidou definitivamente em todo o mundo³⁰. Originalmente, a questão da hierarquia constitucional foi referida à “decisão histórica” da *US Supreme Court* dos EUA³¹, segundo a qual a Corte afirmou a jurisdição para controlar da constitucionalidade dos atos legislativos do Congresso em período de ainda exacerbado *princípio da soberania parlamentar* típico do liberalismo britânico. Constituições formais revolucionárias, como a americana (1776) ou as francesas (a partir de 1791)

²⁹ Ricardo Sousa da CUNHA, “O Argumento Jurídico Comparado...”, *op. cit.*, pp. 1 e ss.

³⁰ André Salgado MATOS, *A fiscalização administrativa da constitucionalidade. Contributo para o estudo das relações entre Constituição, lei e administração pública no Estado social de Direito*, Coimbra, Almedina, 2004, pp. 100 e ss.

³¹ Case *Marbury v. Madison* case 5 U.S. (1C) 137 (1803).

ou mesmo as Constituições monárquica alemãs, nada definiram em relação ao seu valor hierárquico legal, assumindo principalmente o papel de declarações proclamatórias. Em Portugal, ainda em 1790, os tribunais estavam legalmente proibidos de controlar a constitucionalidade das leis.

Esta solução jurídica, desenvolvida na decisão *Marbury v Madison* da *US Supreme Court*, viajante por todo o mundo pelo Direito Comparado, teve, ela própria, uma inspiração comparada com base no caso *Dr. Bonham*³² do subsistema jurídico comparado *Common Law* inglês, que pela primeira vez afirmou o controlo judicial da legislação. O poder constituinte revolucionário lidou facilmente com as isenções do poder prerrogativo e da soberania parlamentar, no quadro do emergente princípio da separação de poderes, reservas que ainda hoje se mantêm, por exemplo, em França, e que em Portugal vigoraram muito além da previsão constitucional do controlo jurisdicional da constitucionalidade das leis, na Constituição de 1911, por influência Americana via a Constituição Brasileira de 1891.

Esta realização do Direito Constitucional é feita, pois, pelos poderes separados pela Constituição num contexto de competição pela definição competencial da lei aplicável. A afirmação da Constituição como norma é apenas o ponto de partida para a construção do Direito Constitucional Comparado, mesmo que, necessariamente, não esgote a realidade jurídica constitucional (*in action*) sobre a qual os estudos de Direito Comparado podem incidir. É especialmente relevante, no caso do Direito Constitucional, como a *indeterminação normativa* abre diferentes soluções hermenêuticas, para as quais, o Direito Comparado é um instrumento hermenêutico especialmente relevante. Por isso, a *justiça constitucional* é, também expressão de soluções jurídicas comparadas que “viajam” através dos mesmos argumentos, como se viu, pela referência de Häberle que acrescenta o direito comparado aos elementos de interpretação jurídica de Savigny aplicados à hermenêutica constitucional na “sociedade aberta”³³ na formulação do *argumento jurídico comparado constitucional* que é especialmente decisiva no caso da justiça constitucional.

³² Case *Thomas Bonham v College of Physicians*, Court of Common Pleas (1610), 8 Co. Rep. 107.

³³ Peter HÄBERLE, “Grundrechtsgeltung...”, *op. cit.*, pp. 913 e ss.

Já se confirmou também a relevância dos argumentos jurídicos comparados em matéria constitucional a propósito da *argumentação consequencial comparada* que desde a origem dos processos de fiscalização da constitucionalidade das leis orienta o *princípio da hierarquia normativa* sob a Constituição³⁴. Mesmo a ambição de qualquer sistema normativo “construir sentido” através de relações normativas de pertinência não é imune aos argumentos de direito estrangeiro, assim, introduzidos pelo Direito Comparado na “tradução” de uma cada vez mais presente e relevante relação entre sistemas jurídicos comparados³⁵. É aqui também decisiva, comparatisticamente, a consideração do fundamento *material*, poder-se-ia dizer político-constitucional, mesmo no caso das decisões judiciais, protegido por esta argumentação jurídica que viaja pelo Direito Comparado, neste caso consequencial, mas outros tipos de argumento poderiam certamente ser identificados³⁶. É também aqui expressão da integração do *argumento jurídico comparado* e dos *tipos* de argumentação jurídica comparada nos processos internos de deliberação, no caso dos transplantes jurídicos – aqui, não apenas legislativos, mas também judiciais.

4. A separação de poderes comparada

São diversas as *semelhanças* e as *diferenças* que, assim, se afirmam desde a previsão dos vários textos constitucionais até ao seu desenvolvimento hermenêutico.

4.1. A organização descentralizada do Estado comparada

Um dos mais interessantes resultados dos estudos jurídico-comparados são as *semelhanças* e as *diferenças* que se afirmam na organização do poder

³⁴ Ricardo Sousa da CUNHA, “A argumentação jurídico-constitucional comparada sobre hierarquia normativa”, *e-BLJ*, ano 3, 2020, pp. 178 e ss.

³⁵ André Rufino VALE, *Argumentação Constitucional - Um estudo sobre a deliberação nos Tribunais Constitucionais*, Coimbra, Almedina, 2016, pp. 134 e ss.

³⁶ Como em Timor-Leste se apontou à proteção do fundo petrolífero, no caso da UE poderia ser referido à defesa do Mercado Interno e no caso Norte-Americano à referida construção do sistema constitucional de pesos e medidas. *Vide* Ricardo Sousa da CUNHA, “A argumentação jurídico-constitucional comparada...”, *op. cit.*, pp. 178 e ss.

político segundo o *princípio da separação de poderes*, em especial no que se refere ao sistema de governo.

4.1.1. Historicamente, a separação de poderes teve uma dimensão vertical (territorial), como ensinava Barbosa de Melo, em Portugal, ao feudalismo medieval, e, ainda hoje, se pode encontrar em Estados federais ou no processo de integração da União Europeia (UE). Mas esta dimensão comparada foi, historicamente, e ainda o é hoje, construída também de forma horizontal. Na Idade Média, o desenvolvimento do sistema jurídico comparado do *Common Law of the Land* procurou unificar o exercício do poder em nome do Rei conquistador Normando, Guilherme I, a partir de 1061, através do poder judicial, a expensas das autonomias soberanas dos reinos Celtas pré-existentes, numa dimensão vertical do princípio da separação de poderes. Este movimento é ainda hoje sentido nos sistemas jurídicos consuetudinários, onde estruturas tradicionais de poder convivem com as estruturas de poder Estadual-formal. São especialmente relevantes os casos apontados nos sistemas jurídicos lusófonos, em especial na relação com as estruturas do poder local, como se verá. A competição entre os diferentes poderes separados pela Constituição tende à competição hegemónica, mesmo que com um resultado sempre nulo, que são facilmente expressos no desenvolvimento dos sistemas jurídicos comparados exemplificados pelos estudos de Direito Comparado.

4.1.2. Um dos desafios mais relevantes comuns aos legisladores dos países da CPLP nos últimos anos prende-se com esta divisão territorial do poder como se tem visto a propósito da implementação das autoridades governamentais locais, dada a história partilhada de presença colonial e descolonização.

No início do século XX, todos os países de língua oficial portuguesa tinham municípios para a sua organização territorial. Mesmo o contexto de cada uma dessas realidades não obsta à procura de semelhanças e diferenças na resposta a problemas que são comuns ou semelhantes. Melo Alexandrino identifica um princípio de diferenciação precisamente a partir da reforma legal da administração colonial de 1869³⁷. Atualmente, todos os Estados

³⁷ José Melo ALEXANDRINO, “No centenário da fundação da cidade do Huambo: a institucionalização do poder local em Angola”, 2012, disponível em <http://www.fd.ul.pt/LinkClick.aspx?fileticket=0qBm9m9FO18%3d&tab>

consagram nas suas respetivas constituições a obrigação do governo central de legislar sobre formas de autoadministração pelo povo a nível local, numa forma de descentralização que é simultaneamente administrativa e política. Portugal, Brasil, Cabo Verde, São Tomé e Príncipe e Moçambique já instituíram organizações formais de governo local, enquanto Timor-Leste, Angola e Guiné-Bissau estão ainda em vias de o completar. Portugal e o Brasil têm uma história suficientemente sólida de municípios que não devem ser referidos sob o princípio do gradualismo. A Guiné-Bissau ainda não implementou estruturas de governo local.

No cumprimento deste mandato constitucional, os demais países em desenvolvimento da CPLP, Países Africanos de Língua Oficial Portuguesa (PALOP) e Timor-Leste, favoreceram o *princípio do gradualismo*, ainda que em diferentes modalidades. O gradualismo pode referir-se à criação de todos ou apenas alguns dos municípios, independentemente do grau territorial, *ab initio* ou gradual, e pode também ser utilizado para determinar gradualmente a relação entre a administração central e local, em particular os termos da transferência de poderes, competências ou recursos, ou a determinação da intensidade do controlo. A tensão é evidente na maioria dos países na implementação gradual pragmática do que é um mandato constitucional único para uma descentralização igual para todo o território nacional³⁸.

4.1.3. Um dos exemplos comuns aos países lusófonos, nomeadamente aos PALOP e Timor-Leste, é a relação destas instituições formais de governo local com a forma tradicional de governo. As práticas costumeiras ancestrais conduzem a formas de organização (do exercício do poder) por vezes pouco aceites pelo Estado constitucional formal, nomeadamente no que diz respeito à falta de representatividade e a diferentes formas de discriminação, muito especialmente a discriminação de género. Contudo, estas práticas consuetudinárias assistiram a um ressurgimento, particularmente após a transição para regimes democráticos, compreensível considerando o incremento de legitimidade que trazem aos processos democráticos deliberativos formais

id=331 [14.11.2020].

³⁸ Ricardo Sousa da CUNHA, “A descentralização territorial em Timor-Leste”, in AAVV, *Estudos em homenagem ao Professor Doutor António Cândido de Oliveira*, Coimbra, Almedina, 2017, pp. 973 e ss.

ainda embrionários. No caso dos PALOP, este processo teve lugar, em geral, após um período de proximidade com regimes de inspiração soviética que tinham apoiado a luta pela libertação nacional, mas esse processo terminou com a queda do Muro de Berlim. No caso de Timor-Leste, este mesmo período de transição terminou com a restauração da independência em 2002, após a ocupação indonésia.

As soluções existentes são bastante diferenciadas - enquanto o poder tradicional foi formalmente integrado no poder local em Angola, as organizações tradicionais não estão formalmente integradas nas autoridades de poder local em Timor-Leste, mas incluem formas de representação democrática sob a forma de “sucos” que fazem parte da administração pública, assumindo a natureza jurídica de “associações públicas”, ao abrigo da Lei nº 9/2016, de 8 de julho, excluindo assim a participação dos partidos políticos para assegurar a sua contínua ligação ao direito consuetudinário. Em Moçambique, a crescente relevância das organizações tradicionais foi também sentida na tentativa de integrar formalmente estas estruturas no seio do Estado pelo Decreto do Conselho de Ministros nº 15/2000, de 20 de junho, revogado pelo Decreto do Conselho de Ministros nº 35/2012, de 5 de outubro. O poder tradicional encontra-se numa situação ambígua, sem proteção constitucional e desproteção aberta do poder indígena relevante na Guiné-Bissau, sendo muito menos relevante nos outros Estados da CPLP.

4.2. O sistema de governo comparado

Entre as soluções jurídico-comparadas mais interessantes no espaço do Direito em língua portuguesa, parte da doutrina aponta o sistema de governo *semipresidencial* como um “padrão Constitucional Lusófono”³⁹, considerando que é o sistema de governo seguido em Portugal, Cabo Verde, Guiné-Bissau e Timor-Leste. Não será tão linear esta conclusão, considerando que inegavelmente no Brasil vigora um sistema de governo presidencialista, de influência norte-americana, seguido, apesar das diferenças e da discussão na doutrina, em Angola e Moçambique.

³⁹ Gomes CANOTILHO, *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*, Coimbra, Almedina, p. 607; e Jorge Bacelar GOUVEIA, *As Constituições dos Estados lusófonos*, Lisboa, Aequitas/Editorial Notícias, 1993.

A possibilidade de, com parte da doutrina, se construir o sistema de governo *semipresidencial* como uma matriz da organização do poder político na Lusofonia parte da sua divulgação numa maioria dos Estados da CPLP, como o sistema de governo seguido em Portugal, Cabo Verde, Guiné-Bissau e Timor-Leste. O padrão semipresidencial lusófono tem, no entanto, uma muito bem identificada origem, desde que foi batizado por Duverger com base na experiência da Constituição Francesa, onde se exigem três elementos essenciais para um sistema de governo se poder caracterizar semipresidencial: a) Presidente da República (PR) eleito por sufrágio universal, b) PR com poderes consideráveis, c) Primeiro-Ministro (PM) e Governo com mandato dependente do Parlamento⁴⁰. O traço essencial definidor do sistema de governo semipresidencial é a eleição universal e direta do Presidente da República e do Parlamento⁴¹.

Os diferentes tipos de semipresidencialismo dependem, no entanto, da avaliação feita das relações estabelecidas pelos dois eixos de relações de dependência política entre os diferentes órgãos de soberania⁴². Tradicionalmente, nos sistemas semipresidenciais, o Governo não tem legitimidade democrática direta, mas apenas indireta, pela dependência política do Parlamento (de cujos resultados eleitorais emana e perante o qual responde em permanência através da aprovação ou da não recusa do programa de governo, sessões de perguntas, moções de censura ou de confiança) e do PR, que também controla politicamente a ação do Governo, na sua constituição e destituição e, quotidianamente, entre outras formas, pelo exercício do direito de veto ou promulgação dos diplomas legais. São diferentes as variações do sistema de Governo semipresidencial, em diferentes ordenamentos jurídico-constitucionais, com opções de traços mais presidenciais, de gabinete ou parlamentaristas⁴³. Os poderes de direção política do PR são mais ricos, por

⁴⁰ DUVERGER, *Échec au Roi*, Paris, Albin Michel, 1978, *passim*.

⁴¹ Jorge Reis NOVAIS, *Semipresidencialismo – Teoria do sistema de governo semipresidencialista*, vol. I, Coimbra, Almedina, 2007, p. 95.

⁴² Pedro Bacelar VASCONCELOS e Ricardo Sousa da CUNHA, “Semipresidencialismo em Timor: Um Equilíbrio Institucional Dinâmico Num Contexto Crítico”, in Marina Lobo e Octavio Amorim Neto, *O Semipresidencialismo Nos Países de Língua Portuguesa*, Lisboa, Instituto Ciências Sociais da Universidade de Lisboa, 2009, pp. 231-260.

⁴³ Em Portugal, em especial após a revisão constitucional de 1982, revela-se a evolução de um sistema de governo que, apesar de não ser geneticamente puro, foi também tido, precisamente, por semipresidencialista. No entanto, a limitação dos poderes presidências de direção política, nomeadamente na iniciativa de escolha do governo, revelando um sistema de governo dualista tido como “presidencialista-parlamentarista”. Cf. Gomes CANOTILHO e Vital MOREIRA,

exemplo, em França, onde o PR pode presidir ao Conselho de Ministros e tem maior margem de manobra na escolha do Primeiro-Ministro e na constituição do Governo, do que em Portugal ou em Timor-Leste, onde o PR se encontra mais estritamente vinculado aos resultados eleitorais na constituição do Governo e onde não pode presidir ao Conselho de Ministros.

Em termos jurídico-constitucionais comparados, o PR, em Portugal, confrontou-se com a formação de uma governo que excluía o partido mais votado, nas eleições legislativas de 2015, reproduzindo-se problema comparável com aquele experimentado em 2007 num comparável sistema de governo semipresidencial como o timorense. A solução encontrada foi, não só comparável, como a mesma, em ambos os casos, o PR observando a vontade da maioria parlamentar, mesmo que em Portugal se tenha nomeado um Governo dirigido pelo PM indigitado pelo partido mais votado, em homenagem ao princípio democrático, ao passo que em Timor-Leste o PR indigitou o PM com apoio parlamentar maioritário⁴⁴.

Entre as *finalidades* prosseguidas na escolha de determinado sistema de governo, a doutrina tem apontado, no espaço lusófono, como o sistema de governo semipresidencial tem garantido maior sucesso em situações de transição democrática, como aconteceu em Timor-Leste ou em Portugal⁴⁵. Este sucesso pode ser imputado ao seu potencial *inclusivo*, pelo qual diferentes maiorias da população encontram representação em qualquer um dos titulares dos órgãos de governo, considerando a formação de diferentes maiorias parlamentares e presidenciais⁴⁶. Esta *funcionalidade* típica do sistema de Governo semipresidencial não deixa, no entanto, de ser um relevante traço para o estudo e implementação jurídico-comparada dos diferentes sistemas de Governo no constitucionalismo lusófono.

Os poderes do Presidente da República, Coimbra, Coimbra Editora, 1991. Por outro lado, de há muito que se aponta o consenso difuso na Assembleia Constituinte que reclamava a eleição universal e direta do Presidente da República, que funcionaria, de igual forma, como fator de “racionalização” do (re)emergente parlamentarismo, justifica a sua caracterização como “parlamentarismo racionalizado”. Cf. Jorge MIRANDA e Jorge Pereira da SILVA, *Constituição da República Portuguesa*, Lisboa, Principia, 2006, p. 17.

⁴⁴ Ricardo Sousa da CUNHA, “A Prática Constitucional do Semi-presidencialismo Timorense na nomeação Presidencial do Primeiro-Ministro”, in Júlio Tomas Pinto (org.), *Mais Votado Versus Aliança Para Uma Maioria Parlamentar: Interpretasaun Konstituisaun e Interesses Políticos ba Formasaun IV Governo Konstitusional*, Agosto 2007”, Díli, 2009, pp. 99 e ss.

⁴⁵ Pedro Bacelar VASCONCELOS e Ricardo Sousa da CUNHA, ‘Semipresidencialismo em Timor...’, *op. cit.*, pp. 231 e ss.

⁴⁶ Ricardo Sousa da CUNHA, “A Alteridade na prática Constitucional Timorense” ..., *op. cit.*, pp. 10 e ss.

5. O regime de Direitos Fundamentais a comparar

Como se viu já também, os catálogos de Direitos Fundamentais estão na base do constitucionalismo e das Constituições Modernas, desde a Declaração Universal dos Direitos do Homem e do Cidadão, mesmo que, originalmente, fosse a sua natureza extraconstitucional, como *Bill of Rights*, que lhes garantia a primazia jurídica hierárquica, apenas mais tarde estendida ao restante texto constitucional.

5.1. A ideia dos Direitos Fundamentais

Antes de serem normas, os direitos fundamentais eram já uma “ideia no pensamento dos Homens”⁴⁷. O seu berço no *cosmopolitismo clássico* foi originalmente afirmado pelos filósofos Gregos, na Antiguidade Clássica. Hípias afirmou num discurso a Sócrates e Prótágoras relatado por Platão: “Meus senhores, aqui presentes, creio eu que todos são aparentados, familiares e concidadãos – por natureza e não por lei”⁴⁸. Mas foi o cínico Diógenes quem, pela primeira vez, se proclamou “cidadão do mundo” (*Kosmou Polītēs*)⁴⁹ em termos que se parecem, ainda hoje em dia, reconhecer em grande parte das atuais preocupações cosmopolitas do Direito. O *Iluminismo* tratou a ideia de “Humanidade” como fundamento de um projeto cosmopolita com ambição normativa e colocou a ideia de igualdade na base do Moderno Direito Constitucional. Kant descobriu na “inscrição satírica numa estalagem holandesa, sobre cujo sinal foi pintado um túmulo” os alicerces do projeto *Paz Perpétua*, dirigido ao “final de todas as hostilidades, de tal forma que, inclusivamente a palavra perpétua redundaria num pleonasmo duvidoso”.

A ideia da igualdade entre todos os indivíduos está na base do regime constitucional de Direitos Fundamentais. É este o lastro filosófico racionalista, em particular desenvolvido pelo pensamento do século das Luzes, que conduziu, desde a *Magna Charta* (1215) em Inglaterra, à Revolução Liberal

⁴⁷ Vieira de ANDRADE, *Direitos Fundamentais*, Coimbra, Almedina, 1987, p. 13.

⁴⁸ PLATÃO, *Protágoras*, tradução, introdução e notas de Ana da Piedade Elias Pinheiro, Lisboa, Relógio D'Água, 1999, p. 113.

⁴⁹ Diógenes LAÉRCIO, *Vida de los Filósofos más Ilustres*, livro VI, linha 63, tradução e prólogo de José Ortiz y Sanz e José M. Riaño, Editorial Porrúa, 1991, p. 149.

inglesa de 1688, e posteriormente inspirou a Declaração de Independência Norte-Americana de 1776 e a Revoluções Francesa de 1789. A transição para o constitucionalismo que ambas assinalam marca o entendimento segundo o qual é a sociedade, contratualmente construída, que fundamenta a construção do Estado no sentido de assegurar a satisfação de necessidades coletivas e a realização das liberdades individuais, em particular garantidos na Declaração Universal dos Direitos do Homem e do Cidadão, de 1789, e na Constituição Americana de 1776. Neste sentido, os Direitos Fundamentais procederam à validação material, axiológica ou ética das emergentes comunidades politicamente organizadas “sob” a Constituição, orientando o ideal comunitário de justiça.

5.2. A igualdade universalizada

A ideia de *igual* dignidade humana é o fundamento da “consciência axiológico-jurídica”, que alicerçada nos “princípios jurídicos fundamentais” e norteia a construção moderna dos catálogos constitucionais de direitos fundamentais, constituindo-se, ainda hoje, muitas vezes como o critério integrativo das lacunas nos regimes de tutela destes, numa dimensão filosófica jusnaturalista, em especial renascida no pós-Segunda Guerra Mundial. No mesmo período, alicerçado no mesmo movimento estimulado pelos horrores da barbárie das duas Grandes Guerras do século XX uma outra perspectiva atual acerca dos Direitos Fundamentais acentua a sua dimensão internacionalista. Dos escombros do pós-guerra, brotou a ideia da necessidade de assegurar a proteção jurídica de “elementares considerações de humanidade”, na formulação que o Tribunal Internacional de Justiça deu à norma *ius cogens*. Assim se assistiu à aprovação da Carta das Nações Unidas em 1945, complementada pela Declaração Universal dos Direitos Humanos, de 1948 e pelo Pacto Internacional dos Direitos Cíveis e Políticos e dos Direitos Económicos, Culturais e Políticos em 1966. Diferentes fenómenos de integração regional aprovaram documentos próprios na proteção dos direitos fundamentais na América, na Europa e na África.

Tem-se assistido a um progressivo desenvolvimento de proteção a nível internacional de Direito Fundamentais. Algumas destas normas podem mesmo ser consideradas como tendo natureza de *ius cogens* assim se impond

a toda a ação Estadual. O “contributo da noção de *ius cogens* para o desenvolvimento progressivo do Direito Internacional”⁵⁰ tem permitido identificar diversas normas inderrogáveis de Direitos Internacionais que, em matéria de Direitos Fundamentais se podem referir à *proibição da tortura* considerada, tanto pelo Comité dos Direitos do Homem, como pelo ICTY⁵¹, bem como a *proibição de execução judicial de menores de idade* como um outra norma de Direito Internacional, com valor *ius cogens*⁵², como se verá em maior detalhe.

5.3. A função comparada do regime de proteção dos Direitos Fundamentais

Os estudos de Direito Comparado em matéria de Direitos Fundamentais revelam as muitas semelhanças e diferenças aqui enunciadas a propósito dos regimes de Direitos Fundamentais no Direito Constitucional Comparado. É a partir desta consideração de *semelhanças e diferenças* no regime de tutela de Direitos Fundamentais que se pode perspetivar a *função* (também *mítica e retórica*, mas aqui argumentativamente jurídica) desempenhada no quadro de cada sistema jurídico comparado. A partir desta *função* formulam-se divergentes *argumentos jurídicos comparados* em torno da tutela comparada dos Direitos Fundamentais.

A construção dos regimes de Direitos Fundamentais a partir da original ideia de *igualdade formal* complexificou-se com a realização social do indivíduo típica de uma *igualdade material* emergente, em especial, a partir do século XX em diversos espaços comparados. Entre a previsão de catálogos de Direitos Liberdades e Garantias e de Direitos Económicos, Sociais e Culturais emergem, nos estudos de Direito Comparado, disputas entre a preferência dos sistemas jurídicos comparados ocidentais pela tutela dos primeiros e dos segundos nos sistemas jurídicos não ocidentais, a partir de diferentes mundivisões individualistas a ocidente, em especial a oriente.

⁵⁰ Nguyen Quoc DINH *et al.*, *Droit International Public*, 7ª ed., Paris, L.G.D.J., 2002, p. 207.

⁵¹ *Prosecutor v. Furundžija*, International Criminal Tribunal for the Former Yugoslavia, 2002, 121 *International Law Reports* 213 (2002).

⁵² The Michael Domingues Case: Report on the Inter-American Commission on Human Rights, Report n.º 62/02, Mérito, Case 12.285 (2002).

Neste exercício argumentativo comparado, a revalorização da específica construção normativa dos textos constitucionais em matéria de Direitos Fundamentais, promovida com a reafirmação metodológica da *norma*⁵³, potencialmente também como ponto de partida para estes estudos jurídico-comparados, não esgota o Direito e, nessa medida, não esgota também o seu objeto de estudo⁵⁴.

6. Conclusões preliminares

A mesma relação com a *diferença* constitutiva da identidade constrói em comum do Direito Constitucional e do Direito Comparado. As *semelhanças* e *diferenças* foram aqui meramente enunciadas a partir da relação entre sistema jurídico-constitucionais, cujas variações resultam sempre numa soma-zero, baseadas na previsão codificada, um dos primeiros exemplos de transplantes legislativos comparados modernos. No entanto, também o desenvolvimento destas soluções positivas se faz, cada vez mais, com base na centralidade das ferramentas do Direito Comparado na hermenêutica constitucional, como afirma Peter Häberle.

Metodologicamente, o ponto de partida para a proposta aqui encetada de edificação de um Direito Constitucional Comparado será ainda a *função* comparatística desempenhada pelas ideias fundadoras, alguns construídos como verdadeiros mitos constitucionais, mesmo que por apropriações várias, algumas apócrifas. Entre as ideias constitucionais fundadoras do constitucionalismo revolucionário pode contar-se o conceito original de Constituição construído pelo artigo 16º da Declaração Universal dos Direitos do Homem e do Cidadão que é aqui usado para organizar alguns exemplos constitucionais comparados.

Perspetivado a partir da *função* contextual e sistemática desempenhada pelas suas *ideias* fundadoras, o Constitucionalismo moderno liberta-se do enunciado normativo positivado o que permite, mais facilmente, reconstruir a norma vigente, não apenas *in the books* como mesmo *in action*. A relevância

⁵³ Por todos, Riccardo GUASTINI, *Interpretare e argomentare*, Milano, Giuffrè, 2011, *passim*.

⁵⁴ Ricardo Sousa da CUNHA, "O Argumento Jurídico Comparado...", *op. cit.*, pp. 1 e ss.

crescente do *argumento jurídico comparado constitucional* é aqui documentada por vários os exemplos, desde a previsão constituinte positiva até à sua interpretação como norma paramétrica, passando pelas soluções propostas na organização do poder político segundo o princípio da separação de poderes e pelo regime dos Direitos Fundamentais. Este é apenas um mosaico exemplificativo que deixa em aberto muitas outras pistas de investigação.

Naturalmente, este exercício é mais facilmente verificado em espaços cujos estudos macro-comparatísticos se encontrem mais desenvolvidos. O espaço do constitucionalismo comparado lusófono é um fértil campo de estudo, como aqui se enunciou em muitos exemplos, mas que deixou em aberto ainda muitas outras propostas de investigação futuras.

Afinal, esta foi a memória da partilha que inspirou a homenagem de amizade que, com saudade, aqui se recorda.