



José António Martins Lucas Cardoso

# A DIMENSÃO CULTURAL DO ESTADO

*Contributo para uma análise dos direitos e deveres culturais na  
Constituição da República Portuguesa*

Volume I

Dissertação para Doutoramento em Direito

2013

• U • C •



UNIVERSIDADE DE COIMBRA

José António Martins Lucas Cardoso

# ***A DIMENSÃO CULTURAL DO ESTADO***

*Contributo para uma análise do Estado cultural e dos direitos e deveres culturais na  
Constituição da República Portuguesa*

Volume I

Tese de Doutoramento em Direito,  
na especialidade de Ciências Jurídico Políticas,  
orientada pelo *Professor Doutor* José Joaquim Gomes Canotilho e  
apresentada à Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra

Julho de 2013

A presente dissertação foi elaborada com o apoio financeiro da  
*Fundação para a Ciência e a Tecnologia*

*Einsamkeit und Freiheit.*

WILHELM VON HUMBOLDT, *Sobre la organización interna y externa de los establecimientos superiores en Berlin*, in *Escritos políticos*, trad. castelhana de Wenceslao Roce, México D. F., Fondo de Cultura Económica, 1943, p. 165.



# Sumário



## Sumário

O Estado, modelo de organização das comunidades humanas na modernidade, tem uma génese cultural na medida em que foi erguido sobre um abstracto humano e territorial culturalmente delimitado: a *nação*. Apesar do vocábulo *nação* ser um dos conceitos dotados de maior grau de indeterminabilidade em toda a enciclopédia jurídica, a doutrina reconhece-lhe de modo pacífico as características da existência de uma matriz cultural típica e da homogeneidade das pessoas que a integram. O conceito de *nação* desenvolveu-se segundo duas matrizes ideológicas diversas, étnico-cultural assente no ideal teutónico da pureza raça, e electivo-cultural, fundada sobre os pressupostos francófonos do legado de memórias e do desejo de união da comunidade.

O *Estado* como forma de organização política surgiu com a *Paz de Westefália* e foi erguido, em regra, como estrutura jurídica de cada uma das nações europeias, de quem herdou o legado cultural, mas apesar do carácter promissor desta genética comum nem sempre o poder político manteve uma pressuposta relação de cumplicidade com o fenómeno cultural durante a modernidade. A *cultura*, antónimo de *natura* e portanto apanágio do espírito e do engenho humano, é um conceito polissémico que abrange a *cultura em sentido antropológico* ou *civilização*, identificadora do modo dos povos viverem e de se relacionarem, e a *cultura em sentido humanista* ou *cultura*, que consiste no conjunto de actividades humanas referentes ao domínio do conhecimento, nomeadamente arte e ciência. A *cultura*, como qualquer fenómeno social, é relevante para o ordenamento jurídico de uma comunidade humana.



A modernidade revelou, no entanto, uma multiplicidade de variáveis no relacionamento entre *Estado, Direito e cultura*, desde a instrumentalização da *cultura* pelo Estado absoluto, à reivindicação liberal da *autonomia da cultura* como prelúdio da *liberdade* humana, ao anátema da *cultura* nos primórdios do Estado social, apesar do proclamado desiderato de valorização do económico do social e do cultural, até à reabilitação da *cultura* numa fase de aperfeiçoamento do Estado que mantém uma vocação social, embora haja mitigado os procedimentos de realização de prestações.

Se a Teoria do Estado nunca deixou de acompanhar numa perspectiva analítica a dinâmica das relações entre poder político e cultura, a Ciência do Direito também não poderia ignorar este fenómeno social e, mesmo sem empregar o termo *cultura*, as Constituições foram progressivamente regulando matérias de âmbito cultural, desde logo o ensino. O crescimento quantitativo e qualitativo das matérias culturais nos textos constitucionais motivou a formulação do conceito doutrinário de *Constituição cultural*, complementar das sedimentadas Constituições política, económica e social, permitindo assim ao Direito Constitucional regular na plenitude os fenómenos sociais pela integração no seu quadro normativo das relações estabelecidas no contexto de qualquer dos quatro sub-sistemas sociais interactivos, assim como nos respectivos intercâmbios.

A *Constituição cultural portuguesa* que, é reconhecida pela comunidade jurídica além-fronteiras como impressionante na dedicação que presta às questões culturais, está organizada numa dinâmica pentagonal que compreende as perspectivas de *liberdade, solidariedade, dever, acervo e tarefa*. Concretizando este modelo, é possível delimitar a *Constituição cultural portuguesa* nos seguintes termos. A cultura (i) como *liberdade* incorpora as liberdades *de criação* intelectual, nomeadamente artística e científica, que compreendem a invenção, produção e divulgação da obra, abrangendo ainda a protecção

legal dos direitos de autor, a liberdade *de transmissão* (ensinar) e a correlativa liberdade *de assimilação* (aprender) culturais, a liberdade *de criação de escolas particulares e cooperativas*, a *autonomia universitária* e ainda a liberdade *de participação democrática no ensino*. A cultura (ii) como *solidariedade* compreende o direito *de acesso à criação cultural*, nomeadamente artística e científica, o direito *à educação*, e o direito *à fruição cultural*. A cultura (iii) como *dever* comporta o direito-dever *dos pais de educação dos filhos*, o dever *de todos preservarem, defenderem e valorizarem o património natural e cultural* e o dever *de algumas associações e fundações colaborarem com as entidades públicas na prossecução das suas tarefas culturais*. A cultura (iv) como *acervo*, compreende os *símbolos nacionais* e o *património natural e cultural* do Estado Português. A cultura (v) como *tarefa* das entidades públicas abrange uma panóplia de actividades de âmbito cultural cuja prossecução está a cargo do Estado e de outras entidades públicas visando o escopo da *realização da democracia económica, social e cultural* na sua plenitude.

A análise da *Constituição cultural portuguesa* permite assinalar um conjunto de *princípios modeladores* das normas que a incorporam e que contribuem para identificar uma ideologia que lhe está suprajacente, plasmada nos princípios da *dignidade humana*, da *liberdade*, da *democracia*, da *solidariedade* e da *neutralidade*.



# **Abstract**



## **Abstract**

The State, being the model of organization of human communities in modernity, has its cultural genesis in the fact that was built on the essence its people and territorial are culturally bounded: the *nation*. Although the word nation is one of the concepts that provides a greater degree of indeterminacy in any legal encyclopedia, authors recognize in a peacefully way, singularities features of the existence of a cultural matrix and homogeneity typical of the people that are part of it. The concept of the *nation* has been developed accordingly to two different ideologies, one based on ethno-cultural ideal of the pure Teutonic race, and, the other one, based on the elective-cultural, founded on assumptions of the Francophone legacy of memories and the desire to unite the community.

The *State* as a form of political organization that arose with the *Westefália Peace* and was established as a rule, as the legal structure of each of the European nations, from whom has inherited the cultural legacy, but despite the promising nature of this common genetic not always the political power has maintained the expected relationship of complicity with the cultural phenomenon during modernity. The *culture*, opposite of *nature* and therefore the attribute of the spirit and of the human ability, is a polysemic concept that includes encompasses the *culture in the anthropological sense* or *civilization*, identifying the way people live and interact with themselves, the *culture in the humanistic sense* or *culture*, that consists in the set of human activities related to the field of knowledge, namely art and science. The *culture*, like any social phenomenon, is relevant to the legal system of a human community.

Modernity has revealed, however, a multiple of different kinds of relationships between *State*, *Law* and *culture*, from the manipulation of *culture* by the absolute State, the claim of liberal *autonomy of culture* as a prelude to human *freedom*, anathema to the *culture* at the beginning of the Welfare State, despite the proclaimed wish for the appreciation of the economic of the social and cultural values, to the rehabilitation of the *culture* in the improvement phase of the state that up keeps a social vocation, although there is mitigated procedures for the provision of services.

Once the State theory has never ceased to keep an analytical perspective the dynamics of the relationship between political culture and the Science of Law, could not ignore this social phenomenon and, even without use of the word *culture*, the Constitutions were progressively regulating issues of scope cultural, such the education. The growth of quantitative and qualitative of cultural issues in constitutional texts led to the formulation of doctrinal concept of *cultural Constitution*, supplement of sedimented political, economic and social Constitutions, allowing the Constitutional Law to fully regulat social phenomena by integrating in its normative relations established in the context of any of the four social interactive sub-systems, as well as the respective exchanges.

The *cultural portuguese Constitution* that is recognized by the legal community across borders as impressive dedication in providing cultural issues, is organized in a dynamic pentagonal comprising the prospects of *freedom*, *solidarity*, *duty*, and *task*. Materializing this model it is possible to identify the *cultural portuguese Constitution* as a whole. The culture as (i) *freedoms* incorporates freedom of intellectual *creation*, including artistic and scientific comprising the invention, production and dissemination of the work includes also the legal protection of copyright, freedom of *transmission*

(teaching), the correlative freedom *assimilation* (learning), freedom *to create private and cooperative schools, university autonomy* and also the freedom *to participate democratic in the education*. The culture (ii) as *solidarity* includes the right *of access to cultural creation*, including artistic and scientific, the right *to education* and the right *to cultural enjoyment*. The culture (iii) a *duty* includes the right and duty *of parents to children's education*, the duty *of everyone to preserve, defend and enhance the natural and cultural heritage* and the duty *of some associations and foundations collaborate with the authorities in pursuit of their tasks cultural*. The culture (iv) as a *collection*, includes the *national symbols* and the *natural and cultural heritage* of the Portuguese State. Culture (v) the *task* of public authorities covers a range of cultural activities under whose pursuit is the responsibility of the State and other public bodies aiming the scope of the realization of economic democracy, social and cultural in its fullness.

The analysis of the *portuguese cultural Constitution* allows signalize a set of principles that regulate the rules that incorporate and contribute to identify an ideology that is overlying and is molded on the principles of *human dignity, freedom, democracy, solidarity* and *neutrality*.





# Introdução



## 1. *Estado e cultura: uma relação congénita não assumida*

*Vi sono fenomeni sociali che, per la rilevanza e l'influenza nei confronti dei fini e della organizzazione dello Stato, costituiscono, tramite la tutela giuridica che viene loro imposta, altrettante prospettive di qualificazione dello stesso ordinamento statale; fenomeni quali religione, l'economia, etc., danno luogo a specifiche e differenti qualificazioni dello Stato a seconda dell'atteggiamento che questo assume nei loro riguardi: ed in tal modo nei confronti del fenomeno religioso si parla di Stato laico o confessionista, nei confronti del fenomeno economico di Stato collettivista o liberista o ad economia controllata (...). Analogamente, la cultura appare fenomeno di tale vastità ed importanza (...) che la sua regolazione da parte dell'ordinamento statale si riflette anch'essa in una particolare qualificazione.*

ENRICO SPAGNA MUSSO, *Lo Stato di cultura nella Costituzione italiana*, Napoli, Morano Editore, 1961, p. 14/15

### 1.1. A génese cultural do *Estado*: a *nação*

A recordação do percurso da modernidade<sup>1</sup> permite verificar que o modelo por excelência de organização das comunidades humanas nesta fase da História, que a astúcia de NICCOLÒ MACCHIAVELLI identificou pelo termo *Estado*<sup>2</sup>, foi erguido

<sup>1</sup> Sobre as características da modernidade, ROMANO GUARDINI afirma que enquanto “para o homem medieval ciência representa exclusivamente a procura do que na autoridade das fontes é tido como verdade, já na segunda parte do século XIV e especialmente no século XV ocorre uma alteração. O conhecimento dirige-se directamente para a realidade das coisas. Deseja ver com os próprios olhos, demonstrar com a sua própria inteligência, atingir uma opinião criticamente fundamentada, independente de padrões anteriores. Isto vale para a natureza: e assim aparecem a experiência e a teoria racional da Idade Moderna. Vale para a tradição: e assim aparece a crítica humanista e a ciência da História, agora fundada sobre outras fontes. Vale para a vida da sociedade: assim aparece a concepção de Estado e o Direito da Idade Moderna. A ciência separa-se da unidade de vida e de obra até aqui determinada pela religião e constitui-se a si própria como domínio autónomo da cultura”, *O fim da Idade Moderna – Em procura de uma orientação*, trad. portuguesa de M. S. Lourenço, Lisboa, Edições 70, 2000, p. 33/34; cfr. ainda DIOGO FREITAS DO AMARAL, *História do Pensamento Político Ocidental*, Coimbra, Livraria Almedina, 2012, p. 111 e ss.

<sup>2</sup> O termo *Estado* foi utilizado original e originariamente por NICCOLÒ MACCHIAVELLI com objectivo de identificar toda e qualquer comunidade politicamente organizada independentemente do regime político vigente (república ou principado), cfr. NICCOLÒ MACCHIAVELLI, *O Príncipe*, trad. portuguesa de Carlos Soveral, Lisboa, Guimarães Editores, 1997, v. g., p. 11. Apesar do espírito polémico, e neste caso interessado, de MACCHIAVELLI, o conceito de *Estado* (cuja origem etimológica, o termo latino *status*, significa *ordem*) foi acolhido pacificamente pela doutrina e nem os seus maiores críticos à época, FRIEDRICH VON PREUSSEN (*O Anti-Maquiavel*, trad. portuguesa de Carlos Soveral, Lisboa, Guimarães Editores, 2000, v. g., p. 14) e ERASMUS ROTERDAMUS (cfr. DIOGO FREITAS DO AMARAL, *História do Pensamento Político Ocidental*, p. 131 e ss.), contestam a bondade do termo. Sobre este assunto, cfr. ainda, selectivamente, LUÍS CABRAL DE MONCADA,

sobre um substrato humano e territorial culturalmente delimitado: a *nação*<sup>3</sup> ou, na expressão de JORGE MIRANDA, “a nação, passado do Estado, pode vir a ser o seu projecto”<sup>4</sup>. Com efeito, celebrada a *Paz de Westefália* com as consequentes desagregação, em termos definitivos, do *Sacro Império Romano Germânico*, no plano temporal, e cessação da autoridade do Papa, no plano espiritual<sup>5</sup>, os *Estados* emergentes no novo mapa geopolítico europeu foram, por regra, edificados como forma de organização política de cada uma das *nações* existentes no espaço europeu, “quer dizer, de uma comunidade histórica de cultura, assente em afinidades de espírito e de instituições e no sentimento de um destino comum”<sup>6</sup> que lhe conferiu homogeneidade<sup>7</sup>.

---

*Filosofia do Direito e do Estado – Parte Histórica*, vol. I, Coimbra, Coimbra Editora, 1955, p. 102, e JORGE MIRANDA, *Manual de Direito Constitucional*, tomo I, *Preliminares. O Estado e os sistemas constitucionais*, Coimbra, Wolters Kluwer/Coimbra Editora, 2011, p. 73.

<sup>3</sup> Neste preciso sentido, LEÓN DUGUIT, *Manual de Derecho Constitucional*, trad. castelhana de José G. Acuña, Granada, Editorial Comares, 2005, p. 45, e FRANCISCO LUCAS PIRES, *O problema da Constituição*, in *Boletim da Faculdade de Direito de Coimbra*, Coimbra, Coimbra Editora, 1970, p. 399. “Conforme a sua origem etimológica (*nascor*), o termo *Nação* foi utilizado na Idade Média com um significado bastante preciso, para designar aqueles grupos humanos dotados de uma origem comum (...), origem que apontava a existência de uma possível linhagem de sangue”, a constatação é feita por JESÚS PRIETO DE PEDRO, *Cultura, culturas y Constitución*, Madrid, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2004, p. 110; cfr. *infra*.

<sup>4</sup> JORGE MIRANDA, *Sobre a noção de povo em Direito Constitucional*, in AAVV., *Estudos de Direito Público em honra do Professor Marcello Caetano*, Lisboa, Ática, 1973, p. 212; o autor acrescenta ainda, “em suma: a nação condiciona indiscutivelmente o Estado, mas, em contrapartida, não age senão através do Estado”, *idem*, p. 213.

<sup>5</sup> Referimo-nos aos *Tratados*, assinados em *Münster* (30 de Janeiro de 1648) e em *Osnabrück* (24 de Outubro de 1648), que consumaram a denominada *Paz de Westefália* e que assinalaram o fim da *Guerra dos Trinta Anos*; sobre este assunto, cfr., selectivamente, JORGE MIRANDA, *Manual de Direito Constitucional*, tomo I, p. 80, FERNANDO M. MARIÑO MENÉNDEZ, *Derecho Internacional Público – Parte General*, Madrid, Editorial Trotta, 1999, p. 23 e ss., JEAN CARPENTIER e FRANÇOIS LEBRUN (org.), *Histoire de l'Europe*, Paris, Éditions du Seuil, 1992, p. 236 ss., ROGÉRIO G. EHRHARDT SOARES, *Direito Administrativo*, Coimbra, policopiado, s/d (mas 1996), p. 17, JEAN BÉRENGER, PHILIPPE CONTAMINE, YVES DURAND e FRANCIS RAPP, *História Geral da Europa*, vol. II, trad. portuguesa de Álvaro Salema, Lisboa, Publicações Europa América, 1996, p. 378, e FRANCIS FUKUYAMA, *A Construção de Estados – Governação e Ordem Mundial no século XXI*, trad. portuguesa de F. J. Azevedo Gonçalves, Lisboa, 2006, p. 101.

<sup>6</sup> A expressão é de JORGE MIRANDA, *Sobre a noção de povo em Direito Constitucional*, p. 206.

<sup>7</sup> O conceito de *Estado* é seguramente o vocábulo mais trabalhado pela juspublicística em toda a modernidade e, em consequência, a bibliografia sobre o assunto é infinita; cfr., selectivamente, GEORG JELLINEK, *Teoría General del Estado*, trad. castelhana de Fernando de los Ríos, México D. F., Fondo de Cultura Económica, 2000, LEÓN DUGUIT, *Manual de Derecho Constitucional*, HERMANN HELLER, *Teoría del Estado*, trad. castelhana de José Luís Monereo Pérez, Granada, Editorial Comares, 2004, HANS KELSEN, *Teoría Geral do Direito e do Estado*, trad. portuguesa de Luís Carlos Borges, São Paulo, Livraria Martins Fontes, 1995, REINHOLD ZIPPELIUS, *Teoría Geral do Estado*, trad. portuguesa de A. Cabral de Moncada, Lisboa, Fundação Calouste Gulbenkian, 1984, PETER HÄBERLE, *El Estado Constitucional*, trad. castelhana de Héctor Fix-Fierro, México D. F., Universidad Nacional

*Estado e nação* ou *nação e Estado* são dois dos conceitos que GOMES CANOTILHO, no início da última década do século XX, ainda carregava no bernal onde transportava as “palavras viajantes” do constitucionalismo moderno<sup>8</sup>, isto é, os termos “que acompanharam, desde o início, a viagem do constitucionalismo”<sup>9</sup>. Contudo, já à época GOMES CANOTILHO advertia que os problemas que então se colocavam ao estudioso do *Direito Constitucional* e da *Ciência Política*, embora semelhantes aos típicos de um passado recente, surgiam agora “num contexto e espaço discursivos completamente diversos”<sup>10</sup>. Questionava ainda o autor: “qual o *instrumentarium*, o *corpus* teórico e o *discurso* dos juspublicistas para captarem as transformações e deslocções do “espaço político” nestes últimos vinte anos? E com que “espírito”, com que “alma”, com que “fé”, com que “pré-compreensão”, eles enfrentam os desafios de uma época que se pretende já não *moderna* mas sim *pós-moderna*? Terão chegado também ao campo do Direito público e, sobretudo, ao Direito Constitucional, novos “paradigmas”, novas “modas” e novos “saberes”<sup>11</sup>. Em síntese,

---

Autónoma de México, 2003, J. J. GOMES CANOTILHO, *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*, Coimbra, Livraria Almedina, 2003, p. 87 e ss., JORGE MIRANDA, *Manual de Direito Constitucional*, tomo III, *Estrutura Constitucional do Estado*, Coimbra, Coimbra Editora, 2010, DIOGO FREITAS DO AMARAL, *Estado*, in *Polis – Enciclopédia Verbo da Sociedade e do Estado*, vol. II, Lisboa, Verbo Editora, 1984, col. 1126 e ss., JORGE REIS NOVAIS, *Contributo para uma teoria do Estado de Direito – Do Estado de Direito liberal ao Estado social e democrático de Direito*, Coimbra, Coimbra Editora, 1987, ERNST FORSTHOFF, *Stato di Diritto in trasformazione*, trad. italiana de Carlo Amirante e L. Riegert, Milano, Giufreè Editore, 1973, e *El Estado de la Sociedad Industrial – El modelo de la República Federal de Alemania*, trad. castelhana de Luis López Guerra e Jaime Nicolás Muñiz, Madrid, Instituto de Estudios Políticos/Civitas, 1975, MANUEL GARCÍA-PELAYO, *Las transformaciones del Estado contemporáneo*, Madrid, Alianza Universidad, 1996, ANTÓNIO M. HESPANHA, *As vésperas do Leviathan – Instituições e poder político – Portugal – séc. XVII*, Coimbra, Livraria Almedina, 1994, e SIMONE GOYARD-FABRE, *Os princípios filosóficos do Direito político moderno*, trad. portuguesa de Irene A. Paternot, São Paulo, Livraria Martins Fontes, 1999. Sobre a questão da homogeneidade, cfr. *infra*.

<sup>8</sup> Cfr. J. J. GOMES CANOTILHO, *Direito Constitucional*, Coimbra, Livraria Almedina, 1993, p. 12 e ss., e já anteriormente *Direito Constitucional*, Coimbra, Livraria Almedina, 1991, p. 12 e ss.

<sup>9</sup> J. J. GOMES CANOTILHO, *ibidem*. Os demais conceitos apontados pelo autor neste contexto são *Constituição*, *Lei*, *Democracia*, *Direitos Humanos* e *Soberania*. Sobre “movimentos constitucionais e constitucionalismo”, cfr. do autor, mais recentemente, *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*, 2003, p. 49 e ss.; apenas citamos pontualmente duas edições anteriores do mesmo manual pela minúcia com que à época o autor trabalhou este assunto.

<sup>10</sup> J. J. GOMES CANOTILHO, *Direito Constitucional*, 1993, p. 11.

<sup>11</sup> J. J. GOMES CANOTILHO, *ibidem*.

segundo GOMES CANOTILHO, à época os artífices do Direito Constitucional – acerca dos quais depositamos de imediato a nossa declaração de interesses no sentido de sufragarmos uma concepção aberta que incorpore não apenas os órgãos do poder político no exercício das suas funções mas também os cidadãos e demais pessoas a quem a *Constituição da República Portuguesa* reconhece a titularidade de direitos fundamentais, nomeadamente as liberdades de consciência e de expressão<sup>12</sup> – hesitavam na busca do azimute mais adequado à prossecução da “viagem do constitucionalismo”<sup>13</sup> entre um trilho que era ainda predominantemente o da *modernidade*, que no entanto entrava em fase de declínio, e um novo modelo de sociedade no qual se começavam paulatinamente a infiltrar problemas desconhecidos ao jurista formado nesses quadros conceptuais.

---

<sup>12</sup> Sobre esta questão, PETER HÄBERLE, sustenta o livre acesso à Constituição pois esta “não [pode] limitar-se a ser unicamente um mero ordenamento jurídico como qualquer outro utilizado por juristas profissionais, susceptível de ser interpretado apenas por estes à luz de velhas regras ou de critérios técnicos talvez mais recentes, mas acima de tudo isso é essencialmente um fio condutor para uso de todo o cidadão leigo em leis e direitos. A Constituição é pois, sobretudo, expressão viva de um *status quo* cultural já alcançado que está em permanente evolução, um meio pelo qual o povo possa encontrar-se a si mesmo através da sua própria cultura; a Constituição é, finalmente, fiel espelho de herança cultural e fundamento de toda a esperança” (*Teoría de la Constitución como ciencia de la cultura*, trad. castelhana de Emilio Mikunda, Madrid, Tecnos, 2000, p. 145, *La sociedad abierta de los intérpretes constitucionales - Una contribución para la interpretación pluralista e procesal de la Constitución*, in *Retos actuales del Derecho Constitucional*, trad. castelhana de Xabier Arzo Santiesteban, Victoria-Gasteiz, I.V.A.P. – Instituto Vasco de Administración Pública, 1996, p. 15 e ss., *max.* 22 e ss., e *El Estado Constitucional*, p. 149 e ss.); enquanto ERNST FORSTHOFF “sublinha enfaticamente a função de estabilização da Constituição e, com isso, o carácter estático da sua interpretação. Enquanto lei, a Constituição estaria subordinada às regras de interpretação em vigor para as leis e seria assim “comprovável no seu sentido e controlável na sua execução”. As “regras de interpretação para as leis” seriam (...) os métodos de interpretação desenvolvidos por SAVIGNY. A lei não toleraria qualquer arbitrariedade dos processos de interpretação, mas seria, mediante uma tal arbitrariedade, negada ou dissolvida” (*Die Umbildung des Verfassungsgesetzes*, p. 51, *cit.* por KARL LARENZ, *Metodologia da Ciência do Direito*, trad. portuguesa de José Lamego e Ana de Freitas, Lisboa, Fundação Calouste Gulbenkian, 1989, p. 436), *cfr.* ainda *El Estado de la Sociedad Industrial*, p. 108/109. O nosso entendimento vai no sentido de serem intérpretes legítimos da Constituição *todos* aqueles que forem titulares de direitos fundamentais nos termos dos artigos 12.º, 14.º e 15.º da *Constituição da República Portuguesa (CRP)*, atendendo a um dos sub-princípios concretizadores do Estado de Direito Democrático consagrado na *CRP*: o *pluralismo de expressão e organização política democráticas* (artigo 9.º) e ainda aos direitos fundamentais da *liberdade de expressão* (artigo 37.º *CRP*), da *liberdade de consciência* (artigo 41.º *CRP*) e, apenas para os cidadãos portugueses, da *participação na vida política* (artigo 48.º *CRP*), embora, por motivos de certeza e de segurança jurídica, “não possa ser considerado pelo intérprete o pensamento legislativo que não tenha na letra da lei um mínimo de correspondência verbal, ainda que imperfeitamente expresso” (*cfr.* artigo 9.º, n.º 2, do *Código Civil*).

<sup>13</sup> *Cfr. supra.*

Neste contexto, na viragem do milénio, o jurista depara quotidianamente com fenómenos de interacção entre o *Estado* e novas formas de organização, quer das comunidades humanas, quer do poder político, entretanto idealizadas pelos politólogos, implantadas pelos governantes, consolidadas pela vivência humana e que podem ser descritas nos seguintes termos: por um lado, a integração em grandes espaços políticos e, ou, económicos *supra-estaduais*<sup>14</sup> e, por outro lado, as reivindicações autonomistas dos grupos *infra-estaduais*, quer territoriais<sup>15</sup>, quer corporativos<sup>16</sup>. Em movimento convergente com os *ataques externos* mencionados, o próprio *Estado-poder*<sup>17</sup>, que

---

<sup>14</sup> Conforme mencionado no texto, os dois maiores desafios com que se depara o *Estado* nos alvares do século XXI, independentemente de o identificarmos como *Estado-moderno*, *Estado-Nação* ou, noutra perspectiva, como *Estado Constitucional* (cfr. *infra*) são, por um lado, a integração em novas formas de organização política, sendo o exemplo mais visível a integração em grandes espaços políticos e/ou económicos *supra-estaduais* e, por outro lado, a reivindicação de crescimento da autonomia pelos grupos *infra-estaduais*. Quanto ao primeiro assunto, cfr., PHILIPPE MANIN, *Les Communautés Européennes et l'Union Européenne*, Paris, Pedone, 1997, FRANCISCO LUCAS PIRES, *Introdução ao Direito Constitucional Europeu*, Coimbra, Livraria Almedina, 1997, *Introdução à Ciência Política*, Porto, Universidade Católica, 1998, p. 77 e ss., e *Amesterdão – Do Mercado à Sociedade Europeia?*, Cascais, Principia, 1998, RICARDO MIGUEL LLOPIS CARRASCO, *Constitución Europea: un concepto prematuro*, Valência, Tirant lo Blanch, 2000, J. J. GOMES CANOTILHO, *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*, 2003, p. 90, e JOSÉ LUCAS CARDOSO, *Aspectos pluridisciplinares do projecto de Constituição europeia: os aspectos constitucionais*, in *Lusíada – Revista de Ciência e Cultura*, Direito, Lisboa, Universidade Lusíada Editora, n.º 3, Série II, 2005, p. 215 a 233.

<sup>15</sup> Quanto às pretensões autonomistas *intra-estaduais*, cfr. LIVIO PALADIN, *Diritto Regionale*, Padova, Cedam, 1985, ENRICO SPAGNA MUSSO, *Corso de Diritto Regionale*, Padova, Cedam, 1987, GUIDO MEALE, *Principi di Diritto Regionale*, Bari, Cacucci Editore, 1991, MARGARIDA SALEMA, *Autonomia Regional*, in J. MIRANDA (org.), *Nos dez anos da Constituição*, Lisboa, Imprensa Nacional Casa da Moeda, 1986, p. 213 a 224 e MANUEL ARAGÓN REYES e CÉSAR AUGUSTO RENEDO, *Los estatutos de autonomía regional en el ordenamiento português*, in J. MIRANDA (org.), *Perspectivas Constitucionais – Nos 20 anos da Constituição de 1976*, Coimbra, Coimbra Editora, p. 703 a 734.

<sup>16</sup> Cfr., selectivamente, ERNST FORSTHOFF, *Traité de Droit Administratif Allemand*, trad. francesa de Michel Fromont, Bruxelles, Bruylant, 1969, máx. p. 679 e ss., ROGÉRIO SOARES, *A Ordem dos Advogados - Uma Corporação Pública*, in *Revista de Legislação e Jurisprudência*, Coimbra, Coimbra Editora, ano 124.º, 1991/92, n.º 3807, p. 161 e ss., n.º 3809, p. 225 e ss., e n.º 3810, p. 267 e ss., DIOGO FREITAS DO AMARAL, *Curso de Direito Administrativo*, Coimbra, Livraria Almedina, 2006, vol. I, p. 423 e ss., VITAL MOREIRA, *Administração autónoma e associações públicas*, Coimbra, Coimbra Editora, 1997, p. 255 e ss. e *Auto-regulação profissional e administração pública*, Coimbra, Livraria Almedina, 1997, e JOSÉ LUCAS CARDOSO, *Autoridades administrativas independentes e Constituição – Contributo para o estudo da génese, caracterização e enquadramento constitucional da Administração independente*, Coimbra, Coimbra Editora, 2002, p. 427 e ss.

<sup>17</sup> Sufragamos a posição adoptada por DIOGO FREITAS DO AMARAL segundo ao qual existe um *Estado-poder* ou *Estado-aparelho*, por contraposição ao *Estado-comunidade*, que consiste no “conjunto de órgãos e governantes incumbidos de exercer o poder político numa comunidade nacional senhora de um território”, *Estado*, col. 1128/1129.



THOMAS HOBBS celebrizou sob a denominação *Leviathan*<sup>18</sup>, começou a verificar, cada vez com maior expressão, a propulsão, por uma *quinta coluna* que, por uma ou outra forma, sempre se manteve operacional no âmbito da sua comunidade, quando não no seu próprio aparelho, de alguns fenómenos de neutralização política<sup>19</sup> das suas funções soberanas clássicas e que simultaneamente colocaram em causa o *sacrossanto* princípio da tripartição *pura e dura* dos poderes de Estado<sup>20</sup>, como é o caso do *Provedor de Justiça*<sup>21</sup>, *órgão parlamentar independente*<sup>22</sup> que actua no âmbito da função política<sup>23</sup>, das *autoridades administrativas independentes*<sup>24</sup> ao nível da função

---

<sup>18</sup> THOMAS HOBBS elaborou o termo *Leviathan* para identificar o Estado absoluto, cfr. THOMAS HOBBS, *Leviathan ou Matéria, forma e poder de um Estado eclesiástico e civil*, trad. portuguesa de João Paulo Monteiro e Maria Beatriz Nizza da Silva, máx. cap. XVII e XVIII, disponível na internet em [www.dhnet.org.br/direitos/anthist/marcos/hdh\\_thomas\\_hobbes\\_leviatan.pdf](http://www.dhnet.org.br/direitos/anthist/marcos/hdh_thomas_hobbes_leviatan.pdf).

<sup>19</sup> A *neutralização política* de funções do Estado verifica-se sempre que os órgãos de condução política do mesmo Estado decidem subtrair certas atribuições desta pessoa colectiva ou competências dos seus órgãos à disponibilidade das maiorias políticas em cada ciclo eleitoral, fenómeno diverso dos casos de *neutralidade por natureza*, como, v. g., a função jurisdicional; assim no primeiro caso a independência é *suposta* ou *volitiva*, enquanto no segundo é *pressuposta* ou *cognitiva* porque inerente à própria natureza da função. O *poder neutro*, como poder abrangente de todo o sistema institucional do Estado, remonta ao *poder moderador*, ou *pouvoir royale*, concebido por BENJAMIN CONSTANT no âmbito do constitucionalismo da restauração (sobre este assunto, cfr. BENJAMIN CONSTANT, *De la liberté des Anciens comparée à celle des Modernes*, Paris, Charpentier et Compagnie – Libraires et Éditeurs, 1874, p. 17 e ss., máx. 18, J. J. LOPES PRAÇA, *Direito Constitucional Portuguez – Estudos sobre a Carta Constitucional de 1826 e Acto Adicional de 1852*, Coimbra, Coimbra Editora, 1997, vol. III, p. 182 e ss., e ZACARIAS DE GÓES E VASCONCELLOS, *Da natureza e limites do poder moderador*, Rio de Janeiro, Typographia Universal de Laemmert, 1862, máx. p. 18 e ss.), e foi recuperado no início do século XX por CARL SCHMITT; *El concepto de lo político*, in CARL SCHMITT (org.), *El concepto de lo político*, trad. castelhana de Rafael Agapito, Madrid, Alianza Editorial, 1998, p. 49 e ss., máx. 97 e ss., e *La era de las neutralizaciones y de las despolitizaciones*, in *El concepto de lo político*, p. 116/ 117; cfr. ainda JOSÉ LUCAS CARDOSO, *Autoridades administrativas independentes e Constituição*, p. 215 e ss. e autores aí citados.

<sup>20</sup> Segundo GIULIANO AMATO, “a tripartição de poderes a que nos sentimos vinculados não tem um valor absoluto mas reflecte a articulação institucional que se manifestou durante dois séculos em razão dos conflitos e dos consequentes equilíbrios políticos e sociais conseguidos”, *Autorità semi-independenti ed autorità de garanzia*, in *Rivista Trimestrale di Diritto Pubblico*, Milano, Giuffrè Editore, 1993, n.º 3, p. 662.

<sup>21</sup> Cfr., por todos, JOSÉ LUCAS CARDOSO, *A posição institucional do Provedor de Justiça - O Ombudsman entre a assembleia parlamentar, a administração pública e o cidadão*, Coimbra, Wolters Kluwer/Coimbra Editora, 2012, máx. p. 37 e ss.

<sup>22</sup> A expressão é de FRANCIS DELPÉRÉE, *Le médiateur parlementaire*, in ROBERT ANDERSEN (org.), *Le médiateur*, Bruxelles, Bryullant, 1995, p. 73.

<sup>23</sup> A função política tem origem na *prerrogativa* ou *poder federativo* identificado por JOHN LOCKE e “contém o poder de guerra e paz, de constituir ligas e alianças, bem como todas as transacções com todas as pessoas e comunidades externas à comunidade política, se se quiser pode ser chamado federativo”, *Dois Tratados do Governo Civil*, trad. portuguesa de Miguel Morgado, Lisboa Edições 70, 2006, p. 330, cfr. ainda p. 340 e ss.; sobre o conceito e o teor da função política, também designada por função política *strictu-sensu* ou função governativa, cfr., por todos, CHARLES LOUIS DE MONTESQUIEU, *Do*

administrativa<sup>25</sup>, para além do “dualismo legislativo”<sup>26</sup> que exprime a partilha, em maior ou menor medida, da função legislativa<sup>27</sup> do Estado entre Parlamento e Governo<sup>28</sup> ou então, na hipótese dos Estados unitários regionais, entre estes e os órgãos das comunidades ou regiões autónomas, consoante os casos, provocando a transformação do *dualismo* num fenómeno de “pluralismo legislativo”<sup>29</sup> que está associado aos movimentos autonomistas que têm vindo a conquistar progressivamente o seu *espaço* nos velhos *Estados-nação* europeus<sup>30</sup>.

---

*Espírito das Leis*, trad. portuguesa de Miguel Morgado, Lisboa, Edições 70, 2011, p. 305, JORGE MIRANDA, *Manual de Direito Constitucional*, tomo V, *Actividade Constitucional do Estado*, Coimbra, Wolters Kluwer/Coimbra Editora, 2010, p. 22 e ss., e MARCELO REBELO DE SOUSA, *Direito Constitucional I - Introdução à teoria da Constituição*, Braga, Livraria Cruz, p. 248.

<sup>24</sup> JOSÉ LUCAS CARDOSO, *Autoridades administrativas independentes e Constituição* e autores aí citados.

<sup>25</sup> Segundo JORGE MIRANDA, “através da função administrativa realiza-se a prossecução dos interesses públicos correspondentes às necessidades colectivas prescritas pela lei, sejam esses interesses da comunidade política como um todo ou interesses com os quais se conjugam relevantes interesses sociais diferenciados”, *Manual de Direito Constitucional*, tomo V, p. 29/30; cfr, ainda, selectivamente, JOHN LOCKE, *Dois Tratados do Governo Civil*, p. 330, HANS KELSEN, *Teoria Geral do Direito e do Estado*, p. 269, GEORG JELLINEK, *Teoria General del Estado*, p. 536 e ss., DIOGO FREITAS DO AMARAL, *Curso de Direito Administrativo*, vol. I, p. 25 e ss., e JOSÉ CARLOS VIEIRA DE ANDRADE, *Lições de Direito Administrativo*, Coimbra, Imprensa da Universidade de Coimbra, 2011, p. 26.

<sup>26</sup> A expressão é de JOSÉ CARLOS VIEIRA DE ANDRADE, *O ordenamento jurídico-administrativo português*, in *Contencioso Administrativo*, Braga, 1986, p. 54.

<sup>27</sup> CHARLES LOUIS DE MONTESQUIEU definiu a função legislativa como o poder de fazer leis, assim como de corrigir ou revogar as que foram feitas (*Do Espírito das Leis*, p. 305) que anteriormente definira como um instrumento necessário à paz social: “cada sociedade particular acaba por sentir a sua força, o que produz um estado de guerra entre as nações. Em cada sociedade, os particulares começam a sentir a sua força: procuram virar a seu favor as principais vantagens dessa sociedade, o que gera um estado de guerra entre eles. Estes dois tipos de guerra levam ao estabelecimento de leis entre os homens. Enquanto habitantes de um planeta tão grande, a ponto de ser necessária a existência de diferentes povos, têm leis respeitantes à relação que estes povos mantêm entre si: é o Direito dos Povos. Enquanto membros de uma sociedade que deve ser mantida, têm leis respeitantes à relação que aqueles que governam mantêm com os que são governados: é o Direito Político (*idem*, p. 132); cfr. ainda GOMES CANOTILHO, *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*, 2003, p. 634 e ss. e 649, JORGE MIRANDA, *Manual de Direito Constitucional*, tomo V, p. 27 e ss.

<sup>28</sup> Para uma análise da repartição da competência legislativa entre Parlamento e Governo, em vários sistemas políticos, cfr., por todos, J. M. SÉRVULO CORREIA, *Legalidade e autonomia contratual nos contratos administrativos*, Coimbra, Livraria Almedina, 1987, p. 33 e ss.

<sup>29</sup> Cfr. J. J. GOMES CANOTILHO, *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*, 2003, p. 696.

<sup>30</sup> Cfr. J. J. GOMES CANOTILHO, *Mal-estar da Constituição e pessimismo pós-moderno*, in *Lusitana – Revista de Ciência e Cultura*, Direito, Lisboa, Universidade Lusitana Editora, n.º 1, Série I, 1991, p. 62/63, e JOÃO LOUREIRO, *Da sociedade técnica de massas à sociedade de risco: prevenção, precaução e tecnociência – Algumas questões juspublicísticas*, in *Estudos em homenagem ao Professor Doutor Rogério Soares*, Coimbra, Coimbra Editora, 2002, p. 829/830.

A chegada dos ventos da *pós-modernidade*<sup>31</sup> à Ciência do Direito apontou aos navegantes deste ramo do saber, nomeadamente àqueles que se dedicam primacialmente à análise do fenómeno *Estado*, nomeadamente das relações jurídicas que com ele e no seu âmbito se estabelecem, o rumo adequado a enfrentar a fase da História que debutava em vários sectores da sociedade e em diversos campos do conhecimento<sup>32</sup>. Assim, no presente contexto, podemos afirmar com FRANCISCO LUCAS PIRES sobre um dos tipos de ataque ao Estado, talvez o mais visível, a integração em grande espaços políticos e/ou económicos, que “o equilíbrio entre unidade e pluralidade só é, pois, possível se as várias dimensões desta tensa relação entre o um e o múltiplo europeu forem sobretudo assumidas como “formações históricas” e “estados de consciência”, e se o Estado-nação puder ser visto como uma etapa mais, não contra mas a caminho de outras formas mais avançadas da história e da cultura. Daí que o processo de equilíbrio

---

<sup>31</sup> Segundo ANTÓNIO M. HESPANHA, “o pós-modernismo representa, em geral, uma reacção contra as tendências generalizadoras e racionalizadoras da “modernidade”, ou seja, da época da cultura europeia que, desde o Iluminismo até ao cientismo triunfante (...) da nossa época da cultura, crê, por um lado, que o nível mais adequado para conhecer e organizar é o geral, o global, e que, por outro lado, esse conhecimento e essa organização são progressivos e aditivos, representando vitórias sucessivas sobre a irracionalidade e a desordem. Os seus valores centrais são, portanto, a generalidade e a abstracção, a racionalidade, a planificação e a hétero-disciplina, a funcionalidade. A reacção pós-modernista dirige-se contra tudo isto. Ao geral opõe o particular; ao gigantismo do “grande” opõe a beleza do “pequeno” (*small is beautiful*); à eficácia da perspectiva macro opõe a subtileza da perspectiva micro; ao sistema opõe o “caso”; à hétero-regulação a auto-regulação; ao funcional opõe o lúdico; ao objectivismo opõe o subjectivismo; à “verdade” opõe a “política” (o “testemunho, o “compromisso””, *Panorama histórico da cultura jurídica europeia*, Lisboa, Publicações Europa-América, 1998, p. 246. Sob outro prisma, um dos autores pioneiros na abordagem genérica da problemática da *pós-modernidade*; BARRY SMART, sustenta que “o conceito de pós-modernidade é empregado em três sentidos distintos, ou seja: (i) para remeter para diferenças, mas através de uma relação de continuidade, com a modernidade capitalista, (ii) para indicar uma quebra ou uma ruptura com as condições modernas ou, finalmente, (iii) como forma de descrever as modernas formas de vida, como forma efectiva de reconhecer e encarar a modernidade, os seus benefícios e as suas condições problemáticas, os seus limites e as suas limitações”, *A pós-modernidade*, trad. portuguesa de Ana Paula Curado, Lisboa, Publicações Europa-América, 1993, p. 26, segmentação do texto nossa. Cfr. ainda M.<sup>a</sup> LAURA BETTENCOURT PIRES, *Teorias da Cultura*, Lisboa, Universidade Católica Portuguesa, 2006, máx. p. 131 e ss.

<sup>32</sup> Ainda segundo BARRY SMART, “a ideia indica uma modificação ou mudança na[s] forma[s] como experimentamos e nos relacionamos com o pensamento moderno, as condições modernas e as formas de vida modernas, em resumo, a modernidade. Contudo, na medida em que a modernidade se encontra, ela própria, continuamente em estado de fluxo, perpetuamente em movimento, tendo um carácter processual, a ideia de uma condição de pós-modernidade deve, por sua vez, ser situada em relação aos desenvolvimentos e transformações que tem vindo a verificar-se nas formas de sociabilidade, na cultura e nas comunicações, na produção económica e na vida política”, *A pós-modernidade*, p. 46/47; cfr. ainda a síntese de GOMES CANOTILHO, in *Direito Constitucional*, 1993, p. 12.

entre Estados-nação e unidade europeia possa ser longo e tenha de ser actuado como compromisso a empreender de maneira pacífica e dialogada no longo prazo”<sup>33</sup>.

Se levarmos em conta que a atitude dos *pós-modernos* tem representado, pelo menos até ao presente, mais um novo modo de abordar as estruturas<sup>34</sup> políticas, económicas, sociais e culturais da *modernidade* que uma alteração ou substituição dessas mesmas estruturas<sup>35</sup>, a primeira consequência a retirar do fenómeno é a *sedentarização* das “palavras viajantes” da modernidade, embora num *loci* e num *tempus* doutrinários diversos daqueles em que foram concebidas e geradas. Acolhimento esse que não se circunscreveu à estabilização dos conceitos no léxico jus-publicista mas que logrou atingir o nível de protecção numa redoma de cristal imunizadora, pelo menos do efeito imediato, de eventuais ataques corrosivos à sua essência<sup>36</sup>. Assim, os conceitos de *Constituição, Estado, Lei, Democracia, Direitos Humanos, Soberania e Nação* continuam não apenas a integrar a enciclopédia jurídica<sup>37</sup> como ainda constituem termos de referência no vocabulário quotidiano dos juristas, nomeadamente daqueles que investigam, ensinam ou por qualquer outro modo labutam na área do Direito Público<sup>38</sup> ou do Direito Internacional. *Status quo* que seguramente permanecerá no quotidiano até ao momento em que, como prognosticava o génio visionário de FRANCISCO LUCAS PIRES, em expressão anteriormente referida, seja

---

<sup>33</sup> Cfr. FRANCISCO LUCAS PIRES, *O que é Europa*, Lisboa, Difusão cultural, 1992, p. 59.

<sup>34</sup> Sob o conceito de estrutura, se descarregarmos o conteúdo ideológico que consolidou e difundiu o termo, afigura-se-nos ainda válida a definição apresentada por GOMES CANOTILHO em 1991/1993 quando o definia como “conjuntos pré-relacionantes e conformativos da realidade (captados, muitas vezes, intuitivamente)”, *Direito Constitucional*, 1993, p. 5.

<sup>35</sup> Cfr. BARRY SMART, *A pós-modernidade*, p. 26 e ss.

<sup>36</sup> Cfr. *infra*.

<sup>37</sup> O próprio GOMES CANOTILHO, que foi o primeiro jurista português sensível à chegada do novo movimento intelectual à Ciência do Direito, continuou, no entanto, a mencionar todas e cada uma das “palavras viajantes” no seu ensino mesmo após a transição para a *pós-modernidade*; cfr. *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*, 1997 e edições ss.

<sup>38</sup> *Direito Constitucional, Administrativo, Criminal, Tributário,...* Sobre os ramos de Direito, cfr., por todos, JOÃO BAPTISTA MACHADO, *Introdução ao Direito e ao Discurso Legitimador*, Coimbra, Livraria Almedina, 1990, p. 62 e ss.

alcançado um novo “compromisso [sobre a natureza e a actividade das mencionadas estruturas] a empreender de maneira pacífica e dialogada no longo prazo”<sup>39</sup>.

Abordada introdutoriamente a questão de um *Estado-nação* que, por um lado, resiste como forma de organização das comunidades humanas apesar da decadência dos pressupostos históricos que proporcionaram a sua gestação e que, por outro lado, está de tal modo enraizado na estrutura das sociedades actuais que se mantem mais ou menos firme, consoante os casos<sup>40</sup>, apesar dos *ventos da pós-modernidade*, afigura-se necessário aclarar alguns aspectos que estiveram na sua génese. Assim, a premissa debutante no contexto da nossa investigação é o conceito de *nação*<sup>41</sup>, pelo que será indispensável retomarmos a célebre questão um dia colocada por ERNEST RENAN: *Qu'est-ce qu'une nation?*<sup>42</sup> Conceito que, na acepção europeia da organização do poder político é, lógica e cronologicamente, anterior ao conceito de *Estado* e se encontra na génese deste, na medida em que foi a estruturação jurídica do substrato *nacional*, humano e territorial culturalmente delimitado, que originou a gestação dos primeiros *Estados na Idade Moderna no continente europeu*<sup>43</sup>.

O conceito de *nação*, “de acordo com a sua origem etimológica (*nascor*) foi utilizado na Idade Média com um significado bastante preciso, para designar aqueles grupos humanos dotados de uma origem comum (...), origem que apontava a existência de uma possível linhagem de sangue. Este termo cumpria a função de manter a ilusão da origem comum dos membros das comunidades erráticas não fixadas à terra (a comunidade territorial era por sua vez designada por a “pátria”, o país dos pais) que

---

<sup>39</sup> Cfr. FRANCISCO LUCAS PIRES, *O que é Europa*, p. 59.

<sup>40</sup> Sobre a aptidão dos Estados para o exercício da sua soberania, cfr. PETER HÄBERLE, *El Estado Constitucional*, p. 8 e ss.

<sup>41</sup> Cfr. *supra*.

<sup>42</sup> Cfr. ERNEST RENAN, *Qu'est-ce qu'une Nation?*, in ERNEST RENAN (org.), *Qu'est-ce qu'une Nation? et autres écrites politiques*, Paris, Imprimerie Nationale Éditions, 1996, p. 223.

<sup>43</sup> Neste sentido, FRANCISCO LUCAS PIRES, *Introdução à Ciência Política*, p. 77.

deambularam pelo espaço europeu enquanto tiveram lugar as grandes migrações medievais. Por isso é que geralmente nas Universidades os estudantes não autóctones (...) eram agrupados, precisamente por “nações”. Este significado perdura no essencial ao longo de todo o período medieval até à Idade Moderna, ainda que alguns textos da época (...) dêem testemunho de uma lenta evolução para a denominada “ideia moderna de nação”, através da respectiva implicação com as ideias de reino e território”<sup>44</sup>. Circunscrevendo a nossa referência aos textos que ficaram para a História, já NICCOLÒ MACCHIAVELLI, em *Il Principe*, se refere a uma *pátria italiana*<sup>45</sup>, enquanto MARTIN LUTHER intitulou um dos seus escritos *An die christlichen Ritter Deutscher Nation*<sup>46</sup>; atitude nacionalista que MARTIN LUTHER levou até às últimas consequências com a tradução da Bíblia para língua alemã e que representou um contributo para a consolidação da identidade cultural e política do povo<sup>47</sup> alemão<sup>48</sup>.

O conceito de *nação* é, na maioria das vezes, apresentado pelos autores como uma figura jurídica dotada de teor aparentemente simples mas no entanto continua a ser um dos conceitos dotados de maior grau de indeterminabilidade<sup>49</sup> em toda a enciclopédia

---

<sup>44</sup> Cfr. JESÚS PRIETO, *Cultura, culturas y Constitución*, p. 110 e ss.; em sentido aproximado, ANTÓNIO HESPANHA, *Guiando a Mão Invisível - Direitos, Estado e Lei no Liberalismo Monárquico Português*, Coimbra, Livraria Almedina, 2004, p. 64.

<sup>45</sup> Cfr. NICCOLÒ MACCHIAVELLI, *O Príncipe*, p. 126.

<sup>46</sup> Cfr. MARTIN LUTHER, *Aos Fidalgos Cristãos da Nação Alemã*, cit. por HENRI TINCQ, *Os génios do cristianismo – Histórias de profetas, de pecadores e de santos*, trad. portuguesa do jornal *Público*, Lisboa, Gradiva, 1999, p. 117.

<sup>47</sup> Segundo JOÃO PEREIRA NETO, *povo* é “o conjunto de indivíduos que constituem uma população e a cultura de que são portadores ou a que servem de suporte”, *Povo*, in *Polis – Enciclopédia Verbo da Sociedade e do Estado*, vol. IV, Lisboa, Verbo Editora, 1986, col. 1440. Sobre o conceito de povo, cfr., selectivamente, GEORG JELLINEK, *Teoria General del Estado*, p. 378 e ss., HERMANN HELLER, *Teoria del Estado*, p. 174 e ss., PETER HÄBERLE, *El Estado Constitucional*, p. 21, JESÚS PRIETO, *Cultura, culturas y Constitución*, p. 106 e ss., ALESSANDRO PIZZORUSSO, *Lezioni di Diritto Costituzionale*, Roma, Il Foro Italiano, 1981, p. 215 e ss. e JORGE MIRANDA, *Sobre a noção de povo em Direito Constitucional*, p. 205 e ss.

<sup>48</sup> Neste preciso sentido, JÓNATAS MACHADO, *Povo*, in *Dicionário Jurídico da Administração Pública*, Lisboa, Coimbra Editora, vol. VI, 1994, p. 423/424; em sentido aproximado, JAMES ATKINSON, *A Reforma*, in TIM DOWLEY, *História do Cristianismo*, trad. portuguesa de Artur Guerra e Cristina Rodriguez, Lisboa, Bertrand Editora, 1995, p. 367.

<sup>49</sup> Sobre a questão dos conceitos jurídicos indeterminados, cfr. JOSÉ LUCAS CARDOSO, *Do problema dos conceitos jurídicos indeterminados no Direito Administrativo – Para uma análise dos limites*

jurídica, pese embora algumas características lhe sejam reconhecidas de modo pacífico, como a (i) existência de uma matriz cultural típica e a (ii) homogeneidade das pessoas que a corporizam<sup>50</sup>. Quer ROGÉRIO SOARES<sup>51</sup>, quer GOMES CANOTILHO<sup>52</sup>, na pegada de uma *Escola* construída e sedimentada por juristas como BASÍLIO ALBERTO DE SOUZA PINTO<sup>53</sup>, JOSÉ JOAQUIM LOPES PRAÇA<sup>54</sup>, JOSÉ FERREIRA MARNOCO E SOUZA<sup>55</sup> e JOSÉ ALBERTO DOS REIS<sup>56</sup> referem-se à *nação* como um novo fenómeno de centralidade política da modernidade: “a *nação* é o titular do poder constituinte” por oposição à soberania do monarca no Estado absoluto<sup>57</sup>.

Contudo, o tema não deixa de ser aprofundado por outros autores que consensualmente qualificam a *nação* como “uma comunidade de base cultural”<sup>58</sup>, FRANCISCO LUCAS PIRES definiu-a como “uma força poderosíssima, mais étnico-cultural a Leste (a *nação* de HERDER), mais electivo-cultural a Ocidente (a *nação* de RENAN), mas em ambos os casos homogénea”<sup>59</sup>. Ainda na doutrina portuguesa, DIOGO FREITAS DO AMARAL sustenta, embora numa perspectiva diversa, que “há

---

*funcionais da jurisdição administrativa*, in *Polis – Revista de Estudos Jurídico Políticos*, Lisboa, Centro de Estudos Jurídicos-Políticos, ano I, n.º 1, 1994, p. 11 a 54, e autores aí citados.

<sup>50</sup> Cfr. *infra*.

<sup>51</sup> ROGÉRIO SOARES, *Direito Público e Sociedade Técnica*, Coimbra, Atlântida Editora, 1969, p. 139 e ss., e *Direito Administrativo*, p. 20/21.

<sup>52</sup> J. J. GOMES CANOTILHO, *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*, 2003, p. 73.

<sup>53</sup> BASÍLIO ALBERTO DE SOUZA PINTO, *Direito Público Constitucional*, Coimbra, Lições de 1838/1839, policopiado, p. 9.

<sup>54</sup> J. J. LOPES PRAÇA, *Direito Constitucional Português – Estudos sobre a Carta Constitucional de 1826 e Acto Adicional de 1852*, Coimbra, Coimbra Editora, 1997, vol. II, p. 5 e ss.

<sup>55</sup> J. F. MARNOCO E SOUZA, *Direito Político*, Coimbra, França Amado Editor, 1910, p. 30.

<sup>56</sup> JOSÉ ALBERTO DOS REIS, *Sciencia Política e Direito Constitucional*, Coimbra, Imprensa Académica, 1907, p. 89.

<sup>57</sup> O enunciado *nação* foi empregue, v. g., em todas as Constituições portuguesas (mesmo a CRP/1976, emprega, sob a *capa* de adjectivo, a expressão “comunidade nacional”, cfr. artigo 121.º, n.º 2) e, em sede de direito comparado, citando apenas alguns casos que apresentam maior conexão com a História Constitucional lusa, na *Constituição Francesa de 1791* e na *Constituição Espanhola de 1812*.

<sup>58</sup> Cfr., selectivamente, MARCELLO CAETANO, *Manual de Ciência Política e Direito Constitucional*, Coimbra, Livraria Almedina, 1989, p. 123, JORGE MIRANDA, *Sobre a noção de povo em Direito Constitucional*, p. 206, FRANCIS FUKUYAMA, *A Construção de Estados*, p. 108, e, em sentido aproximado, JESÚS PRIETO, *Cultura, culturas y Constitución*, p. 110 e ss.

<sup>59</sup> Cfr. FRANCISCO LUCAS PIRES, *Introdução à Ciência Política*, p. 78; quanto à questão da homogeneidade, cfr. *infra*.

fundamentalmente dois sentidos da palavra *nação*. O primeiro é o sentido *histórico-cultural*: “pertencem à mesma Nação todos quantos nascem num certo ambiente cultural feito de tradições e costumes, geralmente expresso numa língua comum, actualizado num idêntico conceito de vida e dinamizado pelas mesmas aspirações de futuro e os mesmos ideais colectivos”<sup>60</sup>. Acrescenta ainda que “a par deste, há um segundo sentido da palavra Nação que resultou da Revolução Francesa e que obteve larga difusão não apenas na Europa do séc. XIX mas também no Terceiro Mundo, com a “segunda descolonização”, efectuada no séc. XX. É o conceito *jurídico* de Nação, entendida como “um ser colectivo, indivisível, titular da soberania, que é composto pela universalidade dos nacionais, todos iguais na sua qualidade de cidadãos, sem nenhuma distinção de raça, de etnia, de língua, de religião ou de sexo”<sup>61</sup>, havendo até quem, como MAX WEBER, considere “não ser estranho, actualmente, o nascimento de um sentimento colectivo específico, que se orienta por um suposto parentesco de sangue, em formações delimitadas de um modo puramente artificial”<sup>62</sup>.

Em jeito de balanço, cremos que as posições citadas têm mais aspectos em comum do que aparentam na medida em que, por um lado, a nação *histórico-cultural* mencionada por MARCELLO CAETANO e por DIOGO FREITAS DO AMARAL incorpora simultaneamente a nação *étnico-cultural* de JOHANN GOTTFRIED VON HERDER<sup>63</sup> e a nação *electivo-cultural* de ERNEST RENAN<sup>64</sup>, apenas não distingue o

---

<sup>60</sup> Cfr. DIOGO FREITAS DO AMARAL, *Estado*, col. 1138; no entanto o autor limita-se a citar a definição elaborada por MARCELLO CAETANO e por este usada no seu ensino, *Manual de Ciência Política e Direito Constitucional*, p. 123.

<sup>61</sup> DIOGO FREITAS DO AMARAL, *idem*, col. 1140, que, por sua vez, alicerça a sua construção em TRAN VAN MINH, *Théorie generale de l'État – Recherches sur la notion juridique d'Etat-Nation*, Paris, 1980; é a este sentido de *nação* que se referem preferencialmente ROGÉRIO SOARES e GOMES CANOTILHO, cfr. *supra*.

<sup>62</sup> Cfr. MAX WEBER, *Economía y Sociedad – Esbozo de sociología comprensiva*, trad. castelhana de J. Medina Echaavarría, J. Roura Farella, E. Ímaz, E. Garcia Máynez e J. Ferrater Mora, México D. F., Fondo de Cultura Económica, 1993, p. 323.

<sup>63</sup> Cfr. JOHANN GOTTFRIED VON HERDER, *Filosofía de la Historia – Para la educación de la humanidad*, trad. castelhana de Elsa Tabernig, Madrid, Ediciones Espuela de Plata, 2007, p. 54 e ss.



*leitmotiv* do elemento cultural. Por seu turno, apesar da inequívoca profissão de fé na homogeneidade da *nação* e da manifesta sensibilidade para indagar a *ratio essendi* da mesma, FRANCISCO LUCAS PIRES deixa em aberto a questão de saber se o elemento cultural reveste génese anti-voluntarista, como é aceite pela doutrina teutónica, ou se pelo contrário assume pendor voluntarista, como sufraga a doutrina gaulesa. Por outro lado, FRANCISCO LUCAS PIRES não ignora o *sentido jurídico* da *nação* quando refere, *v. g.*, que “em África e em muitos países do terceiro mundo, os Estados haviam nascido de uma aliança politicamente inverosímil: a dos colonizadores que haviam desenhado fronteiras, desbravado territórios e construído cidades com os movimentos de libertação levantados contra eles mas que haviam de insuflar um espírito nacionalista e erguer o Estado sobre os territórios antes delimitados, às vezes, à mesa de conferências internacionais”<sup>65</sup>.

Contudo, o conceito de *nação em sentido jurídico* merece-nos as maiores reservas a ponto de crermos não passar de uma mera *fictio iuris* na medida em que a formação da *nação* sempre assumiu carácter histórico e de sedimentação progressiva<sup>66</sup>. FRANCIS FUKUYAMA não deixa de estar sensível a este aspecto quando afirma que “os europeus<sup>67</sup> tendem a ter mais consciência da distinção entre Estado e nação e fazem notar que a construção de nações no sentido da criação de uma comunidade ligada por uma história e uma cultura está bem para lá das capacidades de qualquer poder externo.

---

<sup>64</sup> Cfr. ERNEST RENAN, *Qu'est-ce qu'une nation?*, p. 223 e ss.

<sup>65</sup> Cfr. FRANCISCO LUCAS PIRES, *Introdução à Ciência Política*, p. 78; o autor opina, no entanto que “com a ressaca, voltarão, porém um certo etnocentrismo, por um lado, e uma mestiçagem e mimetização internacionais, por outro, com a ONU e os capacetes azuis, aliás, sempre mais solicitados e presentes, no exercício de novos direitos de ingerência”.

<sup>66</sup> Neste sentido, JOHANN GOTTFRIED VON HERDER sustenta que a afirmação de uma *nação* resulta daquilo que poderíamos designar por um *acervo de culturas subsequentes* quando afirma que “o egípcio, como odiava e repugnava o pastor e toda a actividade afim! Exactamente do mesmo modo o grego mais refinado se rebelou por sua vez contra o egípcio, sobrolho carregado (...) mas, em suma, um seguia o outro, imediata e sucessivamente. O ensino egípcio sem o ensino infantil do Oriente não seria egípcio, o grego sem o zelo escolar do egípcio não seria grego. É o mesmo ódio que marca o desenvolvimento, progresso, subindo os degraus”, *Filosofia de la Historia*, p. 37

<sup>67</sup> O autor escreve num contexto de comparação com as populações do continente americano.

É claro que tem razão: só os Estados podem ser deliberadamente construídos. Se uma nação resultar deste esforço, será mais uma questão de sorte que de planificação”<sup>68</sup>. Assim sendo, nestes casos assistimos a um fenómeno de *Estado sem nação*, isto é, à institucionalização de uma comunidade composta por uma população permanente e estável, que poderá nem sequer formar um povo no sentido cultural ou sociológico do conceito<sup>69</sup>, sediada num território determinado, no qual exerce um poder político em nome próprio<sup>70</sup> mas formada por outros procedimentos que não o percurso tipicamente europeu conducente à estadualização de uma comunidade nacional, v. g., os já mencionados processos de descolonização<sup>71</sup>.

A investigação em apreço aconselha assim à concentração da nossa análise nas teorias que encontram uma génese cultural para a *nação*. Seguindo esta metodologia, numa concepção imputável ao pensamento de um dos pioneiros do romantismo

---

<sup>68</sup> FRANCIS FUKUYAMA, *A construção de Estados*, p. 108. JORGE MIRANDA afirma que “se na Europa a ideia de Estado e a ideia de nação despontaram quase ao mesmo tempo, noutros continentes o que se tem visto é o Estado preceder a nação e servir de fulcro para a sua formação (até para que, com a nação formada, melhor fique garantida a sua sobrevivência)”, *Sobre a noção de povo em Direito Constitucional*, p. 214; a posição de JORGE MIRANDA não merece o nosso sufrágio na medida em que, conforme descrito no texto, não aceitamos a concepção de *nação em sentido meramente jurídico*, cfr. ainda, *infra*.

<sup>69</sup> A distinção entre *povo* e *população* é clássica nos manuais de Ciência Política, nomeadamente naqueles autores que seguem a metodologia europeia continental da *Teoria do Estado*. Assim, *povo* (em sentido jurídico) “é o conjunto de indivíduos que se encontram ligados ao Estado pelo vínculo da nacionalidade ou cidadania”, enquanto *população* “é um conceito económico-demográfico de natureza fática que designa o conjunto de residentes em dado território, independentemente de serem nacionais, estrangeiros ou apátridas”; sobre ambas as definições, cfr., por todos, RICARDO LEITE PINTO, JOSÉ DE MATOS CORREIA e FERNANDO ROBOREDO SEARA, *Ciência Política e Direito Constitucional – Teoria Geral do Estado, Formas de Governo, Eleições e Partidos Políticos*, Lisboa, Universidade Lusíada Editora, 2009, p. 90/91 e autores aí citados.

<sup>70</sup> Sobre a definição de Estado, cfr. *infra*.

<sup>71</sup> Cfr. *supra*. Neste contexto, HONORIO VELASCO questiona se “as vicissitudes das nações-Estados emergentes no Terceiro Mundo permitem perguntar: será que tem que ser o Estado uma configuração necessária? Ou colocando a questão de outro modo, não será que a racionalidade política ocidental impõe como configuração necessária e única o Estado a todos os povos do mundo? Sem possibilidade de negar o alcance dos impactos da chamada cultura ocidental até aos últimos confins do mundo, quando o mundo passou a ser quase exclusivamente um todo? Cabem outras configurações que não sejam o Estado? Outra questão que não pode deixar de colocar-se refere-se à necessária universalização do conceito de nação e às possibilidades de transmutação dos grupos étnicos em nações, ainda quando (...) não seja (...) um modelo de construção forjado historicamente e alimentado ou vigorizado pelas pretensões de ser Estado.”, *Identidad cultural y política*, in *Revista de Estudios Políticos*, Madrid, Centro de Estudios Constitucionales, n.º 78, 1992, p. 255/256.

alemão<sup>72</sup>, JOHANN GOTTFRIED VON HERDER, a génese da *nação* encontra fundamento numa trilogia de aspectos: étnico, linguístico e religioso<sup>73</sup>, que constituem simultaneamente as suas características típicas na medida em que são estas que permitem a subsistência da identidade de uma comunidade humana como *nação*<sup>74</sup>, ou numa expressão mais usual na linguagem corrente, constituem o seu *ADN*<sup>75</sup>. Elucidativo o facto de o autor denunciar já nesta fase do romantismo a tendência da humanidade para o culto da *nação* ao afirmar que “quando as tendências nacionais próprias que se vão transformando numa felicidade nacional marcaram excessivamente a distância entre povos (...). Isso ocorre sempre entre duas nações cujas tendências e círculo de felicidade chocam. E a isso se chama prejuízo, bairrismo, nacionalismo limitado”<sup>76</sup>.

A denominada concepção *étnico-cultural da nação*, numa fase inicial, dominou a doutrina teutónica sobre o assunto, sendo que um dos maiores, ou talvez mesmo o maior, apoio ao *Leiter der Schule* veio de FRIEDERICH KARL VON SAVIGNY que, no âmbito da sua construção historicista de uma Ciência do Direito baseada no *Volkgeist*, “atribuiu carácter absoluto à especificidade dos povos”, isto é, “é essencial um povo com história cuja existência não é questionável”<sup>77</sup>. A mesma doutrina logrou

---

<sup>72</sup> O romantismo consistiu num movimento crítico ao iluminismo (cfr. *infra*) que considera existirem “muitas outras maneiras de ver o mundo para além das filosofias iluministas, tais como a imaginação, o sentimento, o poder orgânico da tradição e da história e aquilo que designavam como os “mistérios da alma””, cfr. LAURA BETTENCOURT PIRES, *Teorias da Cultura*, p. 83/84.

<sup>73</sup> Cfr. JOHANN GOTTFRIED VON HERDER, *Filosofia da Historia*, p. 51 e ss.

<sup>74</sup> Ainda segundo JOHANN G. VON HERDER, “cada nação leva em si o centro da sua felicidade, assim como cada esfera leva em si o seu centro de gravidade”, *idem*, p. 58.

<sup>75</sup> O ácido desoxirribonucleico (ADN, em português: *ácido desoxirribonucleico*; ou DNA, em inglês: *deoxyribonucleic acid*) é um composto orgânico cujas moléculas contêm as instruções genéticas que coordenam o desenvolvimento e funcionamento de todos os seres vivos e alguns vírus. O seu principal papel é armazenar as informações necessárias para a construção das proteínas e ARNs (ácidos ribonucleicos). Os segmentos de ADN que contêm a informação genética são denominados genes. O restante da sequência de ADN tem importância estrutural ou está envolvido na regulação do uso da informação genética, cfr. [http://pt.wikipedia.org/wiki/%C3%81cido\\_desoxirribonucleico](http://pt.wikipedia.org/wiki/%C3%81cido_desoxirribonucleico).

<sup>76</sup> JOHANN GOTTFRIED VON HERDER, *Filosofia da Historia*, p. 59.

<sup>77</sup> Cfr. SIMONE GOYARD-FABRE, *Os princípios filosóficos do Direito político moderno*, p. 383. Aliás, HONORIO VELASCO menciona no seu ensino oral que, quer JOHANN G. VON HERDER, quer FRIEDERICH K. VON SAVIGNY, sustentam que a *essência* é a característica fundamental de um povo, Universidad Nacional de Educación a Distancia, ano lectivo de 2008/2009; para uma síntese do

acolhimento na literatura jurídica de língua portuguesa pela *pena* de AUGUSTO OLÍMPIO DE CASTRO quando sustentou que a “existência corporativa era um efeito dos laços da consanguinidade”<sup>78</sup>.

A antítese à concepção acabada de descrever surgiu devido ao labor de ERNEST RENAN e foi submetida à publicidade crítica em conferência proferida na Universidade de *La Sorbonne*, em Paris, em 11 de Março de 1882. A ideia básica de ERNEST RENAN, que aliás se insere num movimento político e intelectual de contestação à anexação do território francês da Alsácia-Lorena pelo Império Alemão<sup>79</sup>, assenta nos seguintes pressupostos: “nação moderna é um resultado histórico provocado por uma série de eventos que convergem na mesma direcção. Unidade, que por vezes é realizada por uma dinastia, como é o caso da França, por vezes pela vontade directa das províncias, como é o caso da Holanda, Suíça ou Bélgica, por vezes por um resquício conquistador do feudalismo, como é o caso da Itália e da Alemanha. Existe sempre uma razão profunda motivadora dessas formações”<sup>80</sup>. Assim, em contraposição à concepção teutónica da pureza da raça, ERNEST RENAN definiu *nação* com fundamento em dois aspectos essenciais: “o primeiro é a (i) existência de um rico legado de memórias em comum e o outro é o (ii) consentimento actual ou o desejo de viver em conjunto, a vontade de continuar a promover a herança única e indivisa que recebemos”<sup>81</sup>. Sustenta ainda o autor, um pouco em jeito de balanço da tese proposta, que “a existência de uma

---

pensamento de FRIEDERICH K. VON SAVIGNY, cfr., por todos, JOSÉ LAMEGO, *Hermenêutica e Jurisprudência*, Lisboa, Editorial Fragmentos, 1990, p. 15 e ss.

<sup>78</sup> Segundo decorre do contexto, o autor refere-se à estabilidade de grupos sociais como povo ou nação, cfr. AUGUSTO OLÍMPIO VIBRIROS DE CASTRO, *Tratado de Ciência da Administração*, Rio de Janeiro, Imprensa Nacional, 1906, p. 5; em sentido contrário, embora numa conjuntura superveniente, JOÃO LOUREIRO atesta o ocaso da concepção étnico-cultural da nação, *Da sociedade técnica de massas à sociedade de risco: prevenção, precaução e tecnociência*, p. 830.

<sup>79</sup> A motivação é denunciada pelo próprio ERNEST RENAN, *Qu'est-ce qu'une nation?*, a p. 231 e ss.

<sup>80</sup> Cfr. ERNEST RENAN, *idem*, p. 228/229.

<sup>81</sup> Cfr. ERNEST RENAN, *idem*, p. 240; segmentação do texto nossa.

nação é (...) um plebiscito permanente, assim como a existência do indivíduo é uma afirmação perpétua de vida”<sup>82</sup>.

A teoria de ERNEST RENAN obteve acolhimento pela *Escola do objectivismo sociológico*<sup>83</sup> cujo *doyen* no campo das ciências jurídicas, LEÓN DUGUIT, começa por mencionar a *nação* entre as várias formas de *solidariedade* ou de *interdependência social* no âmbito das sociedades humanas<sup>84</sup>, identificando a sua diferença específica como a “forma por excelência [de organização] das sociedades civilizadas e cuja constituição se deve a diversos factores: comunidade de direitos, de idioma, de lutas, de desastres e de vitórias”<sup>85</sup>. Além disso, LEÓN DUGUIT qualifica expressamente a *nação* como um elemento do Estado ao afirmar que “o facto Estado implica a existência de uma sociedade humana, de um grupo social, e a forma mais generalizada dos agrupamentos sociais nos países que atingiram um certo grau de civilização é, sem a menor dúvida, a *nação*”<sup>86</sup> cujo *abstracto* se manteve coeso devido “à comunidade de autoridade política, a comunidade de raça e língua e a comunidade de crenças religiosas”<sup>87</sup>.

---

<sup>82</sup> Cfr. ERNEST RENAN, *idem*, p. 241.

<sup>83</sup> A doutrina do *objectivismo sociológico* assenta basicamente nos seguintes pressupostos: “os homens de um mesmo grupo social são solidários uns com os outros: 1.º, porque têm necessidades comuns cuja satisfação não pode ser assegurada a não ser pela vida em comum; 2.º, porque têm necessidades diferentes e aptidões diferentes, ficando obrigados a assegurar a satisfação das suas necessidades diferentes pela troca de serviços recíprocos, devidos ao desenvolvimento e ao emprego das suas diversas aptidões. A primeira espécie de solidariedade é a solidariedade por *semelhança*; a segunda, a solidariedade *por divisão do trabalho*”, cfr. LEÓN DUGUIT, *Manual de Derecho Constitucional*, p. 8; cfr. ainda o estudo preliminar à edição castelhana de LEÓN DUGUIT, *Manual de Derecho Constitucional*, da autoria de JOSÉ LUÍS MONEREO PÉREZ e de JOSÉ CALVO GONZÁLEZ, *La Teoría Jurídica de León Duguit*, p. XV e ss.

<sup>84</sup> Cfr. LEÓN DUGUIT, *idem*, p. 6 e ss.

<sup>85</sup> Cfr. LEÓN DUGUIT, *idem*, p. 8.

<sup>86</sup> Cfr. LEÓN DUGUIT, *idem*, p. 45.

<sup>87</sup> Cfr. LEÓN DUGUIT, *idem*, p. 47; posição que fundamenta por adesão à concepção de ERNEST RENAN, cfr. p. 48. Ainda sobre a questão das teorias acerca da génese da nação, verificamos que alguns autores formados numa fase tardia da escola *étnico-cultural* aderem a muitos dos argumentos da escola *electivo-cultural* originando as mais das vezes posições verdadeiramente híbridas; cfr. os casos de MAX WEBER, *Economía y Sociedad* p. 315 e ss., HERMANN HELLER, *Teoría del Estado*, p. 18 e 174 ss., e REINHOLD ZIPPELIUS, *Teoría Geral do Estado* p. 45 e ss.; mais recentemente, verificamos uma recuperação da doutrina do objectivismo sociológico na comunidade científica espanhola por CARLOS

Abstraindo no imediato de quaisquer juízos de valoração em relação às teses enunciadas, é certo que a teoria de LEÓN DUGUIT revela outra premissa que necessita de aclaração no contexto da presente investigação e, nesse sentido, será caso para perguntarmos com GOMES CANOTILHO “que coisa é o Estado?”<sup>88</sup>. A colocação deste quesito não implica o desiderato de proceder a uma análise detalhada do fenómeno *Estado*, muito menos pressupõe a ambição de reescrever uma *Teoria Geral do Estado*<sup>89</sup>, quanto mais não seja porque, conforme já sustentamos noutra local, o ocaso das *Teorias Gerais* coincidiu com o abandono metodológico da lógica formal, grata à *Jurisprudência dos conceitos*, como método privilegiado de trabalhar o Direito<sup>90</sup>. Assim, o propósito em apreço é apenas e somente o de delimitar uma *pré-compreensão* sólida sobre o conceito de *Estado*<sup>91</sup> que ancore a investigação subsequente das relações

---

GONZÁLES SÁNCHEZ, *El principio de la solidaridad en la Constitución Española – Situación y protección jurídico-financiera del ciudadano*, Salamanca, Ratio Legis, 2012, p. 57 e ss.

<sup>88</sup> O quesito é suscitado nestes precisos termos por J. J. GOMES CANOTILHO, *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*, 2003, p. 89.

<sup>89</sup> Segundo GEORG JELLINEK, “a ciência teórica ou doutrina do Estado divide-se em doutrina geral do Estado e doutrina particular do mesmo. A primeira propõe-se encontrar o princípio fundamental do Estado e submeter à investigação científica os fenómenos gerais do mesmo e suas determinações fundamentais. Os seus resultados não se devem ao estudo particular de um Estado, pelo contrário haverão de ser obtidos mediante a investigação geral das formas que revestiram os Estados nos fenómenos histórico sociais”, *Teoría General del Estado*, p. 60.

<sup>90</sup> Cfr. JOSÉ LUCAS CARDOSO, *Do problema dos conceitos jurídicos indeterminados no Direito Administrativo*, p. 23, ANTÓNIO FRANCISCO DE SOUSA, *Conceitos indeterminados no Direito Administrativo*, Livraria Almedina, Coimbra, 1994, p. 30, e a nossa recensão crítica à monografia de ANTÓNIO FRANCISCO DE SOUSA *cit.*, in *Polis – Revista de Estudos Jurídico Políticos*, ano I, n.º 2, 1995, p. 163. Sobre o método jurídico de abordagem do Estado, HERMANN HELLER vai mais longe e sustenta que “construir uma *Teoria Geral* do Estado, com carácter de universalidade, para todos os tempos, (...) não o estimamos, em absoluto possível”, *Teoría del Estado*, p. 13. Sobre a *Jurisprudência dos conceitos*, cfr., selectivamente, KARL LARENZ, *Metodologia da Ciência do Direito*, p. 19 e ss., NUNO ESPINOSA GOMES DA SILVA, *Jurisprudência dos conceitos*, in *Polis – Enciclopédia Verbo da Sociedade e do Estado*, vol. III, Lisboa, Verbo Editora, 1985, col. 850 a 854, JOSÉ LAMEGO, *Hermenêutica e Jurisprudência*, p. 25 e ss., ANTÓNIO M. HESPANHA, *Panorama histórico da cultura jurídica europeia*, p. 185 e ss.

<sup>91</sup> Ainda com HERMANN HELLER podemos afirmar, em termos menos ambiciosos, que “a Teoria do Estado se propõe investigar a realidade específica da vida estatal que nos rodeia. Aspira a compreender o Estado na sua estrutura e função actuais, a sua origem histórica e as tendências da sua evolução”, *Teoría del Estado*, p. 13.

de causa e efeito entre o modo de organização do *poder político* em apreço e o *fenómeno cultural*<sup>92</sup>.

Conforme adiantado inicialmente, o momento histórico de germinação do *Estado*, como modo de organização das comunidades políticas europeias coincidiu com a *Paz de Westefália*<sup>93</sup>. A posição sustentada denuncia a adesão a uma concepção estrita do conceito de *Estado*, isto é, entendemos por *Estado* apenas a figura que os juspublicistas maioritariamente denominam, com um ligeiro travo a pleonasma, por *Estado moderno* ou *europeu*. Com efeito, para a visão clássica da doutrina a linha do horizonte do Estado está colocada num azimute *espacial* e *temporal* mais distante, associando *ab initio* a génese do *Estado* à *sedentarização* dos povos. Desse modo, à medida que a agricultura foi ocupando lentamente o lugar de actividade económica essencial da humanidade em detrimento do pastoreio<sup>94</sup>, o Estado, ou melhor um determinado tipo histórico de Estado, ter-se-ia paulatinamente implantado como modo de organização das comunidades humanas. Neste contexto, JORGE MIRANDA refere precisamente a “sedentariiedade” do povo como uma das características essenciais do Estado, a par da “organização e actuação, da institucionalização e da autonomização do poder político”<sup>95</sup>. Assim, é comum os autores lusos distinguirem, na esteira de GEORG JELLINEK<sup>96</sup>, vários *tipos históricos de Estado*, desde um *Estado oriental*, característico das civilizações da Antiguidade Clássica, até ao *Estado moderno ou europeu*,

---

<sup>92</sup> Sobre o desiderato da presente investigação, cfr., com mais detalhe, *infra*, 2.2.

<sup>93</sup> Cfr. *supra* e ainda JOSÉ LUCAS CARDOSO, *Direito Internacional II - Sumários de Direito Internacional segundo as preleções aos alunos do 5.º ano jurídico da Universidade Lusíada de Lisboa no 2.º semestre do ano lectivo 2003/2004*, policopiado, p. 2 e ss. e autores aí citados.

<sup>94</sup> Sobre esta questão, cfr., VALENTIN VAZQUEZ DE PRADA, *História Económica Mundial*, vol. I, *Das origens à revolução industrial*, trad. portuguesa de Armando Bacelar e Elisa Amado Bacelar, Porto, Livraria Civilização Editora, 1991, p. 5 e ss.

<sup>95</sup> Cfr. JORGE MIRANDA, *Manual de Direito Constitucional*, tomo I, p. 54; no mesmo sentido, GEORG JELLINEK, *Teoría General del Estado*, p. 368 e ss., REINHOLD ZIPPELIUS, *Teoria Geral do Estado*, p. 37 e ss. e DIOGO FREITAS DO AMARAL, *Estado*, col. 1130 e ss. Contra, LEÓN DUGUIT, *Manual de Derecho Constitucional*, p. 13; sobre a questão do território, cfr. *infra*, III. 4.2.

<sup>96</sup> Cfr. GEORG JELLINEK, *Teoría General del Estado*, p. 282 e ss.

identificando de permeio, em função das épocas e dos locais, o *Estado grego*, o *Estado romano* e o *Estado medieval*<sup>97</sup>.

Contudo, se a sedentarização de um povo num território com fronteiras estáveis é *conditio sine qua non* para a existência de Estado<sup>98</sup>, e apesar de sufragarmos a constatação de JEAN TOUSCOZ, segundo a qual “nos Estados-Nação mais antigos e mais estáveis (...), o povo e o território estão estreitamente ligados, a ponto de o território ser considerado quase “sagrado” por aqueles que o habitam”<sup>99</sup>, somos de entendimento que a *sedentarização* não constitui *per se* requisito *sufficit* para qualificar uma comunidade como Estado<sup>100</sup>. Assim, se considerarmos como parâmetro de análise a já clássica definição de *Estado* elaborada por DIOGO FREITAS DO AMARAL, segundo a qual “o Estado é a comunidade constituída por um povo que, a fim de realizar os seus ideais de segurança, justiça e bem-estar, se assenhoreia de um território e nele institui, por autoridade própria, o poder de dirigir os destinos nacionais e de impor as

---

<sup>97</sup> Cfr. DIOGO FREITAS DO AMARAL, *Estado*, col. 1126 e ss., JORGE MIRANDA, *Manual de Direito Constitucional*, tomo I, p. 56 e ss., MARCELO REBELO DE SOUSA, *Direito Constitucional I*, p. 101 e ss., JORGE BACELAR GOUVEIA, embora adopte uma periodização ligeiramente diversa da descrita no texto, *Manual de Direito Constitucional*, vol. I, Coimbra, Livraria Almedina, 2005, p. 167 e ss., e R. LEITE PINTO, J. MATOS CORREIA e F. ROBOREDO SEARA, *Ciência Política e Direito Constitucional*, p. 66 e ss. Em sentido diverso, J. J. GOMES CANOTILHO, *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*, 2003, p. 89, RUI CHANCERELLE DE MACHETE, *As perspectivas científicas modernas sobre o poder político*, in *Estudos de Direito Público e de Ciência Política*, Lisboa, Fundação Oliveira Martins, 1991, p. 667, VASCO PEREIRA DA SILVA, *Em busca do acto administrativo perdido*, Coimbra, Livraria Almedina, 1996, p. 13, e, no plano internacional, PETER HÄBERLE, *El Estado Constitucional*, p. 1/2, empregam o termo *Estado* em sentido restrito, i. é, como sinónimo de *Estado moderno*.

<sup>98</sup> Esta é *ipsis verbis* a posição de FRANCIS FUKUYAMA, *A construção de Estados*, p. 15.

<sup>99</sup> Cfr. JEAN TOUSCOZ, *Direito Internacional*, trad. portuguesa de Nuno Canas Mendes, Lisboa, Publicações Europa-América, 1994, p. 64.

<sup>100</sup> À partida, a *Convenção sobre direitos e deveres dos Estados*, celebrada em Montevideo, em 26 de Dezembro de 1933, norma aceite pacificamente no Direito Internacional sobre os pressupostos da existência de Estados, estabelece que para existir um Estado são necessários estarem reunidos os seguintes elementos (artigo 1.º): (i) uma população permanente e estável, (ii) um território determinado, (iii) um poder político e (iv) capacidade de entrar em relações com os demais Estados; cfr. FERNANDO MARIÑO, *Derecho Internacional Público*, p. 85, JEAN TOUSCOZ, *Direito Internacional*, p. 62 e ss. e MICHAEL AKEHURST, *Introdução ao Direito Internacional*, trad. portuguesa de Fernando Ruivo, Coimbra, Livraria Almedina, 1985, p. 67.



normas necessárias à vida colectiva”<sup>101</sup>, verificamos que a qualquer destes denominados tipos históricos de Estado falta pelo menos uma das características essenciais do *Estado strictu sensu*<sup>102</sup>. Ora, nas *civilizações orientais* não existia soberania ou poder do povo agir em nome próprio porque o poder era aceite pacificamente como sendo de origem teocrática e confiado a um monarca, ao qual por vezes era reconhecida natureza divina<sup>103</sup>. Por sua vez, na *civilização grega* faltava a dimensão territorial do *Estado* porque o factor societário importante para os gregos era o centro de vida em comunidade, a *Polis*, sem que existisse qualquer intuito de *dominium* territorial para além dos limites desta<sup>104</sup>. Já no que concerne a *Roma*, apesar de ter conhecido várias formas políticas, *civitas*, *respublica*, *imperium*, foi esta última que marcou a *fase romana* da História e a ideia de implantação de um poder *uno* (*imperium*) sobre a terra, sediado na *Cidade Eterna*, pelo que se afigurava contraditória com a ideia de soberania na ordem externa que reconhece a igualdade entre os Estados<sup>105</sup>. Por último, no *regnum medieval* a estrutura feudal da sociedade impedia a existência de um poder soberano na

---

<sup>101</sup> DIOGO FREITAS DO AMARAL, *Estado*, col. 1128; em sentido aproximado, GEORG JELLINEK, *Teoría General del Estado*, p. 196.

<sup>102</sup> Caso não especifiquemos a fonte em relação a um denominado e determinado tipo histórico de Estado, recorreremos à bibliografia citada sobre os tipos históricos de Estado em geral.

<sup>103</sup> Neste sentido, HERMANN HELLER sustenta que “na Antiguidade Clássica, o Estado era um grupo simultaneamente político e religioso”, *Teoría del Estado*, p. 25; cfr. ainda GEORG JELLINEK, *Teoría General del Estado*, p. 283 e ss., DIOGO FREITAS DO AMARAL, *Estado*, col. 1137 e JORGE MIRANDA, *Manual de Direito Constitucional*, tomo I, p. 58. Sobre o teor das doutrinas teocráticas da origem do poder político, cfr. LEÓN DUGUIT, *Manual de Derecho Constitucional*, p. 14/15.

<sup>104</sup> Neste sentido, GEORG JELLINEK, *Teoría General del Estado*, p. 291/292; além do mais se, como afirma KARL POPPER, “a nossa civilização ocidental teve origem nos Gregos, considerados os primeiros agentes de transição entre o regime tribal e o humanitarismo” (*A Sociedade aberta e os seus inimigos – O fascínio de Platão*, vol. I, trad. portuguesa de Anabela Sottomayor e Catarina Labisa, Lisboa, Editorial Fragmentos, 1993, p. 183), seria prematuro afirmar-se que o Estado sucedeu imediatamente ao tribalismo como forma de organização política. Sobre o domínio territorial da *Polis*, ANTÓNIO TRUYOL Y SERRA refere que os primeiros tratados de expansão territorial foram celebrados entre Roma e Cartago (*Historia del Derecho Internacional Público*, Madrid, Tecnos, 1998, p. 27), cfr. ainda JORGE MIRANDA, *Manual de Direito Constitucional*, tomo I, p. 59.

<sup>105</sup> JOSÉ ORTEGA Y GASSET afirma a este propósito que “a história do Império romano é também a história da subversão, do império das massas, que absorvem e anulam as minorias dirigentes e se colocam no seu lugar. Então produz-se também o fenómeno da aglomeração do pleno.”, *La rebelión de las masas*, Madrid, Espasa Libros, 2011, p. 87, cfr. ainda JEAN BODIN, *Los seis libros de la República*, trad. castelhana de Pedro Bravo Gala, Madrid, Tecnos, 2010, p. 52.

ordem interna<sup>106</sup>, enquanto que no plano externo a questão central do pensamento político “consistia em esclarecer se apenas o poder papal era de origem divina ou se também o era o poder do Imperador (...). Segundo se admitisse uma ou outra solução, o Imperador estaria subordinado ao Papa ou ser-lhe-ia igual”<sup>107</sup>. Em suma, na Idade Média, a organização das comunidades políticas europeias oscilou entre o *Regnum*, o *Imperium* e a *Respublica Christiana*; o Estado só conheceu a luz do dia em momento posterior. Como destaca BENNO VON WIESE, “os primeiros domínios em que a cultura iluminista se libertou da hierarquia da Idade Média são o Direito e o Estado”<sup>108</sup> ou, se preferirmos recordar as palavras de HERMANN HELLER, “o Estado da Idade Moderna tem tão pouco que ver com o medieval – se é que se pode falar em Estado na Idade Média –, tanto no que concerne à sua estrutura como à sua função, que, neste caso, só pode falar-se de mudança e não de evolução”<sup>109</sup>.

---

<sup>106</sup> Sobre este assunto, JOHN A. HALL e G. JOHN IKENBERRY afirmam que “na cristandade latina dos começos da Idade Média, muitas funções de governo – a manutenção da paz, o estabelecimento da ordem, o estabelecimento das regras da guerra e da justiça – eram desempenhadas pela Igreja não pelos Estados *débeis* e *transitórios* que existiam nas suas fronteiras”, *El Estado*, trad. castelhana de Jesús Alborés Rey, Madrid, Alianza Editorial, 1993, p. 11, itálico nosso; cfr. ainda GEORG JELLINEK, *Teoría General del Estado*, p. 306 e ss.

<sup>107</sup> Cfr. HERMANN HELLER, *Teoría del Estado*, p. 25. O autor afirma ainda neste contexto que “os reinos e territórios da Idade Média eram, tanto no interior como no exterior, unidades de poder político, por assim dizer, apenas intermitente e até, durante séculos, apenas excepcionalmente. O “Estado” de então “não podia manter a sua ordenação de modo ininterrupto, pelo contrário apenas o conseguia temporariamente, intervindo de vez em quando para eliminar a perturbação da ordem estatal que se desejava manter. O seu poder estava limitado, no interior, pelos numerosos depositários de poderes feudais, corporativos e municipais e, no exterior, pela Igreja e pelo Imperador”, *idem*, p. 150/151; em sentido concordante, cfr. ainda GEORG JELLINEK, *Teoría General del Estado*, p. 310/311. Sobre as pressões da Santa Sé e do Império com intuito de inviabilizar a formação dos Estados-nação na Europa, cfr., por todos, AUGUSTO OLÍMPIO DE CASTRO, *Tratado de Ciencia da Administração*, p. 11 e ss. Cremos assim por desnecessário e infrutífero o debate, existente na doutrina portuguesa, entre DIOGO FREITAS DO AMARAL e JORGE MIRANDA sobre a existência de *Estado* na Idade Média, cfr., respectivamente, *Estado*, col. 1158 e ss. e *Manual de Direito Constitucional*, tomo I, p. 58 e ss., na medida em que a investigação empreendida não nos permite concluir pela existência de *Estados* pré *westfalianos*.

<sup>108</sup> BENNO VON WIESE, *La cultura de la Ilustración*, trad. castelhana de Enrique Tierno Galván, Madrid, Centro de Estudios Constitucionales, 1979, p. 32.

<sup>109</sup> HERMANN HELLER, *Teoría del Estado*, p. 39; no mesmo sentido, MAX WEBER, *Economía y Sociedad*, p. 695 e ss., máx., 1047 e ss., e JORGE REIS NOVAIS, *Os princípios constitucionais estruturantes da República Portuguesa*, Coimbra, Coimbra Editora, 2004, p. 15.

O *Estado*, forma de organização por excelência das comunidades políticas europeias nas *Idades Moderna*<sup>110</sup> e *Contemporânea*<sup>111</sup> que ORTEGA Y GASSET um dia qualificou como “o produto mais visível e notório da civilização”<sup>112</sup>, segundo GEORG JELLINEK, “pode nascer mediante uma lenta formação histórica”<sup>113</sup> e na realidade “nasceu como unidade de associação organizada conforme a uma Constituição, graças a haver dominado o duplo dualismo que formavam rei e povo e poder temporal e espiritual. Em cada Estado em particular, como não podia deixar de ser, teve lugar este fenómeno de uma maneira particular, se bem que sob o influxo, em parte, de relações políticas universais”<sup>114</sup>. Assim, em suma, historicamente o Estado é uma consequência do *Renascimento*<sup>115</sup> e da *Reforma*<sup>116</sup>.

O *Estado* é, em primeiro lugar, um apanágio do *Renascimento*<sup>117</sup> porque, com a *Paz de Westfália*<sup>118</sup> e a cessação formal e definitiva do *Sacro Império Romano*

---

<sup>110</sup> Corresponde aos séculos XVII e XVIII, cfr. JOHN GILISSEN, *Introdução Histórica ao Direito*, trad. portuguesa de António M. Hespanha e L. M. Macaísta Malheiros, Lisboa, Fundação Calouste Gulbenkian, 1988, p. 244.

<sup>111</sup> Corresponde à época desde a *Revolução Francesa* (14 de Julho de 1789) até à actualidade, cfr. JOHN GILISSEN, *idem*, p. 413.

<sup>112</sup> Cfr. J. ORTEGA Y GASSET, *La rebelión de las masas*, p. 182.

<sup>113</sup> Cfr. GEORG JELLINEK, *Teoría General del Estado*, p. 273.

<sup>114</sup> Cfr. GEORG JELLINEK, *idem*, p. 311/312.

<sup>115</sup> Segundo L. CABRAL DE MONCADA, o *renascimento* consiste na “(...) restauração geral de todas as formas de arte da Antiguidade clássica de gregos e romanos (...), combinado com outros factos igualmente conhecidos (os descobrimentos, o alvorecer do capitalismo moderno, a invenção da imprensa, os primeiros passos na investigação científica da natureza, a tentativa de uma nova interpretação do Cristianismo, o desenvolvimento do poder real, etc.), não podia deixar de criar uma *situação histórica* originalíssima, a partir da qual as concepções filosóficas do mundo, do Direito e do Estado, não podiam também deixar de se tornar outras muito diferentes”, *Filosofia do Direito e do Estado*, vol. I, p. 93 e ss.

<sup>116</sup> Segundo DIOGO FREITAS DO AMARAL, a *reforma* desencadeada por MARTIN LUTHER redundava em negar a autoridade da Igreja e do seu magistério: “o cristão só deve obediência à Sagrada Escritura, interpretada subjectivamente por cada um à sua maneira, de acordo com a sua fé, segundo o *direito de livre exame*”, *História do Pensamento Político Ocidental*, p. 147.

<sup>117</sup> Neste sentido, HERMANN HELLER, *Teoría del Estado*, p. 26, e ERNST FORSTHOFF, *El Estado de la sociedad industrial*, p. 9/10. Apesar de concordarmos com V. PEREIRA DA SILVA quando afirma que “o Estado surgira no Renascimento, como forma de dar resposta à realidade política do continente europeu” (*Em busca do acto administrativo perdido*, p. 13), já não podemos seguir o autor quando afirma que “pensado por MACCHIAVELLI, o Estado tinha por função resolver o problema político da dispersão do poder, típica da Idade Média, através da criação de uma entidade que concentrava e unificava em si todos os poderes da sociedade, e que encarnava na pessoa do príncipe” (*ibidem*). A nossa crítica vai no sentido do maior contributo de NICCOLÒ MACCHIAVELLI para a *Ciência Política* não ter consistido na idealização de um novo modelo de organização do poder político, como decorre das palavras de

Germano, as comunidades políticas europeias ficaram demarcadas, em princípio, pela área correspondente a cada uma das *nações* do velho continente<sup>119</sup>, embora a aplicação de um desejável, proposto e sufragado princípio das nacionalidades em concreto tivesse ficado condicionada pelos acordos possíveis de celebrar nas negociações ocorridas em *Münster* e em *Osnabrück*<sup>120</sup>. “A era moderna é assim a época da emancipação da política e da consolidação do Estado nacional como quadro de racionalização da vida colectiva e da emancipação do homem perante os outros poderes e instituições mais tradicionais”<sup>121</sup>. A humanidade passou deste modo a privilegiar a sua sociabilidade no âmbito de um novo tipo de comunidade construída mediante a conjugação de uma tríade

---

PEREIRA DA SILVA, porque o modelo de organização do poder político que vingou na modernidade foi arquitectado em especial por JEAN BODIN (*Los seis libros de la República*, max. p. 9 e ss. e 47 e ss.), que já foi apelidado de “um dos máximos teóricos do absolutismo político” (DAVID TORRES SANZ, *Acerca del Estado moderno en Europa: una reflexión de conjunto*, in *Boletim da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra*, vol. LXXV, Coimbra, Coimbra Editora, 1999, p. 337), e por THOMAS HOBBS, (*Leviathan*, max. cap. XVII e ss.; cfr., no sentido aqui sustentado, JÓNATAS MACHADO, *Povo*, p. 424) e como PEREIRA DA SILVA reconhece (cfr. p. 15), as preocupações de NICCOLÒ MACCHIARELLI, manifestadas em *Il Principe*, centraram-se essencialmente na *psicologia do poder* mediante o aconselhamento de LORENZO MÈDICIS sobre *arte de bem governar*, nomeadamente separando o poder da moral, e ainda na *busca* de um termo comum identificativo das diversas formas políticas existentes nas comunidades italianas do seu tempo; cfr. HERMANN HELLER, *idem*, p. 153/154, e, sobre este último assunto, JOSÉ LUCAS CARDOSO, *Autoridades administrativas independentes e Constituição*, p. 403.

<sup>118</sup> Cfr. *supra*.

<sup>119</sup> Neste sentido, JORGE MIRANDA afirma que “o Estado tende a corresponder a uma Nação”, *Manual de Direito Constitucional*, vol. I, p. 71, e relata momentos específicos de formação de várias Nações europeias, referindo com especial destaque os casos da formação das Nações francesa e inglesa proporcionadas especialmente pela *Guerra dos Cem Anos* (*idem*, p. 79/80); no mesmo sentido, MAURICE DUVERGER sustenta que a génese das Nações francesa e inglesa remonta à *Guerra dos Cem Anos* (*A Europa dos cidadãos*, trad. portuguesa de M.<sup>a</sup> do Rosário Quintela, Porto, Edições Asa, 1994, p. 20 e ss.) e ainda FRANCIS FUKUYAMA, para quem “a soberania e o Estado-Nação [são] pedras de toque do sistema vestefálio”, *A Construção de Estados*, p. 21. Em suma, como dizia FRANCISCO LUCAS PIRES, “a trajetória da vida europeia é uma história de conflitos e rupturas de povo contra povo, inclusivamente e, sobretudo, entre vizinhos”, *O que é Europa*, p. 48.

<sup>120</sup> O sistema *westfaliano* nasceu assim viciado por excepções ao princípio do *Estado-nação*, algumas das quais ainda subsistem e são uma das causas do *multiculturalismo* (cfr. *infra*); KARL POPPER considerou mesmo esse desiderato “irrealizável”, *Sobre o choque de culturas*, in KARL POPPER (org.), *Em busca de um mundo melhor*, trad. portuguesa de João Carlos Espada, João Manuel Loureiro e Teresa Curvelo, Lisboa, Editorial Fragmentos, 1992, p. 112.

<sup>121</sup> Cfr. FRANCISCO LUCAS PIRES, *O que é Europa*, p. 85; neste sentido, ORTEGA Y GASSET alerta para o aparecimento de uma nova classe social “mais poderosa em número e em energia que as pré-existentes: a burguesia. Esta indigna burguesia possuía, antes de tudo e sobretudo, uma coisa: talento, talento prático. Sabia organizar, disciplinar, dar continuidade e articulação ao esforço. Nela, como num oceano, navegava ao acaso a “nave do Estado”. A nave do Estado é uma metáfora inventada pela burguesia que se sentia a si mesma oceânica, onipotente e perturbada pelas tormentas”, *La rebelión de las masas*, p. 179/180.

de elementos composta por um *povo* (elemento subjectivo), sedeadado num *território* determinado (elemento objectivo) em cujos limites geográficos exerce um *poder político* gerador dos comandos necessários à vida colectiva (elemento institucional)<sup>122</sup>.

ANTÓNIO HESPANHA sustenta, acerca deste assunto, que “colocar a questão da existência ou não de um “Estado moderno” ou da cronologia da sua instituição está ligado a um certo contexto da reflexão sobre a sociedade e o poder. E só neste contexto faz sentido”<sup>123</sup>. Conclui a sua reflexão afirmando que “a palavra “Estado” é tudo menos um termo vazio de sentido. Nele está deposta uma carga semântica pesadíssima, marcada por pensadores muito influentes na história do pensamento político contemporâneo. Dessa carga fazem parte algumas ideias força, de resto parcialmente sobreponíveis: (i) o Estado foi a uma entidade que *separou o público do privado*, a autoridade da propriedade, a política da economia, (ii) o Estado foi a entidade que promoveu a concentração de poderes num só polo e que, por isso, *eliminou o pluralismo político* típico do Antigo Regime, (iii) o Estado foi a entidade que instituiu um *modelo racional de governo*, funcionando segundo normas gerais e abstractas”<sup>124</sup>.

O *Estado* é, por outro lado, um produto da *Reforma* porque, ainda com a *Paz de Westfália*, cessou definitivamente o poder espiritual da Santa Sé no continente

---

<sup>122</sup> Cfr., *supra*, a definição de DIOGO FREITAS DO AMARAL que adoptamos. JORGE MIRANDA revela algum cepticismo nesta concepção pois considera “impossível uma construção jurídica a partir da mera soma ou conjugação de realidades tão heterogéneas como essas. Quando muito (...), poderá falar-se no povo, no território e no poder político, em paralelo, como condições de existência do Estado”, *Sobre a Noção de Povo em Direito Constitucional*, p. 210.

<sup>123</sup> ANTÓNIO M. HESPANHA, *O debate acerca do Estado moderno*, Lisboa, Working Papers da Faculdade de Direito da Universidade Nova de Lisboa, n.º 1/1999, p. 2, disponível na *internet* em [www.fd.unl.pt/Anexos/Downloads/182.pdf](http://www.fd.unl.pt/Anexos/Downloads/182.pdf).

<sup>124</sup> ANTÓNIO M. HESPANHA, *O debate acerca do Estado moderno*, p. 3. A caracterização de Estado em apreço merece-nos dois reparos pois (i) a separação entre a Política e a Economia não se verificou de imediato com o aparecimento desta forma de organização política uma vez que na fase absolutista do Estado dominou a doutrina económica mercantilista como modo de relação entre o poder político e as actividades económicas (cfr. VALENTIN VAZQUEZ DE PRADA, *História Económica Mundial*, vol. I, p. 233 e ss., e PEDRO SOARES MARTÍNEZ, *Manual de Economia Política*, Coimbra, Livraria Almedina, 1985, p. 157 e ss.) e, por outro lado, (ii) ANTÓNIO HESPANHA reduz a sociedade às actividades política e económica, olvidando os sectores social e cultural.

Europeu<sup>125</sup>, apesar do Papa ter permanecido soberano temporal dos Estados Pontifícios, e além disso, a partir dos escritos de THOMAS HOBBS, a doutrina começou a rejeitar a origem divina da soberania<sup>126</sup>. Correlativamente, os fiéis começaram, em função dos Estados e das épocas, a estar livres para adoptarem a religião mais conforme a sua própria consciência e para organizarem, também livremente, os respectivos actos de culto<sup>127</sup>. Segundo as palavras de ADRIANO MOREIRA, “a religião passa mais a ser uma componente do Estado nacional, importante para a coesão interna do mesmo povo submetido a um poder político geral e independente de qualquer autoridade exterior, do que um sinal de unidade da república cristã. A liberdade que triunfa é a liberdade do Estado, com o nome de soberania”<sup>128</sup>. Neste contexto, poderíamos aqui adoptar como balanço uma afirmação de BENNO VON WIESE para quem “a metafísica do

---

<sup>125</sup> Cfr. *supra*. AFONSO RODRIGUES QUEIRÓ vai mais longe e sustenta mesmo que “sem LUTERO e a Reforma não seria possível MAQUIAVEL”, *Os fins do Estado – Um problema de filosofia política*, in *Acta Universitatis Coninbrigensis – Estudos de Direito Público*, vol. I, *Dissertações*, Coimbra, Imprensa da Universidade, 1989, p. 43; no mesmo sentido, MAURICE DUVERGER, afirma que os actuais sistemas políticos democráticos “não se poderiam ter implantado se a Reforma não tivesse gerado um pluralismo religioso e se o Renascimento não tivesse provocado um despertar do pensamento laico da antiguidade”, *A Europa dos cidadãos*, p. 22, e ERNST FORSTHOFF para quem “o Estado moderno é uma criação das guerras religiosas e foi o instrumento para a sua superação. O meio específico para o efeito foi a soberania”, *El Estado de la sociedad industrial*, p. 10.

<sup>126</sup> Cfr. THOMAS HOBBS, *De cive*, 1642, cit. por HERMANN HELLER, *Teoría del Estado*, p. 28.

<sup>127</sup> Segundo GEORG JELLINEK, a busca da liberdade de religião foi propulsora das lutas pelo reconhecimento dos restantes direitos fundamentais, *La declaración de los derechos del hombre y del ciudadano*, trad. castelhana de Adolfo Posada, Granada, Editorial Comares, 2009, p. 77 e ss., cfr. ainda *Teoría General del Estado*, p. 382 e ss.; no mesmo sentido FRANCIS FUKUYAMA, *O fim da História e o último Homem*, trad. portuguesa de Pedro Alves e Maria Goes, Lisboa, Gradiva, 1999, p. 313/314.

<sup>128</sup> Cfr. ADRIANO MOREIRA, *O pensamento político de Martin Lutero*, in *O Portal da História – Teoria Política*, disponível na internet em [www.arqnet.pt/portal/teoria/lutero\\_amoreira.html](http://www.arqnet.pt/portal/teoria/lutero_amoreira.html); em sentido diverso, JÓNATAS MACHADO afirma que “no século XVI a Alemanha e a França conheceram guerras civis de natureza religiosa. Por essa altura, ocorria a guerra civil inglesa, igualmente pensada pela temática religiosa. Tornava-se urgente a obtenção de soluções teóricas e institucionais que permitissem a coexistência, no seio de uma comunidade política, de confissões religiosas colocadas, pelo carácter absoluto das suas pretensões, em rota de colisão. Em boa parte essas soluções passam pela confessionalização do Estado e pelo reforço do seu poder, alicerçados em argumentos de ordem teórico-política”, *Liberdade religiosa numa comunidade constitucional inclusiva – Dos direitos da verdade aos direitos do cidadão*, Coimbra, Coimbra Editora, 1996, p. 60/61.

iluminismo [se] forma através da secularização da imagem do mundo medieval. O primado da cultura suplanta o primado do reino de Deus”<sup>129</sup>.

A propensão sentida na Europa desde o início do sistema *westefaliano* de organização do poder político pela correspondência entre *Estado* e *nação* foi, no século XIX, elevada pela doutrina europeia a *princípio das nacionalidades*<sup>130</sup> que, por sua vez, “se tornou num princípio guia do legado político ocidental (...), de tal modo que se reivindica que exista uma relação entre a *nação* e o *Estado* e apenas nessa hipótese se afirma que uma *nação* é livre em face da comunidade internacional”<sup>131</sup>. A solidariedade conferida aos termos *Estado* e *nação* pela doutrina nos trilhos da modernidade revelou-se consistente a ponto de haver *geminado* ambos os conceitos, gerando o neologismo *Estado-nação*<sup>132</sup>. Conceito que, num paradoxo meramente aparente, tem ganho mais força no contexto da pós-modernidade numa conjuntura de aglomeração do *Estado-*

---

<sup>129</sup> Cfr. BENNO VON WIESE, *La cultura de la Ilustración*, p. 23; em sentido aproximado, ERNST FORSTHOFF afirma que “no campo secular sobreviveu, especialmente na era da iluminação, o estímulo espiritual da História” e acrescenta que “a doutrina do Estado procura antes de tudo novas vias e novos objectivos”, *Stato di Diritto in trasformazione*, p. 12.

<sup>130</sup> “O século XIX será, pois, o da ideologia nacionalista; “ligadas a esta nova inflamação de consciências começam, por exemplo, a circular noções como a de “raça” ou “espírito do povo””, FRANCISCO LUCAS PIRES, *O que é Europa*, p. 99. Para uma sùmula das metamorfoses transfronteiriças que tentaram aproximar a realidade do mapa europeu de um conjunto de Estados cujas fronteiras observassem o princípio das nacionalidades, cfr. NGUYEN QUOC DINH, PATRICK DAILLIER e ALAIN PELLET, *Droit International Public*, Paris, L.G.D.J. – Librairie Générale de Droit e de Jurisprudence, 1999, p. 61 e ss., FERNANDO MARIÑO, *Derecho Internacional Público*, p. 29/30, e PAULO OTERO, *Instituições políticas e Direito Constitucional*, vol. I, Coimbra, Livraria Almedina, 2007, p. 493/494.

<sup>131</sup> Cfr. ADRIANO MOREIRA, *Nação*, in *Polis – Enciclopédia Verbo da Sociedade e do Estado*, vol. IV, Lisboa, Verbo Editora, 1986, col. 495, e *Ciência Política*, Coimbra, Livraria Almedina, 1989, p. 342 e ss., e ainda JORGE MIRANDA, *Sobre a noção de Povo em Direito Constitucional*, p. 207/208. O princípio das *nacionalidades* foi estendido ao resto do planeta a partir do discurso proferido pelo presidente norte-americano WOODROW WILSON perante o Congresso dos Estados Unidos da América, em 8 de Janeiro de 1918, para a reconstrução europeia após a Primeira Guerra Mundial (vulgo, *Catorze pontos de WILSON*) e começou a ser identificado por *princípio da autodeterminação dos povos*, cfr. JOHN RAWLS, *O Direito dos Povos*, trad. portuguesa de Luís Carlos Borges e Sérgio Sérvulo da Cunha, São Paulo, Livraria Martins Fontes Editora, 2001, p. 47 e ss. e 79 e ss.

<sup>132</sup> A expressão *Estado-nação* é adoptada, v. g., privilegiando os títulos mais recentes, por FRANCISCO LUCAS PIRES, *Introdução ao Direito Constitucional Europeu*, p. 7, e *Introdução à Ciência Política*, p. 77, MAURICE DUVERGER, *A Europa dos cidadãos*, p. 18, e *Europa – O Estado da União*, trad. portuguesa de Gonçalo Praça, Lisboa, Editorial Notícias, 1995, p. 45, HORST DIPPEL, *História do Constitucionalismo Moderno – Novas perspectivas*, trad. portuguesa de António M. Hespanha e Cristina N. Silva, Lisboa, Fundação Calouste Gulbenkian, 2007, p. 4, e FRANCIS FUKUYAMA, *A Construção de Estados*, p. 122.

nação em espaços políticos e económicos de maior dimensão, tendencialmente em blocos continentais<sup>133</sup>. A análise subsequente incidirá ainda sobre o Estado *westefaliano*, apesar de ser certo e sabido que este modelo está em crise. “Mas não está ultrapassado e, apesar da sua relativização, da sua “impotência parcial”, assume um importante papel na prossecução do bem comum, da *iustitia politica*. Evidentemente, a capacidade de regulação do Estado conhece novos limites e as tarefas de Estado são objecto de reavaliação”<sup>134</sup>.

Analisada a ligação genética entre *Estado* e *nação*, verificamos que no percurso subsequente da modernidade, as relações entre *Leviathan* e a sua essência cultural nem sempre revelaram esta cumplicidade ancestral<sup>135</sup>. Com efeito, uma vez consolidado o exercício de um poder político soberano por um centro institucionalizado, primeiro monarca absoluto e depois órgãos representativos, sobre um território com fronteiras definidas e tendencialmente estáveis<sup>136</sup>, o poder político instituído, de uma ou de outra forma, sempre conferiu prioridade à prossecução de fins de outra espécie que não a cultura<sup>137</sup>. Contudo, recordando as palavras magistrais de AFONSO RODRIGUES QUEIRÓ, “se lançarmos um golpe de vista para a História, o espectáculo que teremos

---

<sup>133</sup> Cfr. *supra*.

<sup>134</sup> JOÃO LOUREIRO, *Desafios de Témis, Trabalhos dos Homens - Constitucionalismo, Constituição Mundial e “Sociedade de Risco”*, in *Nação e Defesa*, Lisboa, Instituto da Defesa Nacional, n.º 97, 2.ª série, 2001, p. 56.

<sup>135</sup> Ao invés, é reconhecido que a relação do Direito com a cultura nunca foi fácil, neste sentido RAFAEL BARRANCO VELA, *El ámbito jurídico-administrativo del derecho de la cultura – Una reflexión sobre la intervención de la Administración Pública en el ámbito cultural*, in FRANCISCO BALAGUER CALLEJÓN (org.), *Derecho Constitucional y Cultura – Estudios en homenaje a Peter Häberle*, Madrid, Tecnos, 2004, p. 202; cfr. *infra*.

<sup>136</sup> Sobre a consolidação do Estado moderno, cfr., por todos, ANTÓNIO M. HESPANHA, *As vésperas do Leviathan*, e DIOGO FREITAS DO AMARAL, *D. Manuel I e a construção do Estado moderno em Portugal*, Coimbra, Tenacitas, 2003.

<sup>137</sup> Neste sentido, MARCOS VAQUER CABALLERIA, *Estado y Cultura – La función de los poderes públicos en la Constitución Española*, Madrid, Editorial Centro de Estudios Ramón Areces, 1998, p. 64; contra, ANDRÉ-HUBERT MESNARD sustenta que “a acção cultural do Estado é praticamente tão antiga quanto a sua actividade económica”, *L’action culturelle des pouvoirs publics*, Paris, L.G.D.J. – Librairie Générale de Droit e de Jurisprudence, 1969, p. 13. Com efeito, não negamos que possam existir *vestigios* antigos de uma actividade cultural esporádica do Estado, v. g. mecenato, o que aqui contestamos é que o Estado estivesse empenhado, pelo menos em fase anterior ao Estado social, numa actividade cultural continuada, cfr. *infra*, I.



diante de nós será o de uma imensa *obra*, resultado dum secular e apaixonado esforço do homem. O conhecimento das várias formas desta obra, eis o que deve ser a missão e o objecto da ciência histórica. E essa obra porque nome se designa? Sob a influência da Filosofia germânica, convencionou-se chamar-lhe de *Cultura* (de *Kultur*)”<sup>138</sup>.

## 1.2. Em busca do conceito de *Cultura*

A pré-compreensão do fenómeno cultural implica o recurso à antropologia como ciência auxiliar do Direito na medida em que é este o ramo da sapiência que estuda a realidade social em apreço<sup>139</sup>. A presente investigação não tem por objecto um tema de antropologia e nesse contexto cremos que se impõem duas observações: por um lado, a busca de um conceito de *cultura* é teleologicamente apontada para a relevância jurídica, nomeadamente constitucional, do fenómeno cultural e, por outro lado, o labor empreendido no presente *item* não deixa de ser tributário de uma metodologia de investigação e de exposição que denuncia maior proximidade com o quotidiano do jurista que propriamente com os métodos de trabalho do antropólogo.

A tarefa proposta nem é sequer completamente desconhecida da comunidade jurídica pois, como afirma STEFAN HUSTER, “o conceito de cultura disfruta de uma boa conjuntura. Não apenas entre cultura e política, como também entre cultura e Direito – incluída a Ciência do Direito – parece haver-se desenvolvido nos últimos anos uma nova intimidade: a cultura está na boca de todos como objecto e factor da política e do Direito. Sem embargo, não é fácil analisar e valorar esta evolução pela simples razão

---

<sup>138</sup> Cfr. AFONSO R. QUEIRÓ, *Os fins do Estado*, p. 23, o autor usa a expressão *cultura* por oposição a *natureza*; cfr. *infra*.

<sup>139</sup> Neste preciso sentido, ANDRÉ-HUBERT MESNARD, *L'action culturelle des pouvoirs publics*, p. 13.

de que a Ciência do Direito não dispõe de um conceito preciso de cultura”<sup>140</sup>. O autor reconhece ainda que “poucos conceitos têm contornos tão difusos, são tão equívocos e estão tão carregados ideologicamente como o de cultura”<sup>141</sup>. JORGE MIRANDA pronuncia-se em sentido análogo quando afirma que formular uma definição de *cultura* se afigura como “tarefa das mais difíceis e talvez das mais inglórias”<sup>142</sup>. Contudo, JORGE MIRANDA não entrega as armas e propõe de imediato os seguintes critérios para aproximação ao conceito de *cultura*: (i) tudo quanto tem significado espiritual e, simultaneamente, adquire relevância colectiva, (ii) tudo que se reporta a bens não económicos, (iii) tudo que tem que ver com obras de criação ou de valoração humana, contrapostas às puras expressões da natureza<sup>143</sup>. Outros juristas, aparentemente mais cépticos, como VASCO PEREIRA DA SILVA, afirmam mesmo que “definir cultura [se] apresenta mesmo como uma impossibilidade cultural”<sup>144</sup>. Contudo, alguns trabalhos empreendidos pelos antropólogos e entretanto avocados pela comunidade jurídica para efeito de enquadramento normativo, demonstram o sucesso na aproximação dos conceitos de *cultura* e *Direito*<sup>145</sup>. Conforme sustenta, com inegável perspicácia, HONORIO VELASCO, “se um conceito tão revisto e tão manipulado como o de “cultura” mantém interesse, talvez seja, como advertia MARTIN HEIDEGGER (1938)

---

<sup>140</sup> Cfr. STEFAN HUSTER, *La cultura en el Estado constitucional*, in STEFAN HUSTER, ANTONIO PAU e MARÍA J. ROCA, *Estado y cultura*, Madrid, Fundación Coloquio Jurídico Europeo, 2009, p. 13.

<sup>141</sup> Cfr. STEFAN HUSTER, *ibidem*; contudo, insiste na necessidade de “proceder de modo pragmático que incida sobre as funções deste conceito em contextos jurídicos”, *idem*, p. 14, cfr. *infra*.

<sup>142</sup> Cfr. JORGE MIRANDA, *O património cultural e a Constituição - Tópicos*, in JORGE MIRANDA, JOÃO MARTINS CLARO e MARTA TAVARES DE ALMEIDA (org.), *Direito do Património Cultural*, Oeiras, Instituto Nacional de Administração Pública, 1996, p. 253; a *dúvida metódica* e as *posturas de análise* são reiteradas por JORGE MIRANDA em *Notas sobre cultura, Constituição e direitos culturais*, in *O Direito*, Lisboa, Juridireito – Edições Jurídicas, n.º 138, 2006, vol. IV, p. 1.

<sup>143</sup> Cfr. JORGE MIRANDA, *O património cultural e a Constituição*, *idem*, e *Notas sobre cultura, Constituição e direitos culturais*, *idem*. Advertimos que o segundo dos tópicos propostos por JORGE MIRANDA merece a nossa discordância *in limine*, cfr. *infra*.

<sup>144</sup> Cfr. VASCO PEREIRA DA SILVA, *A cultura a que tenho direito – Direitos fundamentais e cultura*, Coimbra, Livraria Almedina, 2007, p. 8; embora o autor não abdique de “proceder (...) a uma tentativa de delimitação “aberta” do âmbito da cultura, designadamente para efeito de aplicação das normas jurídicas que se lhe refiram”, *idem*, p. 8/9; cfr. *infra*.

<sup>145</sup> Cfr. *infra*.

porque, do mesmo modo que o de tecnologia e o de investigação científica, é especialmente revelador *de e para* a modernidade”<sup>146</sup>.

A tarefa de delimitação do conceito de *cultura* afigura-se-nos imprescindível no âmbito do tratamento do tema em apreço na medida em que ao perfilharmos uma concepção antropocêntrica do Direito Constitucional<sup>147</sup> não podemos olvidar as máximas de DENIS CUCHE: “o homem é essencialmente um ser de cultura”<sup>148</sup> e “nada no homem é puramente natural”<sup>149</sup>. Considerando que nos propormos averiguar no domínio das Ciências Jurídicas, também não podemos ignorar uma outra advertência de DENYS CUCHE segundo a qual “as ciências sociais, apesar das suas preocupações com a autonomia epistemológica, nunca são por completo independentes dos contextos intelectuais e linguísticos em que elaboramos seus esquemas teóricos e conceptuais. É por isso que o exame do conceito científico de cultura implica o estudo da sua história, ela própria ligada à génese social da ideia moderna de cultura. Esta génese social revela que, por trás dos desacordos semânticos acerca da definição correcta do termo, se escondem desacordos sociais e nacionais. As lutas de definição são, na realidade, lutas sociais, revelando o sentido a dar aos termos de paradas sociais de fundo”<sup>150</sup>.

---

<sup>146</sup> Cfr. HONORIO M. VELASCO, *La cultura, noción moderna*, in *Patrimonio cultural y Derecho*, Madrid, Asociación Hispania Nostra, n.º 10, 2006, p. 11; itálicos nossos.

<sup>147</sup> A concepção citada no texto assenta no pressuposto da eminente dignidade da pessoa humana como premissa antropológico-cultural do Estado, sendo a democracia uma consequência organizatória daquela; cfr. PETER HÄBERLE, *El Estado Constitucional*, p. 169 e ss. e *Teoría de la Constitución como Ciencia de la Cultura*, trad. castelhana de Emilio Mikunda, Madrid, Tecnos, 2000, p. 28 e ss., PABLO LUCAS VERDÚ, *Teoría de la Constitución como Ciencia Cultural*, Madrid, Dykinson, 1998, p. 73 e ss., e PAULO OTERO, *Instituições políticas e Direito Constitucional*, vol. I, máx. p. 27 e ss, e *infra*, III.

<sup>148</sup> DENIS CUCHE, *A noção de cultura nas ciências sociais*, trad. portuguesa de Fernando Gandra e Miguel Serras Pereira, Lisboa, Fim de Século Edições, 2003, p. 23.

<sup>149</sup> DENIS CUCHE, *idem*, p. 24; em sentido aproximado LAURA BETTENCOURT PIRES sustenta que “a cultura se refere aos componentes simbólicos e aprendidos do comportamento humano, tais como a língua, a religião, os hábitos de vida e as convenções. Sendo o oposto do instinto, é muitas vezes considerada como aquilo que distingue o homem do animal. No âmbito desta perspectiva, cultura, que apenas o Homem possui, corresponde ao desenvolvimento intelectual e a um refinamento de atitudes”, *Teorias da Cultura*, p. 35.

<sup>150</sup> DENYS CUCHE, *idem*, p. 25; de igual modo, MARCOS VAQUER adverte que “o conceito de cultura requer uma prévia reflexão histórica”, *Estado y Cultura*, p. 31.

Neste contexto, JESÚS PRIETO DE PEDRO<sup>151</sup> busca as origens do conceito em apreço no vocábulo latino *colere* que em *Roma* era entendido *strictu sensu* como a acção de cultivar a terra e foi esse o significado linguístico que manteve até finais do século XVIII<sup>152</sup>, logrando inclusive acolhimento nos textos das Constituições francesas de 1791 e de 1793<sup>153</sup>. Verificamos assim que neste sentido primário do conceito está já presente uma ideia de *transformação da natureza por acção humana* com intuito de tornar o solo fértil ou frutífero. Ainda segundo JESÚS PRIETO, entretanto o vocábulo *cultura* começa a ser utilizado em sentido figurado, já não o de transformar a terra com intuito de a tornar fértil mas com o desiderato de aperfeiçoar o *espírito*<sup>154</sup> e, segundo o *Diccionario de la lengua castellana* de 1727, era definido nos seguintes termos: “metaforicamente é o cuidado e a aplicação para que alguma coisa se aperfeiçoe; como o ensino a um jovem, para que possa esclarecer o seu entendimento”<sup>155</sup>. Com vista a ilustrar a evolução do significado do termo em apreço, JESÚS PRIETO encontra arrimo nos trabalhos de ESTEBAN DE TERREROS Y PARDO que, já em 1786, o definia como “o cuidado que se toma para cultivar a razão, os costumes, as ciências e as artes”<sup>156</sup>. Acerca da evolução do significado do vocábulo *cultura*, JESÚS PRIETO observa, por último, uma metamorfose linguística algo peculiar sustentando a ideia segundo a qual “existe uma confluência de sentidos, o original e o novo, que revela uma curiosa dívida etimológica da cultura com a natureza: cultura, que provem do vocábulo

---

<sup>151</sup> Cfr. JESÚS PRIETO, *Cultura, culturas y Constitución*, p. 23 e ss.; cfr. ainda *Cultura*, in *Enciclopedia Jurídica Básica*, tomo II, Madrid, Editorial Civitas, 1994, p. 1872/1873.

<sup>152</sup> JESÚS PRIETO louva-se, para o efeito, em ANTOINE FUTIÈRE, autor do *Dictionnaire Universel* (1690), que definia o vocábulo *cultura* como a “diligência para tornar o solo fértil, transformando-o de modo a torná-lo apto para elevar uma árvore ou uma planta”, *Cultura, culturas y Constitución*, p. 23; no mesmo sentido MICHELE AINIS menciona “agri-cultura” como o primeiro sentido histórico do termo *cultura*, *Cultura e Política – Il modelo costituzionale*, Milano, Cedam, 1991, p. 58.

<sup>153</sup> Cfr., v. g., artigo 17.º da *Constituição de 1793* que dispunha: “nenhum género de trabalho, de *cultura*, e de comércio pode ser vedado à industria dos cidadãos”, itálico nosso.

<sup>154</sup> Cfr. JESÚS PRIETO, *Cultura, culturas y Constitución*, p. 24.

<sup>155</sup> Cfr. *Diccionario de la lengua castellana* de 1727, cit. por JESÚS PRIETO, *ibidem*.

<sup>156</sup> Cfr. ESTEBAN DE TERREROS Y PARDO, *Diccionario castellano*, 1786, cit. por JESÚS PRIETO, *ibidem*.

latino *colere*, inicialmente designou apenas (...) a acção de cultivar a terra mas o uso metafórico (cultivar o espírito) penetra com tal força [no vocabulário] que acabará por deslocar aquele primeiro sentido, o qual, para permanecer no dicionário, necessitou de servir-se da muleta de um vocábulo composto (*agricultura*), prova evidente da sua derrota semântica”<sup>157</sup>. Assim, em síntese e recorrendo à expressão de MICHELE AINIS, “a noção de cultura como um processo de crescimento é uma componente de relevo do conceito constitucional de cultura; mas é apenas um item que não esgota o valor semântico do termo em questão”<sup>158</sup>.

O progresso linguístico, em movimento paralelo à formação do vocábulo *cultura*, gerou um outro com este conexo: o termo *civilização*<sup>159</sup>. A primeira distinção apontada, pelo menos na acepção francesa da questão, reside no âmbito subjectivo dos conceitos e, desse modo, enquanto “a “cultura” evoca mais os progressos individuais, a “civilização” [reflecte basicamente] os progressos colectivos”<sup>160</sup>. A síntese proposta por DENIS CUCHE compreende três características essenciais do conceito de *civilização*: “A civilização (i) é (...) definida como um processo de melhoramento das instituições, da legislação e da educação. A civilização (ii) é um movimento que se encontra longe de estar concluído, que é necessário sustentar e que afecta a sociedade inteira, a começar pelo Estado, que deve desembaraçar-se de tudo o que é ainda menos razoável no seu funcionamento. Por fim, a civilização (iii) pode e deve alargar-se a todos os povos que

---

<sup>157</sup> Cfr. JESÚS PRIETO, *ibidem*; itálico nosso. Sobre a evolução do termo *cultura*, em termos coincidentes com os apurados por JESÚS PRIETO, cfr. ainda DENIS CUCHE, *A noção de cultura nas ciências sociais*, p. 30 e ss., HONORIO VELASCO, *La cultura, noción moderna*, p. 16 e ss., e LAURA BETTENCOURT PIRES, *Teorias da Cultura*, p. 39 e ss.

<sup>158</sup> Cfr. MICHELE AINIS, *Cultura e Política*, p. 58.

<sup>159</sup> Neste sentido, DENIS CUCHE, *idem*, p. 32.

<sup>160</sup> Cfr. DENIS CUCHE, *ibidem*; sobre esta questão, cfr. ainda, em sentido coincidente, MICHELE AINIS, *Cultura e Política*, p. 59 e ss.

compõem a humanidade”<sup>161</sup>. A dicotomia verbal *cultura / civilização* em apreço é, no entanto, oriunda da doutrina alemã e a sua causa próxima reside no distanciamento entre aristocracia e burguesia verificado nos Estados alemães que não encontrava paralelo em sociedades como, v. g., a francesa ou a inglesa. Ainda segundo DENIS CUCHE, “ao contrário do que caracteriza a situação francesa, a burguesia e a aristocracia não mantêm, na Alemanha, laços estreitos. A nobreza está relativamente isolada das camadas sociais intermédias, as cortes principescas são muito fechadas, a burguesia vê-se em larga medida afastada de qualquer acção política. Esta circunstância social alimenta um certo ressentimento, nomeadamente em bom número de intelectuais que, na segunda metade do século [XIX], vão opor os valores ditos “espirituais” baseados na ciência, na arte, na filosofia e também na religião, aos valores “cortesões” da aristocracia. Aos seus olhos, só os primeiros são valores autênticos, profundos; os segundos são superficiais e desprovidos de sinceridade”<sup>162</sup>. Em jeito de balanço à análise precedente, o autor adverte que “o debate franco-alemão entre os séculos XVIII e XIX é arquetípico das duas concepções da cultura, uma particularista e a outra universalista, que se encontram na base das duas maneiras de definir o conceito de cultura nas ciências sociais contemporâneas”<sup>163</sup>.

---

<sup>161</sup> Cfr. DENIS CUCHE, *idem*, p. 33; segmentação do texto nossa. Curiosa a observação de ORTEGA Y GASSET neste contexto para que “a Civilização não é outra coisa senão o ensaio de reduzir a força à *ultima ratio*”, *La rebelión de las masas*, p. 139.

<sup>162</sup> Cfr. DENIS CUCHE, *idem*, p. 34; no mesmo sentido, JÜNGEN HABERMAS, *Mudança estrutural da esfera pública – Investigações quanto a uma categoria da sociedade burguesa*, trad. portuguesa de Flávio R. Kothe, Rio de Janeiro, Tempo Brasileiro, 2003, p. 91, FRANCESCO RIMOLI, *La libertà dell’arte nell’ordinamento italiano*, Padova, Cedam, 1992, p. 33 e ss., MAURICE DUVERGER que designa o primeiro sentido de cultura por “ideal de vida intelectual”, *Sociologia da Política – Elementos de Ciência Política*, trad. portuguesa de António Gonçalves, Coimbra, Livraria Almedina, 1983, p. 86, e LAURA BETTENCOURT PIRES, *Teorias da Cultura*, p. 36 e 42.

<sup>163</sup> Cfr. ainda DENIS CUCHE, *idem*, p. 38; sobre este assunto, cfr. a visão pessimista de ORTEGA Y GASSET para quem o acesso das massas à cultura representa simultaneamente uma *inutilidade* (“Actualmente (...), o homem médio tem as ideias mais taxativas sobre quanto acontece no universo. Por isso perdeu o uso da audição. Para quê ouvir, se já tem dentro quanto falta? Já não é tempo de escutar, pelo contrário de julgar, de sentenciar, de decidir. Não há questão da vida pública na qual não intervenha, cego e surdo como é, impondo as suas “opiniões”. Mas não é isto uma vantagem? Não representa um

Sobre o mesmo problema se debruçou, nos alvares do século XX, AFONSO RODRIGUES QUEIRÓ, no entanto numa perspectiva ligeiramente diversa na medida em que classifica *cultura* segundo dois critérios distintos. O primeiro, que assenta na relevância do tempo nas manifestações culturais, distingue entre um sentido *objectivo* e *histórico* de cultura e um sentido *subjectivo* e *a-histórico* do conceito<sup>164</sup>. Sendo que no primeiro caso, “a Cultura revela-se-nos como o conteúdo da vida histórica”<sup>165</sup>, enquanto que no segundo “a Cultura pode ser considerada, não já como facto passado, como *obra*, mas como tarefa de futuro, como *actividade* a realizar”<sup>166</sup>. Aprimora a sua exposição com “uma contemplação imparcial do devir histórico [que nos] revela como sectores da Cultura os seguintes: a religião, a moral, a arte, a ciência, a economia e a técnica”<sup>167</sup>. Contudo, AFONSO QUEIRÓ não rejeita o critério da distinção entre *civilização* e *cultura*, considerando-o até parcialmente coincidente com o primeiro<sup>168</sup>, que descreve nos seguintes termos: “se a actividade humana é, de qualquer modo, comandada pelo império da necessidade, da vida natural, estamos perante uma actividade de ordem *civilizadora*; se a actividade humana, ao invés, é determinada pela razão, pelo propósito de aperfeiçoamento e de superação, então encontrar-nos-emos perante uma actividade de ordem puramente *cultural*”<sup>169</sup>.

---

progresso enorme que as massas tenham ideias, quer dizer, que sejam cultas? De modo nenhum. As “ideias” deste homem médio não são autenticas ideias, nem o facto de as possuir é cultura”. *La rebelión de las masas*, p. 136) e um *perigo* (“A quantidade de cultura mede-se pela maior ou menor precisão das normas. Onde há pouca, regulam a vida apenas *grosso modo*; onde há muita, penetram até ao detalhe no exercício de todas as actividades. A escassez de cultura intelectual (...), isto é, do cultivo ou exercício disciplinado do intelecto manifesta-se não em que se saiba mais ou menos, ao invés na habitual falta de cautela e cuidados para se ajustar à verdade que frequentemente mostram os que falam e escrevem. Não significa que se acerte ou não – a verdade não está na nossa mão –, pelo contrário na falta de escrúpulos que leva a não cumprir os requisitos elementares para acertar”, *idem*, p. 137).

<sup>164</sup> Cfr. AFONSO QUEIRÓ, *Os fins do Estado*, p. 23/24.

<sup>165</sup> Cfr. AFONSO QUEIRÓ, *ibidem*.

<sup>166</sup> Cfr. AFONSO QUEIRÓ, *idem*, p. 24

<sup>167</sup> Cfr. AFONSO QUEIRÓ, *ibidem*.

<sup>168</sup> Cfr. AFONSO QUEIRÓ, *ibidem*.

<sup>169</sup> Cfr. AFONSO QUEIRÓ, *ibidem*.

HONORIO VELASCO, ao proceder à compilação dos “múltiplos significados do conceito de cultura”<sup>170</sup> não deixa de alertar o leitor para “as ambiguidades e significados múltiplos do conceito” em apreço<sup>171</sup>, contudo distingue um “significado de “cultura” [que] tem o seu núcleo na arte e naquele sector da ciência que ainda designamos por humanidades mas que se estende (...) a todas as ciências e a todas as artes até inundar e definir o amplo campo do saber, dos conhecimentos”<sup>172</sup>; este é o sentido de cultura que HONORIO VELASCO qualifica como “humanista” e considera um conjunto de *actividades* “separado da realidade social”<sup>173</sup>. Por outro lado, o autor menciona que “este significado de cultura coexiste com os propostos e elaborados desde a antropologia e outras ciências sociais (...) e que incluem todas as instituições formais ou não, todos os comportamentos, os produtos, os saberes e as crenças de todas as sociedades humanas. Implicam a existência actual e histórica de numerosas e muito diversas culturas, de forma que todas elas merecem a qualificação como tal”<sup>174</sup>; este é o sentido de cultura que HONORIO VELASCO qualifica como “antropológico”, isto é, que confere *identidade cultural* a um povo e, diversamente do anterior, só é passível de aquisição por “socialização”<sup>175</sup>.

STEFAN HUSTER, por seu turno, sufraga uma classificação de teor aproximado à sustentada por HONORIO VELASCO, distinguindo entre “a cultura no

---

<sup>170</sup> Cf. HONORIO VELASCO, *Identidad cultural y política*, p. 266 e ss.

<sup>171</sup> Cf. HONORIO VELASCO, *idem*, p. 266.

<sup>172</sup> Cf. HONORIO VELASCO, *ibidem*.

<sup>173</sup> Cf. HONORIO VELASCO, *ibidem*.

<sup>174</sup> Cf. HONORIO VELASCO, *idem*, p. 267.

<sup>175</sup> Cf. HONORIO VELASCO, *ibidem*; em sentido aproximado ao proposto por HONORIO VELASCO mas aparentemente afastando *in limine* a possibilidade de democratização da cultura, cfr. LAURA BETTENCOURT PIRES que sustenta que “as discussões em torno do conceito de cultura incluem a distinção entre a ideia de cultura erudita, pertencendo a um grupo privilegiado, e a ideia de cultura como sendo aquilo que define todo o modo de vida de um povo”, *Teorias da Cultura*, p. 35/36 e ss.



Estado constitucional”, arte e ciência, da “cultura do Estado constitucional”, totalidade das convicções, atitudes e formas de vida dos cidadãos”<sup>176</sup>.

JESÚS PRIETO sufraga uma classificação não muito distinta da anterior que distingue “cultura” de “culturas”<sup>177</sup> e entende o primeiro termo, que denomina por cultura em sentido “geral”, como “o conjunto acumulativo de bens e valores do espírito criados pelo homem através da sua genuína faculdade de simbolização mas também sobre as suas manifestações sócio-históricas”<sup>178</sup>, enquanto considera o segundo, que denomina por cultura em sentido “colectivo” ou étnico”, como “um modo de ser determinado de uma comunidade, de um povo, de uma nação, portadores de um sistema coerente de conteúdos e valores culturais que também são objecto de reconhecimento, protecção e tutela jurídica”<sup>179</sup>.

ANDRÉ-HUBERT MESNARD, embora denuncie no seu discurso uma carga ideológica fortemente marcada pela conjuntura histórica em que escreveu sobre o tema<sup>180</sup>, navega por águas mais tenebrosas rumo a porto contíguo ao distinguir um entendimento de cultura “como o produto de uma actividade intelectual e artística”<sup>181</sup> de

---

<sup>176</sup> Cfr. STEFAN HUSTER, *La cultura en el Estado constitucional*, p. 14.

<sup>177</sup> Cfr. JESÚS PRIETO, *Cultura, culturas y Constitución*, p. 35 e ss; aliás, o autor aceita, a título de *pré-compreensão*, “a inexistência de um sentido unívoco de cultura nos diversos enunciados em que o texto constitucional [espanhol] utiliza este vocábulo: uma comparação destes mesmos enunciados permite-nos induzir, numa primeira aproximação de vulto, a presença de um uso polissémico, concretizável em duas noções qualitativas de cultura – a noção étnica ou coletiva e a noção geral – e, desde o ponto de vista quantitativo, na diferente amplitude (...) que o referido vocábulo tem na Constituição”, *idem*, p. 50/51. Cfr., no mesmo sentido, LAURA BETTENCOURT PIRES, *idem*, p. 41.

<sup>178</sup> Cfr. JESÚS PRIETO, *Cultura, culturas y Constitución*, p. 36, cfr. ainda *Cultura*, p. 1873.

<sup>179</sup> Cfr. JESÚS PRIETO, *Cultura, culturas y Constitución*, *Cultura, culturas y Constitución*, *ibidem*; constatamos que o conceito que HONORIO VELASCO designa por *cultura em sentido humanista* corresponde à *cultura em sentido geral* de JESÚS PRIETO, enquanto o conceito de *cultura em sentido antropológico* para HONORIO VELASCO corresponde à *cultura em sentido “colectivo” ou “étnico”* de JESÚS PRIETO, cfr. ainda *Cultura*, p.1874. Sobre o conceito de *cultura*, cfr. ainda as exposições de RAFAEL BARRANCO VELA, *El ámbito jurídico-administrativo del derecho de la cultura*, p. 198 e ss, MARCOS VAQUER, *Estado y Cultura*, p. 25 e ss. e 81 e ss., e JAVIER TAJADURA, *La Constitución Cultural*, in *Revista de Derecho Político*, Madrid, Universidad Nacional de Educación a Distancia, n.º 43, 1998, p. 107 e ss.

<sup>180</sup> ANDRÉ-HUBERT MESNARD defendeu a sua tese doutoral em Dezembro de 1967 (cfr. *L’action culturelle des pouvoirs publics*, p. 9), exactamente cinco meses antes do histórico de Maio de 1968...

<sup>181</sup> Cfr. ANDRÉ-HUBERT MESNARD, *L’action culturelle des pouvoirs publics*, p. 14.

um outro entendimento de cultura segregado pelos grupos sociais mais desfavorecidos que não têm acesso a bens e serviços de alta cultura, nomeadamente a educação<sup>182</sup>, e que se caracteriza por um nível intelectual inferior, como v. g. “músicas e danças populares, teatro de rua”<sup>183</sup>.

Conforme opção assumida inicial e conscientemente<sup>184</sup>, a metodologia adoptada na investigação seguiu a via da busca de uma pré-compreensão do conceito de *cultura* com recurso à antropologia, compreendendo o plano de trabalho, em momento posterior, a subsunção desta premissa menor ao enunciado constitucional para efeitos de obtenção de um *conceito constitucionalmente adequado de cultura*, pelo menos adequado à *Constituição da República Portuguesa*<sup>185</sup>. Assim, o relato desta *sorradeira* incursão de um jurista – formado numa *Escola* e numa conjuntura cujos protagonistas fazem quotidianamente profissão de fé no abandono do positivismo como doutrina jurídica mas que na generalidade por insuficiência de sedimentação de novos quadros conceptuais nos manuais escolares se mantêm fieis no seu discurso a uma tradição positivista que proclamam rejeitada, decadente ou simplesmente extinta – pela antropologia pode ser registado a título de balanço quando à delimitação do conceito de *cultura*, principalmente com o objectivo de delimitarmos o conteúdo e a essência do mesmo com vista à prossecução da investigação, mediante citação do pensamento de dois mestres que ao assunto dedicaram bons anos das suas carreiras de investigadores.

Quanto à doutrina portuguesa, ANTÓNIO JOSÉ SARAIVA, em trecho no qual o autor transmite em linguagem acessível, mesmo ao investigador menos familiarizado com o léxico do antropólogo, uma visão panorâmica mas simultaneamente abrangente

---

<sup>182</sup> Cfr. ANDRÉ-HUBERT MESNARD, *ibidem*.

<sup>183</sup> Cfr. ANDRÉ-HUBERT MESNARD, *idem*, p. 15.

<sup>184</sup> Cfr. *supra*.

<sup>185</sup> Cfr. *infra*, II, 2.

do conceito de *cultura*, sustenta que “cultura [se] opõe a *natura* ou natureza, isto é, abrange todos aqueles objectos ou operações que a natureza não produz e que lhe são acrescentados pelo espírito<sup>186</sup>. A fala é já condição de cultura. Por ela se comunicam emoções ou concepções mentais. A religião<sup>187</sup>, a arte, o desporto, o luxo, a ciência e a tecnologia são produtos da cultura”<sup>188</sup>. Adverte no entanto que “este é o sentido mais extenso de *cultura*, que coincide com o de *civilização*, palavra que se propagou por via francesa. *Cultura*, essa, difundiu-se por via alemã. Em sentido mais restrito, entende-se por cultura todo o conjunto de actividades lúdicas ou utilitárias, intelectuais ou afectivas que caracterizam especificamente um determinado povo”<sup>189</sup>. Neste contexto, não podemos deixar de mencionar, e até de sufragar, aqui o contributo do jurista espanhol JESÚS PRIETO DE PEDRO segundo o qual “para além da adaptação biológica que a espécie humana realiza através dos mecanismos de fixação e codificação genética, o

---

<sup>186</sup> Além dos autores anteriormente citados, cfr. *supra*, sobre a distinção entre *natureza* e *cultura* já alguns juristas de créditos firmados se pronunciaram, em sentido concordante com a posição citada no texto, sustentando que a segunda constitui “uma imensa obra, resultado dum secular e apaixonado esforço do homem”, como opina AFONSO RODRIGUES QUEIRÓ (*Os fins do Estado*, p. 23), ou que “a cultura aparece (...) como a inserção de fins humanos na natureza, cumpre ainda advertir que, ao falar aqui de fim, não entendemos esta palavra em sentido racionalista-utilitário, pelo contrário em sentido amplo (...). Segundo o qual, os belos desenhos que nos deixou o homem das cavernas constituem também uma conformação da realidade segundo fins, no nosso sentido” (na expressão de HERMANN HELLER, *Teoría del Estado*, p. 48); em sentido análogo, cfr. PETER HÄBERLE, *Teoría de la Constitución como Ciencia de la Cultura*, p. 66 e ss., e *La Constitución como cultura*, trad. castelhana de Francisco Fernández Segado, in *Anuario Iberoamericano de Justicia Constitucional*, n.º 6, Madrid, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2002, p. 189.

<sup>187</sup> Sobre a inclusão da religião no universo da cultura, o decurso da História veio a desenvolver-se em movimento em sentido contrário às posições de AFONSO QUEIRÓ e de ANTÓNIO JOSÉ SARAIVA mencionadas na medida em que a *religião* deixa de constituir aspecto essencial da cultura de um povo, por um lado, com a consagração da liberdade religiosa e, portanto, do Estado laico, e, por outro lado, a religião não integra a cultura como ciência porque não consiste numa obra ou criação do espírito humano; neste sentido, PETER HÄBERLE, *idem*, p. 117, HERMANN HELLER, *Teoría del Estado*, p. 15/16, JÓNATAS MACHADO, *Povo*, p. 440, e MARCOS VAQUER, *Estado y Cultura*, p. 100.

<sup>188</sup> Cfr. ANTÓNIO JOSÉ SARAIVA, *O que é a Cultura*, Lisboa, Gradiva, 2003, p. 11.

<sup>189</sup> Cfr. ANTÓNIO JOSÉ SARAIVA, *ibidem*; neste sentido, ROGER M. KEESING sustenta, numa perspectiva de cultura como sistema adaptativo, que “as culturas são sistemas (de pautas de conduta socialmente transmitidas) que servem para relacionar as comunidades humanas com os seus ambientes ecológicos. Estas formas de vida das comunidades incluem tecnologias e modos de organização económica, pautas de solução de conflitos, modos de associação social e de organização política, crenças religiosas, etc.”, *Teorías de la cultura*, trad. castelhana de Honorio Velasco, in HONORIO VELASCO (org.), *Lecturas de antropología social y cultural – La cultura y las culturas*, in *Cuadernos de la UNED*, Madrid, Universidad Nacional de Educación a Distancia, 1995, p. 54.

homem é um ser capaz de conseguir, através do milagre da criação de sinais, imagens e artefactos materiais que sustentam preferências e valores, deixar mensagens simbólicas que perduram através do tempo e do espaço e que, retidos socialmente, podem ser incorporados de novo individualmente por cada homem”<sup>190</sup>.

Contudo, vozes autorizadas na matéria, como as de PETER HÄBERLE ou de ENRICO SPAGNA MUSSO adoptam metodologia diametralmente oposta aos autores anteriormente citados para lograrem obter uma *ideia* de *cultura* na medida em que partem da análise dos próprios textos constitucionais com vista a atingir, por via indutiva, *superconceitos* no âmbito jurídico-cultural<sup>191</sup>. Assim, PETER HÄBERLE inicia a sua análise, isto é, a busca dos tópicos que lhe permitem delimitar o que é *Cultura*, a partir do *Direito Constitucional da Cultura* e nesse sentido “parte (...) de um conceito cultural entendido em sentido restricto (que se determina de uma forma muito concreta pela sua íntima relação com as formas de exteriorização do Direito positivo e dos fundamentos científicos do “Direito Administrativo da Cultura”), como aquela esfera em que o Estado como tal, por um lado, e o mundo do pensamento, por outro, estão estreitamente relacionados de uma forma um tanto especial e íntima a um nível triplo: (i) o da educação ou formação, (ii) o da ciência e (iii) o da criação artística”<sup>192</sup>. Contudo não deixa de enunciar um “conceito central” de cultura cujos elementos são os

---

<sup>190</sup> Cfr. JESÚS PRIETO, *Cultura, culturas y Constitución*, p. 35; no mesmo sentido MICHELE AINIS afirma que “a noção de cultura é legada de facto pela memória: a cultura não é inata mas continua a reproduzir-se através da transmissão de tradições, que asseguram a sua sobrevivência não obstante a transitoriedade do indivíduo”, *Cultura e Política*, p. 69. DENIS CUCHE vai mais longe ao afirmar que “nada é puramente natural no homem. Até mesmo as funções humanas que correspondem a necessidades fisiológicas, como a fome, o sono, o desejo sexual, etc., são informadas pela cultura: as sociedades não dão exactamente as mesmas respostas a essas necessidades. A *fortiori*, nos domínios em que não existe imposição biológica, os comportamentos são orientados pela cultura. É por isso que a injunção: “sê natural, muitas vezes repetida às crianças (...) significa na realidade: “sê em conformidade com o modelo de cultura que te foi transmitida”, *A noção de cultura nas ciências sociais*, p. 24.

<sup>191</sup> A metodologia agora referida tem ecos na doutrina portuguesa devido ao labor de VASCO PEREIRA DA SILVA, *A cultura a que tenho direito*, p. 8 e ss.; cfr. *supra*.

<sup>192</sup> Cfr. PETER HÄBERLE, *Teoría de la Constitución como ciencia de la cultura*, p. 24, segmentação do texto nossa, e *El Estado Constitucional*, p. 229 e ss.

seguintes: “a cultura deve ser contemplada (i) *primeiro* a nível histórico, em função da sua tradição e legados sociais; (ii) *segundo*, a nível normativo, como regras e usos sociais, incluindo cada um dos respectivos valores e ideais de conduta; (iii) *terceiro*, a nível psicológico, como adaptação superadora de problemas, como processos de aprendizagem ou como conjunto de costumes seculares; (iv) *quarto*, a nível estrutural, entendido este como conjunto de modelos da própria cultura, ou bem a nível genético, entendido este no sentido de cultura como produto, como ideias ou como símbolos”<sup>193</sup>.

Já ENRICO SPAGNA MUSSO sustenta que “reconhecida no plano histórico a existência da mencionada relação [entre Estado e cultura], para o jurista a respectiva identificação deve ser alcançada partindo necessariamente da forma de Estado. Se para o estudioso das disciplinas de filosofia ou literatura a relação é identificada mediante o aprofundamento da problemática inerente ao conceito de cultura, partindo do segundo termo para chegar ao primeiro, o itinerário do jurista de ser o oposto: em última análise, deve encontrar-se directamente no modo de ser do Estado as razões da sua atitude”<sup>194</sup>.

A preferência pelo método da busca da pré-compreensão do conceito de *cultura* com recurso às ciências antropológicas assentou numa metodologia de trabalho que aceita como “fundamental organizar a sequência das matérias de tal forma que o ingresso nos meandros do [*thema probandum*] se faça *gradualmente*, caminhando (...) do *mais simples* para o *mais complexo*, do já conhecido para o desconhecido, do concreto para o abstracto”<sup>195</sup>. Cremos ser esta a metodologia mais profícua, desde logo, porque, como afirma STEFAN HUSTER e conforme já referido, “a Ciência do Direito

---

<sup>193</sup> Cfr. PETER HÄBERLE, *Teoría de la Constitución como ciencia de la cultura*, p. 25; segmentação do texto nossa.

<sup>194</sup> Cfr. ENRICO SPAGNA MUSSO, *Lo Stato di cultura nella Costituzione italiana*, Napoli, Morano Editore, 1961, p. 41.

<sup>195</sup> Adoptamos assim para efeitos de investigação o método seguido por FREITAS DO AMARAL no seu ensino, cfr. *Relatório sobre o programa, os conteúdos e os métodos de uma disciplina de Direito Administrativo*, in *Boletim da Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa*, vol. XXVI, 1985, p. 289.

Constitucional não dispõe de um conceito preciso de cultura”<sup>196</sup> e desse modo necessita buscá-lo nas ciências auxiliares.

Quanto aos autores anteriormente citados, a metodologia de PETER HÄBERLE que consiste em pesquisar na *Gundgesetz*, bem como nas dezenas de textos constitucionais que o autor analisa com a precisão de um olho de lince e a minúcia de um relojoeiro suíço, tópicos que lhe permitem delimitar o que é *Cultura* partindo do *Direito Constitucional da Cultura*, acaba por denunciar uma pré-compreensão sobre os “âmbitos materiais”<sup>197</sup> do “Estado de Cultura” e do “Direito Constitucional da Cultura”, apontando neste contexto as áreas da educação, da arte e da ciência<sup>198</sup>.

Por seu turno, ENRICO SPAGNA MUSSO propõe a investigação a partir da forma de Estado para o conceito de cultura sustentando que “deve encontrar-se directamente no modo de ser do Estado as razões da sua atitude”<sup>199</sup>. A *ratio essendi* da posição do mestre transalpino assenta no pressuposto de uma relação paritária entre Estado e cultura<sup>200</sup> “devido ao surgimento de uma multiplicidade de interesses próprios estaduais em relação a um fenómeno social: existe assim uma “posição” de Estado específica em relação à cultura, mesmo que ocorra em sistemas jurídicos diferentes e em épocas diferentes”<sup>201</sup>. A questão anteriormente colocada permanece na medida em que para que ENRICO SPAGNA MUSSO possa sustentar a existência de uma relação de cumplicidade entre *Estado* e *cultura*, posição em relação à qual manifestamos anteriormente a nossa concordância mas que cremos não legitimar o autor a extrair as conclusões tão longínquas<sup>202</sup> pois necessita avançar com algumas pré-compreensões

---

<sup>196</sup> Cfr. STEFAN HUSTER, *La cultura en el Estado constitucional*, p. 13.

<sup>197</sup> A expressão é do próprio PETER HÄBERLE, *El Estado constitucional*, p. 229

<sup>198</sup> Cfr. PETER HÄBERLE, *ibidem*.

<sup>199</sup> Cfr. ENRICO SPAGNA MUSSO, *Lo Stato di cultura nella Costituzione italiana*, p. 41; cfr. *supra*.

<sup>200</sup> Cfr. E. SPAGNA MUSSO, *idem*, p. 40.

<sup>201</sup> Cfr. E. SPAGNA MUSSO, *ibidem*.

<sup>202</sup> Cfr. *supra*.

sobre o teor do conceito de cultura. Cautela que, na realidade, SPAGNA MUSSO não deixa totalmente por mãos alheias ao mencionar o ensino e a educação como componentes do Estado de cultura<sup>203</sup>.

Assim, sufragamos como metodologia mais acertada aquela que é adoptada por MICHELE AINIS, quando nos alvares da sua monografia *Cultura e Politica*, suscita a *quaestio*: “que “coisa” promover: o conceito de cultura”<sup>204</sup>. A adesão à metodologia de MICHELE AINIS reside na circunstância de a reputarmos como aquela que melhor permite integrar o conceito de *cultura* na *linguagem jurídica* com a certeza e a segurança exigidas ao jurista pois, como o próprio autor reconhece, “o termo “cultura” não possui uma acepção específica no campo da ciência jurídica”<sup>205</sup>. O tratamento dispensado ao assunto pelo jurista *messanense* segue um método próprio da Ciência do Direito e por isso adequado à interpretação do conceito de *cultura* consagrado pelo legislador constituinte italiano<sup>206</sup>. MICHELE AINIS, no seu percurso, começa por reconhecer “a insuficiência do argumento literal, assim como do histórico” da hermenêutica jurídica para o efeito pretendido<sup>207</sup> e, em consequência, qualifica o enunciado *cultura* como *conceito jurídico indeterminado*<sup>208</sup>. Alcançada essa constatação, desenvolve uma sequência de operações hermenêuticas adequadas ao empreendimento a que se propõe e que passam pela recuperação do percurso histórico

---

<sup>203</sup> Cfr. ENRICO SPAGNA MUSSO, *Lo Stato di cultura nella Costituzione italiana*, p. 40.

<sup>204</sup> Cfr. MICHELE AINIS, *Cultura e Politica*, p. 33 e ss.

<sup>205</sup> Cfr. MICHELE AINIS, *idem*, p. 57.

<sup>206</sup> Cfr., v. g., artigos 9.º e 33.º da *Costituzione Italiana*.

<sup>207</sup> Cfr. MICHELE AINIS, *Cultura e Politica*, p. 33 e ss. Sobre os cânones da hermenêutica jurídica, cfr. KARL LARENZ, *Metodologia da Ciência do Direito*, p. 385 e ss., JOÃO BAPTISTA MACHADO, *Introdução do Direito e ao Discurso Legitimador*, p. 181 e ss., e PETER HÄBERLE, *El Estado constitucional*, p. 162 e ss.

<sup>208</sup> Cfr. MICHELE AINIS, *idem*, p. 39; no mesmo sentido, RAFAEL BARRANCO que sufraga o carácter “amplo e polissémico” do conceito, *El ámbito jurídico-administrativo del derecho de la cultura*, p. 201, e FRANCESCO RIMOLI que sustenta a necessidade de uma permanente interpretação actualista do conceito, *La libertà dell’arte nell’ordinamento italiano*, p. 157/158. Sobre a interpretação dos *conceitos jurídicos indeterminados*, cfr. JOSÉ LUCAS CARDOSO, *Do problema dos conceitos jurídicos indeterminados no Direito Administrativo*, max. p. 11 e ss.

do conceito desde o seu entendimento romanista como *cultivo da terra* até à respectiva concepção iluminista como “actividade intelectual superior”<sup>209</sup>, sem olvidar a dicotomia franco-germânica entre *civilização e cultura*<sup>210</sup> nem a oposição entre *natura e cultura*<sup>211</sup>. Apesar de reconhecer que “a investigação antropológica contém informação para quem se interessa pela reconstrução do conceito de cultura no contexto da Lei Fundamental”<sup>212</sup>, o autor reconhece que “isso não significa que a noção constitucional de cultura seja exactamente decalcada da noção antropológica: pelo contrário, (...) o conceito de cultura consagrado nos termos da Constituição é nitidamente mais restrito”<sup>213</sup>. Com efeito, a concepção de cultura constitucionalmente acolhida é a de cultura em sentido restrito, isto é, “as manifestações *superiores* do intelecto humano”<sup>214</sup>.

Creemos que a nossa opção foi fundamentada por sedimentação dos materiais descritos e dos argumentos invocados ao longo do presente *item* na medida em que buscamos no campo da antropologia mas também com o auxílio de juristas uma concepção de *cultura*. A investigação revelou, em suma, que *cultura* é obra do espírito e revelou, ainda a polissemia do conceito, sendo que *cultura em sentido antropológico*, ou *civilização*, consiste na diversidade que os povos têm de viver e de se relacionar, enquanto *cultura em sentido humanista*, ou simplesmente *cultura*, se reporta ao conjunto das actividades humanas no campo do conhecimento, nomeadamente da arte e da ciência<sup>215</sup>. Questão subsequente consistirá em indagar *se e em que medida a cultura é um conceito acolhido e regulado pela Constituição da República Portuguesa*<sup>216</sup>.

---

<sup>209</sup> Cfr. MICHELE AINIS, *Cultura e Política*, p. 57/58; cfr. a referência mencionada *supra* à síntese histórica da evolução do conceito elaborada por JESÚS PRIETO.

<sup>210</sup> Cfr. MICHELE AINIS, *idem*, p. 59; cfr. *supra*.

<sup>211</sup> Cfr. MICHELE AINIS, *idem*, p. 62; cfr. *supra*.

<sup>212</sup> Cfr. MICHELE AINIS, *idem*, p. 71.

<sup>213</sup> Cfr. MICHELE AINIS, *ibidem*.

<sup>214</sup> Cfr. MICHELE AINIS, *ibidem*.

<sup>215</sup> Cfr. *supra*.

<sup>216</sup> Cfr. *infra*, III.





## 2. *Estado e Cultura: como conciliar duas realidades congénitas separadas à nascença?*

*La República Portuguesa al configurar el Estado de Derecho, es fiel a su concepción valorativa. En efecto, en su preámbulo, afirma su propósito de defender la primacía del Estado de Derecho Democrático. Coincide con la Constitución española vigente en afirmar que dicha configuración política se basa en la dignidad de la persona. (...)*

*Esta decisión constitucional se manifiesta en el artículo 24.º que considera la vida humana inviolable, en cuanto un primus lógico, ontológico y deontológico a toda normación constitucional. En este orden de cosas, la Constitución lusitana reconoce y establece el valor inherente de la dignidad humana. Esta, a mi juicio es la Grundnorm de un ordenamiento fundamental conforme a los valores. Así, la interpretación de los derechos, libertades y garantías (...) significa que tales derechos, libertades y garantías formales son premisas concordantes de la Constitución de modo que la Ley Mayor portuguesa ha de interpretarse a la luz de la dignidad humana (...).*

PABLO LUCAS VERDÚ, *Teoría de la Constitución como ciencia cultural*, Madrid, Dykinson, 1998, p. 203

### 2.1. *As relações entre Estado, Direito e Cultura*

Abstraindo da análise das concepções, *natural* ou *contratual*, sobre a origem do Estado, porque cremos, em consonância com DIOGO FREITAS DO AMARAL, que “ambas as concepções (...) têm o seu quê de verdadeiro e, se não forem tomadas nas suas versões mais radicais, são mesmo susceptíveis de, em certa medida, serem compatibilizadas”<sup>217</sup>, qualquer que seja a pré-compreensão adoptada, é inegável que “o Estado é uma criação do homem para a realização de determinados fins; é, como tal, uma obra de Cultura”<sup>218</sup> na medida em que, independentemente de sufragarmos uma concepção *naturalista* ou *contratualista* acerca da sociabilidade humana, é certo e seguro que a modelação de cada uma das várias formas de organização do poder político historicamente conhecidas, v. g. monarquia, república, democracia,

<sup>217</sup> Cfr. DIOGO FREITAS DO AMARAL, *Estado*, col. 1162; sobre este debate, cfr. ainda BERNARD CHANTEBOUT, *Droit constitutionnel et science politique*, Paris, Armand Colin, 1998, p. 14 e ss.

<sup>218</sup> A expressão é de AFONSO R. QUEIRÓ, *Os fins do Estado*, p. 29; em sentido aproximado, ANDRÉ-HUBERT MESNARD, *L'action culturelle des pouvoirs publics*, p. 19.

totalitarismo,...<sup>219</sup>, foi sempre determinada por factores humanos<sup>220</sup>. A génese cultural do Estado converte assim em inverosímil a afirmação de ENRICO SPAGNA MUSSO segundo a qual “cultura e educação apenas se tornam fins da acção estatal com o surgimento e a ascensão do Estado moderno: eles não são fenómenos essenciais para a existência da instituição estatal, nem, portanto, os referimos como fins necessários”<sup>221</sup>. Com efeito, embora seja um facto histórico indesmentível o progressivo alargamento dos fins do Estado<sup>222</sup>, aceitar a posição de *il maestro* italiano, isto é, qualificar a relação do Estado com os seus fins culturais com natureza análoga à relação estabelecida com as demais tarefas que o Estado assumiu em maior ou menor grau, com maior ou menor intensidade mas com tendência para a intensificação, nos seus vários momentos históricos, como, v. g., a intervenção directa, a concessão, o fomento ou a simples regulação das actividades económicas e sociais, seria negar a própria *ratio essendi* do Estado: a estruturação jurídica da comunidade nacional<sup>223</sup>. Ainda dentro da mesma ordem de ideias, os sentidos *antropológico* e *humanista* de cultura são compatíveis pois, como afirmava AFONSO RODRIGUES QUEIRÓ, “não há Cultura que não se baseie, como em *condicio sine qua non*, numa Civilização; como não há nenhuma Civilização que não se deva considerar como servindo um fim cultural. Ora este Estado, síntese de Civilização e Cultura, é o *verdadeiro Estado*”<sup>224</sup>.

---

<sup>219</sup> Cfr. *supra*.

<sup>220</sup> A nossa conclusão foi fundamentada essencialmente com base em trabalhos de dois juristas de créditos firmados, AFONSO RODRIGUES QUEIRÓ (*Os fins do Estado*) e HERMANN HELLER (*Teoría del Estado*) que, a partir da dicotomia antropológica *natureza/cultura*, tiveram a sensibilidade de verificar que o Estado é uma obra humana em que o homem transformou a natureza para realização de determinados fins, neste caso a organização das comunidades políticas.

<sup>221</sup> Cfr. ENRICO SPAGNA MUSSO, *Lo Stato di cultura nella Costituzione italiana*, p. 21.

<sup>222</sup> Cfr. *infra*, I.

<sup>223</sup> A posição sustentada no texto vem na sequência do pensamento expresso por PETER HÄBERLE ao sustentar que “entende por Estado constitucional a comunidade política que encontra o seu fundamento antropológico-cultural na dignidade da pessoa humana”, *La Constitución como cultura*, p. 178; no mesmo sentido, JUAN ANDRÉS MUÑOZ ARNAU, *Derechos y libertades en la política y la legislación educativas españolas*, Pamplona, Ediciones Universidad de Navarra, 2010, p. 339.

<sup>224</sup> Cfr. AFONSO QUEIRÓ, *Os fins do Estado*, 40.

Apurada a *gênese cultural* do Estado, importa agora averiguar se o mesmo foi uma *obra de cultura* apenas no momento da sua criação ou se, ao invés, o poder político permanece quotidianamente empenhado na prossecução de fins de ordem cultural<sup>225</sup> e ainda se reconhece aos cidadãos a necessária liberdade para exercerem actividades de âmbito cultural. Ou seja, importa averiguar se uma vez consolidado o exercício de um poder político soberano sobre um território com fronteiras definidas, o poder instituído respeitou a *liberdade* cultural da pessoa humana, se esteve *solidário* com as pessoas no acesso à educação e aos demais bens culturais, se assumiu a protecção do *acervo* cultural do Estado-nação, se assumiu como sua a *tarefa* de aperfeiçoar a componente cultural do Estado social e, por último se é legítimo e realista impor *deveres* de natureza cultural às pessoas, humanas e colectivas<sup>226</sup>, permitindo, protegendo e fomentando o estabelecimento de uma “relação amorosa” entre o *seu* Direito e a *sua* Cultura, na expressão de MICHEL PRIEUR, transposta para a doutrina portuguesa por VASCO PEREIRA DA SILVA<sup>227</sup>. Ou então, colocando a hipótese de trabalho inversa, interrogar-nos-emos se o *status quo* não corresponderá mais ao estereótipo de uma relação de *amor-ódio*<sup>228</sup> na medida em que o Estado, as mais das vezes, parece haver renegado a sua *gênese cultural* privilegiando a prossecução de fins de outra espécie com o conseqüente adiamento *sine die* da realização das tarefas culturais de que está incumbido<sup>229</sup>. Neste contexto, recordando as palavras de LUÍS CABRAL DE

---

<sup>225</sup> A questão nem sequer é abstracta ou meramente hipotética na medida em que é *comuns opinium doctorum* que “ainda que a estrutura do Império Romano haja sido destruída, perdurou um núcleo de Direito e cultura no qual se apoiou a Igreja. Esta cultura comum teve importantes implicações para a inovação económica e política”, cfr., por todos, JOHN A. HALL & G. JOHN IKENBERRY, *El Estado*, p. 66.

<sup>226</sup> Sobre o âmbito *pentatômico* da relação entre o poder político e o fenómeno cultural, cfr. *infra*, II.

<sup>227</sup> VASCO PEREIRA DA SILVA, *A cultura a que tenho direito*, p. 7.

<sup>228</sup> Aliás, PETER HÄBERLE menciona a existência de uma “tensão, forçosamente “eterna”, entre o intelecto e o poder, entre a cultura e a política”, *La Constitución como cultura*, p. 198.

<sup>229</sup> Cfr. a proposição *cit.* de RAFAEL BARRANCO segundo a qual “a relação do Direito com a cultura nunca foi fácil”, *El ámbito jurídico-administrativo del derecho de la cultura*, p. 202; sobre este assunto, cfr. ainda MARCOS VAQUER, *Estado y Cultura*, p. 76 e ss., ANDRÉ-HUBERT MESNARD, que

MONCADA quando sustentava, a nosso ver bem, que “de simples ideia, o Direito torna-se (...) realidade concreta. Enche-se de conteúdos. Ou, por outras palavras ainda: transforma-se em *cultura*. O Direito positivo é, ao lado de muitos outros, um dos ramos ou manifestações dessa cultura”<sup>230</sup>, o desiderato da nossa investigação consiste em averiguar *se e em que medida* também é verdadeiro o correlato desta relação, isto é, se a *cultura* é também ela própria regulada pela Ordem Jurídica, nomeadamente pelo Direito Constitucional, e, em caso afirmativo, em que termos<sup>231</sup>. Em suma, na histórica expressão de NORBERTO BOBBIO, “responder a este problema equivale a entrar no cerne do debate – ao qual nenhum homem de cultura pode sentir-se estranho – sobre as *relações entre política e cultura*”<sup>232</sup>.

Um pouco ao jeito de recapitulação do *estado da arte* e sem pretensões de exaustividade, verificamos que a doutrina portuguesa é a imagem fiel do agnosticismo em sede de reflexão acerca do relacionamento entre o poder político e as actividades culturais, tendo os jus-publicistas conferido sempre privilégio à análise e ao debate sobre as relações entre o poder político e as actividades económicas<sup>233</sup> e, eventualmente, as actividades de carácter social. A prová-lo está a inexistência, na *enciclopédia jurídica*, de um único estudo sistematizado sobre o tema. Apesar desta tendência começar a sofrer alguma inversão com o aparecimento recente de alguns trabalhos

---

encontra “ao longo da História, um paralelismo entre a evolução dos poderes públicos e da cultura”, *L’action culturelle des pouvoirs publics*, p. 19, e ainda *infra*, I.

<sup>230</sup> LUÍS CABRAL DE MONCADA refere-se ao “Direito positivo; suas fontes, modos de manifestações e determinações ônticas”; o autor prossegue afirmando que “nesse sentido, é lícito dizer que a *positividade*, o ser positivo, é tanto da essência do Direito como da religião, da arte e de todos os outros seres e objectos culturais”, *Filosofia do Direito e do Estado – Doutrina e crítica*, vol. II, Coimbra, Coimbra Editora, 1965, p. 111/112.

<sup>231</sup> A sequência da investigação poderá atingir a necessidade de indagar da própria legitimidade do Estado para regular a *cultura*; a questão é suscitada por RAFAEL BARRANCO, *El ámbito jurídico-administrativo del derecho de la cultura*, p. 202.

<sup>232</sup> NORBERTO BOBBIO, *Política e cultura*, Torino, Giulio Einaudi Editore, 1955, p. 34.

<sup>233</sup> Em abono desta posição podemos recordar a vasta bibliografia sobre a *Constituição económica*, produzida por autores oriundos de quadrantes ideológicos diversos, que engrossou a doutrina portuguesa desde a publicação da monografia de VITAL MOREIRA, *Economia e Constituição*, Coimbra, Coimbra Editora, 1974; cfr. *infra*, II.

científicos sobre aspectos parcelares do tema, o labor da comunidade científica portuguesa, tem permanecido circunscrito à análise de dois assuntos específicos: (i) a liberdade de ensino e (ii) o património cultural.

Pelo que concerne ao primeiro tema, o campo mais profícuo tem sido a recuperação do discurso liberal, pré-bonapartista, sobre a liberdade de ensino, com ênfase na defesa das liberdades de criação de escolas privadas e da escolha de escola pelo aluno e pelos seus pais, sendo os principais protagonistas na continuidade deste discurso na doutrina portuguesa: MÁRIO PINTO<sup>234</sup> e PAULO PULIDO ADRAGÃO<sup>235</sup>. Continua assim por fazer uma reflexão sobre o verdadeiro papel do poder político na área da educação no âmbito de um Estado social<sup>236</sup> que pondere nomeadamente os modelos de financiamento adequados a garantir o equilíbrio entre os deveres do Estado proporcionar a todos os cidadãos o direito à educação<sup>237</sup>, de assegurar a igualdade de oportunidades de acesso ao ensino e êxito escolar<sup>238</sup> e de criação de uma rede de estabelecimentos de ensino<sup>239</sup>, por um lado, e o acesso efectivo às liberdades de aprender, de ensinar e de criação de escolas particulares e cooperativas, nomeadamente a igualdade de tratamento financeiro do aluno em caso de opção por estas últimas, por

---

<sup>234</sup> MÁRIO PINTO, *Liberdades de aprender e de ensinar*, Lisboa, Quetzal Editores, 2003, *max.* p. 63 e ss., e *Sobre os direitos fundamentais de educação – Crítica ao monopólio da rede escolar*, Lisboa, Universidade Católica Editora, 2008, p. 25 e ss.

<sup>235</sup> PAULO PULIDO ADRAGÃO, *A liberdade de aprender e a liberdade das escolas particulares*, Lisboa, Universidade Católica Portuguesa, 1995, *máx.* p. 189 e ss.; cfr. ainda JOSÉ CARLOS VIEIRA DE ANDRADE, *O papel do ensino privado na actual Constituição portuguesa*, in ANTÓNIO P. BARBAS HOMEM (org.), *Temas de Direito da Educação*, Coimbra, Livraria Almedina, 2006, p. 13 e ss. O próprio esforço isolado na sistematização do ordenamento jurídico-educacional empreendido por ANTÓNIO PEDRO BARBAS HOMEM não se desvia desta orientação, *Fontes de Direito da Educação na União Europeia*, in ANTÓNIO P. BARBAS HOMEM (org.), *Temas de Direito da Educação*, Coimbra, Livraria Almedina, 2006, p. 25 e ss.

<sup>236</sup> Sobre o conceito e a dinâmica do Estado social de Direito, cfr. *infra*, II.

<sup>237</sup> Artigo 73.º, n.º 1, da CRP.

<sup>238</sup> Artigo 74.º, n.º 1, da CRP.

<sup>239</sup> Artigo 75.º, n.º 1, da CRP.

outro lado<sup>240</sup>. Neste sentido, será legítimo indagar se a ideia de Estado social fica suficientemente assegurada quando afirmamos que “a Constituição, ao garantir não só a existência, mas também o *reconhecimento* do ensino particular, impõe ao Estado o dever de criar e garantir as condições de exercício da liberdade de ensino, enquanto liberdade de criação de escolas e liberdade de gestão e manutenção das escolas, possibilitando assim uma maior liberdade de escolha, pelos alunos ou pelos pais, de projectos educativos alternativos e diferentes”, como sustentou num fase inicial, e bem, VIEIRA DE ANDRADE<sup>241</sup>, ou se, pelo contrário, a mesma ideia de Estado social pressupõe um debate sobre o financiamento do ensino de modo a que o exercício da liberdade de escolha da escola não seja denegado *in limine* por insuficiência de meios económicos? E será ainda conforme à mesma ideia de Estado social circunscrever os deveres do Estado a “assegurar o exercício da liberdade de ensino, através de uma adequada regulamentação do *procedimento de criação*, bem como fornecer um *quadro normativo básico* da sua organização e funcionamento, ponderando os interesses e valores, particulares e públicos, que confluem na escola: a liberdade de escolha do projecto educativo da escola; a garantia da liberdade dos professores e alunos; a liberdade de investigação; a garantia da qualidade de ensino; a salvaguarda dos valores pedagógicos; e, em geral, a preservação e promoção da dignidade do ensino e da educação e a promoção dos valores cívicos e culturais em que se move o projecto

---

<sup>240</sup> Artigo 43.º, n.ºs 1 e 4, da CRP. A posição sustentada no texto não ignora a reflexão minuciosa, e conclusiva, empreendida por PAULO NOGUEIRA DA COSTA, *Concorrência no Ensino Superior – Do paradigma constitucional da igual liberdade*, Lisboa, Edições Universidade Autónoma de Lisboa, 2005, p. 101 e ss.; contudo, continua por realizar o necessário debate, quer ao nível académico, quer ao nível dos decisores políticos, acerca do modelo de ensino, nomeadamente de financiamento, que melhor assegure os direitos fundamentais de *igualdade de oportunidade de acesso e êxito escolar* (cfr. artigo 74.º, n.º 1, da CRP) e de *igualdade de oportunidades e democratização do sistema de ensino* (cfr. artigo 76.º, n.º 1), i. é, sobre as vantagens e inconvenientes para o interesse público da opção entre o actual modelo constitucional que prevê a existência de “uma rede de estabelecimentos públicos que cubra as necessidades de toda a população” (cfr. artigo 75.º, n.º 1) e um *modelo concorrencial de ensino superior* como o defendido pelo autor, *idem*, p. 102.

<sup>241</sup> J. C. VIEIRA DE ANDRADE, *O papel do ensino privado na actual Constituição portuguesa*, p. 15.

educativo”<sup>242</sup>, ou a ideia de Estado social pressupõe o dever do Estado criar também as condições materiais para assegurar a igualdade de oportunidade de acesso e de êxito escolar aos alunos, independentemente da escolha pelo ensino público ou pelo ensino privado<sup>243</sup>? Neste contexto, honra seja feita no entanto a MÁRIO PINTO que, em monografia recente aborda, com a responsabilidade própria de homem interessado na *coisa pública*, o actualíssimo problema do financiamento do ensino afirmando que “a questão do financiamento é crucial. A liberdade de ensino ficaria sempre e necessariamente prejudicada, e mesmo defraudada, se (de acordo com o princípio da igualdade constitucional e com as leis em vigor, que impõem uma *igualdade de oportunidades* no acesso à escola de livre escolha), o Estado não apoiasse financeiramente o ensino escolar de todos os cidadãos, sem discriminar as escolhas das escolas privadas. Enquanto o Estado privilegiar as escolas estatais com o exclusivo do financiamento público, alimenta e mantém o monopólio da escola estatal, em concorrência desleal contra a escola privada. Nem a Constituição, nem a lei, justificam ou legitimam um monopólio escolar do Estado. Pelo contrário: esse monopólio ofende claramente as leis do *mercado educativo*, que não é tão relevante como mercado económico do que como mercado de liberdades espirituais e culturais – o que é especialmente importante”<sup>244</sup>.

---

<sup>242</sup> Neste sentido, J. C. VIEIRA DE ANDRADE, *ibidem*.

<sup>243</sup> Artigos 74.º, n.º 1, e 76.º, n.º 1, da CRP. Cremos que a posição sustentada no texto coincide com outra sufragada em escrito posterior pelo próprio VIEIRA DE ANDRADE, honra lhe seja prestada nesse aspecto, quando afirma que “as liberdades educativas (...) não podem ser vistas apenas na sua dimensão negativa de direitos subjectivos a uma mera abstenção estadual: têm uma *dimensão objectiva*, enquanto valor comunitário, que implica o *dever estadual de criação das condições de exercício das liberdades*. A intervenção do Estado é necessária, nos termos da Constituição, como decorrência directa da própria consagração das liberdades, precisamente para proteger, promover e garantir a sua realização efectiva”, *Educação – Liberdade fundamental e direito social*, disponível na internet em [www.liberdade-educacao.org/actividades/encontro2\\_vieiradeandrade.htm](http://www.liberdade-educacao.org/actividades/encontro2_vieiradeandrade.htm).

<sup>244</sup> MÁRIO PINTO, *Sobre os direitos fundamentais de educação*, p. 268; para uma primeira aproximação aos modelos de financiamento do ensino, cfr. JESÚS DE POLANCO e RICARDO DIÉZ HOCHLEITNER (org.), *Un futuro para el aprendizaje – La financiación de la educación*, Madrid,



O outro assunto que tem merecido atenção da comunidade científica portuguesa no contexto do tema das relações entre *Estado* e *cultura* é o património cultural. Neste campo, ao invés do anterior, a reflexão doutrinária não tem sido orientada para a sustentação de um postulado ideológico mas para a análise de regimes jurídicos. Neste contexto, JORGE MIRANDA foi pioneiro na referência aos conceitos de *Estado de cultura* e de *Constituição cultural*, embora recomende “prudência” na utilização da segunda expressão e rejeite a bondade científica da primeira<sup>245</sup>. Contudo, em termos gerais, a análise de JORGE MIRANDA padece de uma petição de princípio na medida em que o autor aceita como tópico para a definição do fenómeno cultural uma premissa totalmente descontextualizada da realidade: “cultura envolve tudo o que se reporta a bens não económicos”<sup>246</sup> e é omissa quanto à abordagem das tarefas do Estado na defesa e promoção do património cultural no âmbito de um Estado social<sup>247</sup>. Ao invés da intuição confessa de JORGE MIRANDA, e citando JESÚS PRIETO, “economia e cultura são dois campos fortemente implicados desde sempre, ainda que na verdade essas implicações se tenham tornado maiores e mais visíveis com a erupção das chamadas indústrias culturais. Quem poderá negar o valor económico de certos bens culturais e o seu peso na riqueza de um país ou a importância do desenvolvimento cultural como factor de bem-estar social e de desenvolvimento económico?”<sup>248</sup>. A

---

Fundación Santillana, 2000, e PAULO NOGUEIRA DA COSTA, *Concorrência no Ensino Superior – Do paradigma constitucional da igual liberdade*, p. 101 e ss.

<sup>245</sup> Cfr. JORGE MIRANDA, *O património cultural e a Constituição*, p. 256, e *Notas sobre cultura, Constituição e direitos culturais*, p. 7; sobre estes conceitos, cfr. *infra* a análise das proposições de JORGE MIRANDA e da posição aqui adoptada.

<sup>246</sup> Cfr. JORGE MIRANDA, *O património cultural e a Constituição*, p. 253, e *Notas sobre cultura, Constituição e direitos culturais*, p. 1.

<sup>247</sup> Cfr. *infra*.

<sup>248</sup> JESÚS PRIETO, *Cultura, economía y derecho, tres conceptos implicados*, in *Pensar Iberoamérica*, n.º 1, 2002, p. 1, disponível na internet em [www.oei.es/pensariberoamerica/ric01a04.htm](http://www.oei.es/pensariberoamerica/ric01a04.htm). Segundo a definição estabelecida em reunião que decorreu sob os auspícios da *Organização das Nações Unidas para a Educação, Ciência e Cultura (UNESCO)*, em Montreal, em 1982, “existe uma indústria cultural quando os bens e serviços se produzem, reproduzem e conservam segundo critérios industriais, i. é, em série e aplicando uma estratégia de tipo económico, em vez de perseguir uma finalidade de

própria Ciência Económica começa a utilizar o termo *economia da cultura* para identificar as manifestações culturais, “entre as quais tem um lugar próprio as indústrias culturais e o património cultural”<sup>249</sup>. Aliás, as próprias indústrias culturais, para além dos efeitos económicos que produzem sobre a economia de um Estado, nomeadamente em matéria de importações e exportações, constituem também um importante meio de transmissão de cultura nas sociedades de massas actuais<sup>250</sup>. Assim, será caso para questionar, ainda com JESÚS PRIETO, se “existem dúvidas que uma parte importante da personalidade humana actualmente seja moldada pelas mensagens e conteúdos culturais divulgados pelo cinema, pelo livro, pelo audiovisual, pelo disco..., por outro lado, como seria possível negar a importância decisiva, na conformação da personalidade, dos meios formais e informais de transmissão de cultura popular (folclore, costumes, práticas sociais...), das tradições presentes nos ambientes e contextos sociais e comunitários em que os indivíduos vivem. Sem embargo, não cremos que exista a oposição que frequentemente se pretende ver, já que tradições e indústrias culturais se sobrepõem numa completa deformação. As tradições não são alheias nem estão à margem das indústrias culturais, pois estas potencialmente podem cumprir uma função altamente diversificada no que toca aos conteúdos culturais que transmitem, desde ser expressão de alta cultura até às tradições e formas de vida tanto

---

desenvolvimento cultural” (*idem*, p. 2); cfr., em sentido aproximado, ROMAULDO BERMEJO GARCÍA para quem “a cultura sempre esteve presente nos diversos sistemas económicos, jurídicos e políticos tanto nacionais como internacionais, ainda que nem sempre haja assumido o relevo comercial que actualmente se lhe outorga”, *La evolución de la cultura en el sistema comercial internacional*, in CARLOS FERNÁNDEZ LIESA e JESÚS PRIETO (org.), *Cultura e Comercio en la Comunidad Internacional*, Madrid, Ministerio de Asuntos Exteriores y de Cooperación, p. 17, e ainda MARCOS VAQUER, *Estado y Cultura*, p. 84/85.

<sup>249</sup> JESÚS PRIETO, *idem*, p. 2.

<sup>250</sup> ORTEGA Y GASSET define *massas*, por oposição a minorias, como “o conjunto de pessoas não especialmente qualificadas”; prossegue o autor, “não se entenda, pois, por massa só, nem principalmente, “as massas operárias”. Massa é o “homem médio”. Deste modo, se converte o que era meramente quantidade – a multidão – numa determinação qualitativa: é a qualidade comum, é o homem perdido na sociedade, é o homem enquanto não se diferencia de outros homens mas que repete em si um tipo genérico”, *La rebelión de las masas*, p. 82.

locais, regionais, nacionais, supranacionais assim como as novas formas colectivas de expressão cultural popular (...) como a cultura transnacional popular”<sup>251</sup>.

Outros dois autores consagrados que dedicaram boa parte do seu labor científico à matéria de património cultural foram JOSÉ CASALTA NABAIS e JOÃO MARTINS CLARO. O primeiro destes autores privilegiou a comunidade científica com umas lições académicas de *Introdução ao Direito do Património Cultural* que, para além de uma aproximação conceptual às figuras jurídicas típicas desta área do Direito, tem essencialmente o mérito de integrar minuciosa e sistematicamente todos os debutantes no novel ordenamento jurídico do património cultural de modo rápido mas, sobretudo, eficaz<sup>252</sup>. Enquanto o segundo, embora académico de créditos firmados, tem segregado alguns pingos de doutrina sobre a matéria em apreço no âmbito de uma actividade profissional de jurisconsulto e advogado<sup>253</sup>.

Os trabalhos mais recentes de VASCO PEREIRA DA SILVA prometiam inverter este cenário com o esboço de um curso semestral de *Direito da Cultura*, ministrado numa perspectiva jurídico-constitucional, acompanhado da publicação de uma obra monográfica sobre o tema<sup>254</sup>. Contudo, a análise de PEREIRA DA SILVA padece de uma petição de princípio, a incerteza do objecto, patente na afirmação do autor “definir cultura apresenta-se mesmo como uma impossibilidade cultural”<sup>255</sup>. Com efeito, como é possível analisar as relações da Ordem Jurídica com uma realidade social

---

<sup>251</sup> Cfr. JESÚS PRIETO, *Cultura, economía y derecho, tres conceptos implicados*, p. 5/6; para uma retrospectiva histórica das relações entre *Economia* e *Cultura*, cfr. JESÚS PRIETO, *idem*, p. 1 e ss.

<sup>252</sup> Cfr. JOSÉ CASALTA NABAIS, *Introdução ao Direito do Património Cultural*, Coimbra, Livraria Almedina, 2004.

<sup>253</sup> Cfr., selectivamente, JOÃO MARTINS CLARO, *Intimação para um comportamento. O caso das gravuras do Côa. Anotação à sentença do Tribunal Administrativo do Círculo de Coimbra de 23/10/95, in Polis, Revista de Estudos Jurídico-Políticos*, ano I/II, n.º 4/5, 1995, p. 261 a 287, e *A Lei de Bases do Ambiente e as outras Leis de Bases*, in CARLA A. GOMES e TIAGO ANTUNES (org.), *A Revisão da Lei de Bases do Ambiente*, Lisboa, Instituto de Ciências Jurídico-Políticas da Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa, 2011, disponível na internet em [www.icjp.pt/publicacoes/1/732](http://www.icjp.pt/publicacoes/1/732), p. 71 a 80.

<sup>254</sup> Cfr. V. PEREIRA DA SILVA, *A cultura a que tenho direito*.

<sup>255</sup> Cfr. V. PEREIRA DA SILVA, *idem*, p. 8; cfr. *supra*.

cujos conteúdos não nos propomos, ou pura e simplesmente, não conseguimos sequer delimitar<sup>256</sup>? PEREIRA DA SILVA, é certo, numa atitude puramente normativista, propõe-se empreender uma “tentativa de delimitação aberta do âmbito da cultura, designadamente para efeito de aplicação das normas jurídicas que se lhe refiram”<sup>257</sup>, elaborando uma classificação tripartida que compreende os seguintes âmbitos materiais<sup>258</sup>: a (a) aceção restrita circunscreve-se “ao objecto do direito fundamental à cultura”<sup>259</sup>, isto é, “a cultura como uma realidade intelectual e artística, correspondente ao universo das “belas artes” e das “belas letras”<sup>260</sup>, a (b) aceção intermédia incorpora matérias referentes a “outras manifestações espirituais” que se encontram intimamente conexas com as realidades estritamente culturais, como é o caso da ciência, do ensino, da expressão do pensamento, da religião e mesmo da cultura física e do desporto<sup>261</sup> e a (c) aceção mais ampla é aquela que “entende a Constituição como realidade cultural e o Direito Constitucional como Ciência da Cultura”<sup>262</sup>. Contudo, o autor acaba por circunscrever o fenómeno cultural constitucionalmente delineado às *liberdades-autonomia* de criação artística, nomeadamente literária, à subsequente protecção dos direitos de autor, e à *liberdade-participação* nas políticas públicas culturais, com exclusão das demais liberdades neste campo, como são as de criação científica, de aprender e de ensinar, incorporando, no entanto, neste “conceito-

---

<sup>256</sup> Cfr. *supra*, as considerações que tecemos acerca da metodologia adoptada quer por PETER HÄBERLE, quer por ENRICO SPAGNA MUSSO.

<sup>257</sup> Cfr. V. PEREIRA DA SILVA, *A cultura a que tenho direito*, p. 8/9.

<sup>258</sup> Com esta metodologia, PEREIRA DA SILVA renunciou, pura e simplesmente, quer à busca, quer à elaboração de um conceito científico de *cultura* para enveredar por uma metodologia *probabilística* que, segundo a histórica definição de ARISTÓTELES, era uma forma de alcançar o conhecimento segundo a qual “se teorizavam os caminhos que permitiam à razão concluir por um termo possível, embora sem a certeza indiscutível da falsidade do termo antagónico”, *cit.* por MARTIM DE ALBUQUERQUE e RUY DE ALBUQUERQUE, *História do Direito Português*, vol. I, Lisboa, A.A.F.D.L. – Associação Académica da Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa, 1984/1985, p. 247.

<sup>259</sup> Cfr. artigos 42.º, 43.º e 78.º *CRP*, e, no plano doutrinário, V. PEREIRA DA SILVA, *idem*, p. 10.

<sup>260</sup> Cfr. V. PEREIRA DA SILVA, *idem*, p. 9.

<sup>261</sup> Cfr. V. PEREIRA DA SILVA, *idem*, p. 10/11.

<sup>262</sup> Cfr. V. PEREIRA DA SILVA, *idem*, p. 11.

quadro<sup>263</sup> o direito de fruição de bens culturais<sup>264</sup>. Com esta metodologia, PEREIRA DA SILVA exclui da *Constituição cultural* questões essenciais do Direito Constitucional da Cultura. Com efeito, além da quantidade excessiva de limites internos<sup>265</sup> que impõe a um suposto *direito fundamental à cultura*<sup>266</sup> na sua vertente de *liberdade*, PEREIRA DA SILVA também não cuida das dimensões da cultura como *solidariedade*, como *dever*, como *acervo*, com excepção do direito à fruição de bens com a qualificação de património cultural, nem como *tarefa*<sup>267</sup>, que não podem ser ignoradas no contexto do Estado social.

Em suma, as relações entre *poder político* e *cultura* têm merecido a atenção do historiador, do antropólogo, do sociólogo, até do economista mas no que concerne à doutrina portuguesa apenas tímida e parceladamente tem suscitado recentemente alguma atenção do jurista<sup>268</sup>. Contudo, o jurista do século XXI que não pode deixar de acompanhar os *sinais dos tempos* sob pena do Direito ser relegado para o *alfobre* das ciências históricas, daí o interesse na análise do *thema probandum* em sede académica.

## **2.2. Estado e cultura: gémeos monozigóticos ou dizigóticos?**

O agnosticismo que caracterizou demoradamente a actividade doutrinária, nomeadamente jus-publicista, no estudo das relações entre *Estado* e *cultura* impõe assim uma análise do assunto de modo sistematizado e fundamentado no contexto do Estado social de Direito. Hipótese de trabalho que é formulada no pressuposto, credor

---

<sup>263</sup> A expressão é da autoria do próprio VASCO PEREIRA DA SILVA, *idem*, p. 94.

<sup>264</sup> Cfr. V. PEREIRA DA SILVA, *idem*, p. 59 e ss.

<sup>265</sup> Sobre a classificação dos limites aos direitos fundamentais adoptada, cfr. *infra*, III, 2.2.2.4.1.

<sup>266</sup> A expressão é do próprio VASCO PEREIRA DA SILVA, *idem*, p. 67; cfr. a contestação à natureza deste *direito fundamental à cultura* cuja denominação o autor constrói mediante *aglomeração* de um feixe de normas constitucionais, *infra*, III.

<sup>267</sup> Sobre o pentágono, *liberdade, solidariedade, dever, acervo, tarefa*, cfr. *infra*, III, 1.1.

<sup>268</sup> Neste sentido, MICHELE AINIS afirma que “as relações entre política e cultura parecem oferecer em primeiro lugar uma leitura de tipo sociológico, histórico, ou politológico – no entanto, não uma análise jurídica”, *Cultura e Política*, p. 1.

de análise em momento subsequente<sup>269</sup>, que no presente momento histórico de evolução do *Estado de Direito*, este não sofreu metamorfoses na sua essência pela incorporação de novos fenómenos sociais típicos do século XX nos textos constitucionais, a título de tarefas estaduais, ou de outras entidades públicas<sup>270</sup>, como é precisamente a aproximação do poder político aos fenómenos culturais, assim como v. g. aos problemas ambientais, às questões de produção e distribuição massificada de bens e serviços associada à pública e notória crise de racionalidade, de legitimidade e de motivação financeiras que paira sobre o Estado social<sup>271</sup>, que hajam proporcionado o surgimento de novos momentos históricos do *velhinho Estado westefaliano*.

A investigação proposta será direccionada para a análise da relevância jurídico-política do fenómeno cultural<sup>272</sup> pois, se recordarmos o velho brocardo latino *ubi societas, ibi ordo, ibi jus*, este fenómeno, como qualquer outra realidade social, assume inevitavelmente relevância para a Ordem Jurídica. A investigação em apreço será deste modo direccionada especificamente para a análise da relevância que o fenómeno cultural assume ao nível da essência do Estado e das ciências que o estudam, em especial a Ciência Jurídica e mais concretamente a Ciência do Direito Constitucional<sup>273</sup>. Neste contexto, importa averiguar, conforme avançado anteriormente<sup>274</sup>, *se e em que medida a matriz cultural* determinou a configuração do estatuto jurídico do *Estado*, isto

---

<sup>269</sup> Cfr. *infra*, I, 1.6.3.

<sup>270</sup> Cfr., para uma primeira aproximação à redefinição do papel do Estado no âmbito das sociedades contemporâneas, JACQUES CHEVALIER, *L'État post-moderne*, Paris, L.G.D.J. – Librairie Générale de Droit e de Jurisprudence, 2008.

<sup>271</sup> Sobre este assunto, cfr., por todos, GUILHERME D'OLIVEIRA MARTINS, *Constituição Financeira – Lições sobre a Constituição Económica Portuguesa*, vol. II, Lisboa, A.A.F.D.L. – Associação Académica da Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa, 1984/1985, p. 185 e ss., *max.* 196 e ss.

<sup>272</sup> A análise empreendida anteriormente *em busca do conceito de cultura* (cfr. *supra*, 2.1.) permite-nos afastar, na sequência da investigação, a máxima de KLAUS STERN para quem “a cultura é tudo e tudo é cultura”, *Los valores culturales en el Derecho Constitucional alemán*, in *Anuario Iberoamericano de Justicia Constitucional*, n.º 8, trad. castelhana de César Astudillo Reyes, Madrid, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2002, p. 558.

<sup>273</sup> Sobre a questão metodológica na análise do Direito Constitucional, cfr. F. LUCAS PIRES, *Teoria da Constituição de 1976 – A transição dualista*, Coimbra, edição de autor, 1988, p. 21 e ss., *max.* 47 e ss.

<sup>274</sup> Cfr. *supra*.

é, da *Constituição*, e correlativamente indagar qual a influência que o poder político exerceu, ou continua a exercer, no quotidiano do fenómeno cultural, nomeadamente através da produção de normas jurídicas reguladoras da matéria, da permissão efectiva pela Administração pública do exercício das *liberdades* culturais, da *solidariedade* das autoridades públicas em matéria cultural, do cumprimento pela Sociedade Civil dos *deveres* que incumbem tanto aos cidadãos como a algumas pessoas colectivas que prosseguem fins de natureza cultural, da preservação do património e do restante *acervo* cultural e na realização de *tarefas* de promoção da cultura indispensáveis no âmbito de um Estado social de Direito<sup>275</sup>.

Analisadas as angústias, os argumentos e avançadas conclusões, ainda que nalguns casos meramente indiciárias, de alguns autores, pelo menos daqueles cujos trabalhos incorporaram com maior impacto o capítulo da enciclopédia jurídica dedicado ao *Direito da Cultura*, assumimos conscientemente a decisão de estabelecer dois objectivos fundamentais para a presente investigação. O (i) primeiro reporta-se à existência do próprio *Estado* e à sua subsistência como modo de organização política por excelência das comunidades humanas contra as pressões dos pós-modernos. Com efeito, se o *Estado westefaliano* tem uma génese cultural, a *nação*<sup>276</sup>, então a subsistência deste modelo de organização política está dependente do empenho do *poder político* na preservação da *cultura nacional* como forma de identidade em duas frentes de batalha: por um lado, perante as tentativas de integração em grandes espaços políticos e/ou económicos *supra-estaduais* e, por outro lado, como modo de resistência às reivindicações autonomistas de grupos *infra-estaduais*<sup>277</sup>. Aliás, a genética cultural do Estado, assim como os processos culturais, *liberdade* e *solidariedade*, desenvolvidos

---

<sup>275</sup> Cfr. *supra*.

<sup>276</sup> Cfr. *supra*.

<sup>277</sup> Cfr. *supra*.

no seu âmbito permitem-lhe continuar a engrandecer o *acervo* que reforça continuada e progressivamente a sua identidade<sup>278</sup>.

O (ii) segundo objectivo da dissertação consiste na análise das relações entre o *poder político* e o *fenómeno cultural* no âmbito do Estado, assumindo como *farol de referência* contra eventuais ventos e marés transpersonalistas a eminente *dignidade da pessoa humana* que, por sufrágio do pensamento *neo-kantiano*<sup>279</sup>, assumimos como *pedra angular* da construção do edifício jurídico-político português, tal e qual o próprio legislador constituinte já o havia assumido ao estabelecer que “Portugal é uma República soberana, *baseada na dignidade da pessoa humana* e na vontade popular e empenhada na construção de uma sociedade livre, justa e solidária”<sup>280</sup>. O objectivo traçado pressupõe a pré-compreensão quer do fenómeno estadual, quer do fenómeno cultural, sobre os quais indagamos no início da presente investigação, mas implica também, e principalmente, a análise da relevância jurídico-política do fenómeno cultural em sede de *direitos humanos ou direitos da pessoa humana*, na expressão que vingou ao

---

<sup>278</sup> Como afirma JORGE MIRANDA, “sabe-se que a nação empresta ao Estado originalidade diante das outras comunidades, ideal a atingir, desígnio a marcar o futuro: a nação, passado do Estado, pode vir a ser o seu projecto. Todavia, a tensão ou interacção que daí resulta vai adquirir projecção ainda no *quadro do Estado* – nos seus cidadãos ou nos seus órgãos. Para que a nação consiga impor-se politicamente têm os cidadãos e os governantes de a assumir como um serviço; e para que sejam protegidos e valorizados os seus elementos, têm de obter relevância no Direito do Estado”, *Sobre a noção de povo em Direito Constitucional*, p. 212.

<sup>279</sup> Segundo a síntese elaborada por JOSÉ LAMEGO, “a mensagem da filosofia kantiana do Direito assenta da defesa da dignidade humana, da tolerância, do Estado laico, do pacifismo e da cidadania universal. Em termos genéricos, pode afirmar-se que a filosofia kantiana do Direito leva a cabo uma fundamentação filosófica de uma concepção “constitucionalista” ou garantística do conceito de Direito, ou seja, de um conceito de Direito como garante do exercício das liberdades individuais. Essa concepção é fundamentada em termos crítico-transcendentais, na base da ideia de uma estrutura apriorística da “experiência” jurídica, que faz valer no Direito as exigências de uma normatividade autónoma (...). A reabilitação de uma doutrina filosófica do Direito é levada a cabo com base na referência à filosofia de KANT e ocorre no quadro de uma reabilitação geral dos direitos da filosofia face às ciências particulares, numa conjuntura intelectual (meados do século XIX) em que eram predominantes as orientações naturalistas e positivistas, após o fracasso dos grandes sistemas especulativos (...)”, *O essencial sobre a filosofia do Direito do idealismo alemão*, Coimbra, Wolters Kluwer/Coimbra Editora, 2011, p. 65/66. Sobre a filosofia kantiana, cfr. ainda, LUÍS CABRAL DE MONCADA, *Filosofia do Direito e do Estado – Parte histórica*, vol. I, p. 320 e ss.

<sup>280</sup> Cfr. artigo 1.º da *CRP*, itálico nosso.



nível do Direito Internacional<sup>281</sup>, ou de *direitos fundamentais*, como ainda é usual serem denominados pelos constitucionalistas<sup>282</sup>. Com efeito, citando um dos autores pioneiros na investigação destas matérias, ENRICO SPAGNA MUSSO, “a cultura manifesta-se como uma imediata exigência da personalidade do indivíduo”<sup>283</sup>. Deste modo, a análise da relevância jurídica do fenómeno cultural será teleologicamente orientada segundo um entendimento de matriz *kantiana* que sustenta o primado da dimensão antropocêntrica da Constituição, isto é, que tem como referencial a *pessoa humana*, abandonando o paradigma *hegeliano* do Estado como a *unidade central de processamento do Direito Constitucional*<sup>284</sup>. Como afirma PETER HÄBERLE, “os fins e os valores orientadores têm uma função específica como texto constitucional em sentido amplo, pois tratam-se de elementos fundadores de consenso no Estado constitucional e constituem um pedaço da sua identidade cultural e da sua vida pública. São fins da educação, v. g., a tolerância e a dignidade humana (...), a legalidade, a honestidade, e a aceitação da responsabilidade, a abertura para o mundo e o sentido do dever (...). Os fins da educação constituem condições de base para a Constituição da liberdade; trata-se de um

---

<sup>281</sup> Cfr. v. g., *Declaração Universal dos Direitos Humanos*, New York, 1948, *Convenção Europeia para Protecção dos Direitos Humanos e Liberdades Fundamentais*, Roma, 1950, e *Convenção Americana sobre Direitos Humanos*, San José, 1969; sobre os ordenamentos jurídicos consagrados nos instrumentos citados, cfr. JOSÉ LUCAS CARDOSO, *Direito Internacional II*, p. 150 e ss. e autores aí citados.

<sup>282</sup> Sobre as várias acepções dos *direitos da pessoa humana*, cfr. GREGORIO PECES-BARBA MARTÍNEZ, RAFAEL DE ASÍS ROIG e M.<sup>a</sup> DEL CARMEN BARRANCO AVILÉS, *Lecciones de Derechos fundamentales*, Madrid, Dykinson, 2004, p. 19 e ss., e J. C. VIEIRA DE ANDRADE, *Os direitos fundamentais na Constituição Portuguesa de 1976*, Coimbra, Livraria Almedina, 2010, p. 17 e ss.

<sup>283</sup> Cfr. ENRICO SPAGNA MUSSO, *Lo Stato di cultura nella Costituzione italiana*, p. 22; no mesmo sentido, SALVATORE MASTROPASQUA refere que o legislador constituinte italiano “considerou a cultura como o fenómeno, típico de todos os grupos e formações sociais, o qual consegue, conjuntamente e por meio da escola, estimular a inteligência e favorecer o processo de aquisição de valores do espírito e também (...) a plena realização da pessoa humana como indivíduo e na sociedade, conforme os princípios consagrados nos artigos 2.º e 3.º da Constituição”, *Cultura e scuola nel sistema costituzionale italiano*, Milano, Giuffrè Editore, 1980, p. 14.

<sup>284</sup> Sustentam um entendimento antropocêntrico da *Constituição*, PETER HÄBERLE, *El Estado Constitucional*, p. 115 e ss. e 169 e ss., e *Teoría de la Constitución como Ciencia de la Cultura*, p. 28 e ss., PABLO LUCAS VERDÚ, *Teoría de la Constitución como Ciencia Cultural*, p. 73 e ss., e PAULO OTERO, *Instituições políticas e Direito Constitucional*, vol. I, máx. p. 27 e ss. Para uma sùmula introdutória ao contexto do debate IMMANUEL KANT v. GEORG WILHELM FRIEDRICH HEGEL sobre a centralidade do Direito Constitucional, cfr., por todos, JOSÉ LAMEGO, *O essencial sobre a filosofia do Direito do idealismo alemão*, p. 9, e PAULO OTERO, *idem*, p. 27 e ss.

Direito Constitucional material e dentro do pluralismo dos sujeitos da educação são interpretados e realizados em parte de maneira privada pelos pais, pelo Estado através das escolas, assim como de maneira pública pela sociedade<sup>285</sup>. Conclui o autor a sua reflexão nos seguintes termos: “os fins de educação constituem uma espécie de “profissão de fé” do Estado constitucional<sup>286</sup>”.

Neste contexto, atendendo à circunstância das opções políticas adoptadas pelos sucessivos governantes nos diversos Estados haverem doseado o empenho da máquina estadual na prossecução de cada um e dos vários fins constitucionalmente consagrados em medidas diversas consoante as conjunturas ideológicas e consoante as condições materiais existentes para prossecução dos mesmos, após termos logrado a elaboração de um conceito material de cultura<sup>287</sup>, importa agora analisar a questão do respectivo tratamento no contexto das várias fases de evolução do Estado e em vários quadrantes político, sociais, económicos e também culturais. Considerando ainda que a “fundação, o fundamento e o fundamental<sup>288</sup>” do Estado de Direito se encontram lavrados num documento ao qual se convencionou denominar *Constituição*<sup>289</sup>, importa indagar do acolhimento das actividades e dos fins culturais do Estado Português na respectiva Lei Fundamental, nomeadamente pela verificação da relação, que num Estado de Direito se espera e deseja de instrumentalidade, desta panóplia de tarefas do Estado com a proclamada *dignidade da pessoa humana*<sup>290</sup>. O gigante *Adamastor* está localizado, por

---

<sup>285</sup> Cfr. PETER HÄBERLE, *El Estado Constitucional*, p. 187/188.

<sup>286</sup> Cfr. PETER HÄBERLE, *idem*, p. 188; partindo de uma premissa totalmente diversa: “cultura e educação tornaram-se fins da acção estadual com o surgimento e a afirmação do Estado moderno, não constituem fenómenos essenciais à existência da instituição Estado, nem são reconhecidos como fins necessários”, SPAGNA MUSSO (*Lo Stato di cultura nella Costituzione italiana*, p. 21) acaba por concluir que o Estado, independentemente da sua forma deve garantir um mínimo de educação (...), independentemente de o fazer através de um complexo de institutos próprios ou mediante um sistema de controlo de outras iniciativas no campo do ensino (*idem*, p. 38). Sobre esta questão, cfr *infra*.

<sup>287</sup> Cfr. *supra*.

<sup>288</sup> A expressão é de FRANCISCO LUCAS PIRES, *Introdução ao Direito Constitucional Europeu*, p. 7.

<sup>289</sup> Cfr. *infra*.

<sup>290</sup> Cfr. artigo 1.º da *CRP*.

isso e recordando as sábias palavras de KLAUS STERN, resta assumir a limitação decorrente da natureza humana da nossa investigação: “estamos plenamente conscientes que quem fala de cultura – ainda que apenas em relação com o Direito Constitucional – se aventura em mares profundos nos quais se arrisca a submergir-se num abismo ou, na melhor das hipóteses, pode chegar lesionado a porto seguro”<sup>291</sup>.

Assim, a análise do tema compreende, em termos esquemáticos ou estruturais, a (I) memória deste relacionamento nas diversas etapas do Estado (absoluto, liberal, social, totalitário e contemporâneo) e em vários sistemas políticos, bem como a aferição do papel da *cultura* na definição da identidade do Estado e ainda a bondade da expressão *Estado de Cultura*. Sequencialmente, constatando que as Constituições acolhem matérias de âmbito cultural, importa indagar da (II) autonomização material do conceito de *Constituição cultural* e, conforme mencionado, caminhar rumo a uma concepção antropocêntrica acerca da mesma<sup>292</sup>. Por último, o ponto de convergência da dissertação é a (III) delimitação material da *Constituição cultural portuguesa* e a respectiva análise nas perspectivas de *liberdade* das pessoas e de *solidariedade* para com as mesmas no plano cultural, de *dever* da Sociedade Civil nesta matéria, de *acervo*, no que concerne aos símbolos nacionais e ao património natural e cultural, e de *tarefa*, isto é, dos mecanismos, públicos e privados, adequados à satisfação dos direitos culturais em sociedades caracterizadas pelo elevado nível de exigência dos cidadãos, como são as sociedades *civilizadas* e *cultas* do início do século XXI.

---

<sup>291</sup> Cfr. KLAUS STERN, *Los valores culturales en el Derecho Constitucional alemán*, p. 558.

<sup>292</sup> Conforme ensina PETER HABERLE, “atendendo à vitória mundial quer da ideia dos direitos humanos, quer do Estado Constitucional é consequência natural considerar o ser humano como ponto de partida ideal do Direito e do Estado, do Direito Constitucional e do Direito Internacional”, *El Estado Constitucional*, p. 8.

**I**

# **O Estado Cultural**



# 1. O Estado cultural no tempo: as relações entre *poder político e cultura* no âmbito da modernidade

*¡El Estado constitucional asegura su continuidad y supervivencia en el curso del tiempo a través de instrumentos y procedimientos “grandes” (de “malla gruesa”) y “finos”, en un equilibrio entre constancia y cambio. El tiempo y la cultura constitucional constituyen un modo de existencia de este tipo. Sin embargo, en el marco de una “teoría de la Constitución como ciencia cultural”, el Estado constitucional se “conecta” de manera diferenciada con el paradigma de la “evolución” que quizá caracteriza actualmente a todas las ciencias naturales y culturales (Palabra clave más reciente: “la computadora como máquina evolutiva”). En un sentido más profundo, todos los Estados constitucionales son “países en desarrollo”!*

PETER HABERLE, *El Estado Constitucional*, trad. castelhana de Héctor Fix-Fierro, México D. F., Universidad Nacional Autónoma de México, 2003, p. 61

## 1.1. Preliminares

Analisada a cumplicidade genética entre *poder político e cultura* verificada no contexto do *trânsito para a modernidade*<sup>1</sup>, importa abordar a sequência da relação no âmbito dessa comunidade politicamente organizada, omnipresente no quotidiano da humanidade durante o período histórico da modernidade, e por enquanto também da pós-modernidade, e que convencionamos denominar por *Estado*<sup>2</sup>. A dúvida metódica propulsora da investigação em apreço consiste em indagar se uma vez consolidado o exercício de um poder político soberano por um centro institucionalizado, monarca absoluto primeiro e monarca limitado ou órgãos representativos depois<sup>3</sup>, sobre um território com fronteiras definidas e tendencialmente estáveis, o *emergente* Estado continuou a identificar-se com a sua génese cultural, isto é, se continuou fiel à *nação*

<sup>1</sup> A expressão é de GREGORIO PECES-BARBA, RAFAEL DE ASÍS e M.<sup>a</sup> DEL CARMEN BARRANCO, *Lecciones de Derechos fundamentales*, p. 74.

<sup>2</sup> Cfr. *supra*, Introdução, 1.1.

<sup>3</sup> Segundo ROGÉRIO SOARES, este aspecto distingue “as monarquias limitadas da Europa Central e as formas de tipo parlamentar”, distinção que o autor concretiza nos seguintes termos: “nas primeiras, o soberano conserva ainda o seu papel central e unificador, [enquanto] nas últimas ele é substituído por uma representação nacional”, *Direito Público e Sociedade Técnica*, p. 20, e *Direito Administrativo*, p. 26/27; cfr. ainda JORGE MIRANDA, *Manual de Direito Constitucional*, tomo I, p. 179 e ss.

que constitui o seu projeto<sup>4</sup>, assegurando a conservação e o aperfeiçoamento das suas características próprias enquanto comunidade humana, ou se, antes pelo contrário, os fenómenos foram *separados à nascença* (do Estado).

A necessidade de analisar as relações entre o poder político e os fenómenos sociais foi defendida inicialmente, numa atitude arrojada de HERMANN HELLER, numa época em que o positivismo ainda dominava o pensamento científico nos meandros filosóficos europeus, quando sustentou que “o Estado<sup>5</sup> é unicamente um conteúdo parcial da complexa realidade da vida, da qual o isola a Teoria do Estado. Mas os conhecimentos que integram esta Teoria só podem ter valor se esse isolamento for complementado com uma constante referência à realidade total, já que só nela tem vida e verdade”<sup>6</sup>. A metodologia adoptada para a análise histórica do tema *ad probandum* consiste na abordagem sucessiva do fenómeno cultural nos vários períodos de evolução do Estado, que em função de o havermos qualificado anteriormente como um *ex-libris* da modernidade, se circunscrevem, segundo a *comuns opinium doctorum*, às fases de Estado absoluto, liberal, social e totalitário<sup>7</sup>, para culminar numa dúvida metódica e, na medida do possível, na respectiva conclusão, no sentido de identificar e caracterizar os contornos do problema no âmbito do Estado contemporâneo.

---

<sup>4</sup> Cfr. *supra*, Introdução, 1.1.

<sup>5</sup> HERMANN HELLER refere-se, segundo decorre do contexto, ao *Estado-poder* e não ao *Estado-comunidade*, sobre estes conceitos, cfr. *supra*, Introdução.

<sup>6</sup> Cfr. HERMANN HELLER, *Teoría del Estado*, p. 44/45.

<sup>7</sup> Cfr., selectivamente, DIOGO FREITAS DO AMARAL, *Estado*, col. 1159, JORGE REIS NOVAIS, *Contributo para uma teoria do Estado de Direito*, p. 26 e ss., MANUEL GARCÍA-PELAYO, *Las transformaciones del Estado contemporáneo*, p. 13 e ss., MARCOS VAQUER, *Estado y Cultura*, p. 32 e ss., JACQUES CHEVALIER, *L'État post-moderne*, p. 11 e ss., JORGE MIRANDA, *Manual de Direito Constitucional*, tomo I, p. 82, JORGE BACELAR GOUVEIA, *Manual de Direito Constitucional*, vol. I, p. 184 e ss., e MARIO GIUSEPPE LOSANO, *Las teorías del solidarismo y su influencia en la formulación de los derechos fundamentales económicos*, trad. castelhana de Luis Lloredo Alix, in MARIO GIUSEPPE LOSANO (org.), *Solidariedad y derechos humanos en tempos de crisis*, in *Cuadernos “Bartolomé de las Casas”*, n.º 50, Madrid, Dykinson, 2011, p. 38.

## **1.2. O Estado absoluto: a cultura de Estado**

O Estado absoluto, que ROGÉRIO SOARES definiu “como o conjunto do soberano, do funcionalismo e do exército. Ou seja, como uma máquina de constrangimento, de comando”<sup>8</sup>, começou por se “encarregar de uma série de tarefas que até então corriam a cargo da família, da Igreja ou das instituições locais, o que respondia a novas necessidades. Eram, especialmente, matérias relacionadas com as comunicações, tanto em geral como no seu aspecto económico-técnico, com a administração da justiça e com o cultural, sobretudo de carácter pedagógico”<sup>9</sup>. O Estado *emergente* que, numa atitude tributária do ideário iluminista, ancorado nos postulados *Razão e Natureza*<sup>10</sup>, buscava “submeter cada vez mais a existência humana, por introdução de conteúdos intelectuais novos e novos métodos, a uma total ordenação racional na qual o interesse individual concorre, através da razão, com o interesse da comunidade, confirmando assim ao mesmo tempo a concepção do mundo metafísico dos sistemas harmónicos”<sup>11</sup>, “tomou perfeita consciência da relação íntima entre poder político e educação”<sup>12</sup> e encontrou assim na cultura um modo de centralização do poder com a sujeição das escolas à direcção e controlo da coroa, nomeadamente mediante a institucionalização da instrução pública, facilitando a propagação da doutrina de Estado e a dinamização dos súbditos para tarefas de interesse nacional, v. g., serviço militar<sup>13</sup>.

---

<sup>8</sup> Cfr. ROGÉRIO SOARES, *Direito Público e Sociedade Técnica*, p. 19.

<sup>9</sup> Cfr. HERMANN HELLER, *Teoría del Estado*, p. 155/156.

<sup>10</sup> Cfr. BENNO VON WIESE, *La cultura de la ilustración*, p. 41.

<sup>11</sup> Cfr. BENNO VON WIESE, *idem*, p. 49.

<sup>12</sup> A expressão é de MARCOS VAQUER, *Estado y Cultura*, p. 32.

<sup>13</sup> Quanto a este último aspecto, RÓMULO DE CARVALHO afirma textualmente que “a luta contra o analfabetismo de elevadíssima percentagem entre nós, não correspondia à execução de um plano destinado a elevar o nível cultural da Nação mas era apenas um acto com vista à melhoria do nosso exército de que, por tabela, também alguns civis, crianças e adultos, tiravam proveito”, *História do Ensino em Portugal – Desde a fundação da nacionalidade até ao fim do regime de Salazar-Caetano*, Lisboa, Fundação Calouste Gulbenkian, 2001, p. 532.



Sintetizando a conjuntura com recurso às palavras de WILHELM VON HUMBOLDT, proferidas em discurso crítico da política educativa do Estado absoluto: “a educação é o meio moral mais utilizado pelos Estados para influenciar o carácter dos cidadãos, pois é o meio que mais directamente incide sobre a evolução do homem. Contudo, ao Estado não lhe interessa a formação do homem como homem; está mais preocupado com a educação de cidadãos uteis e fiéis à lei”<sup>14</sup>.

Assim sucedeu em Portugal com a denominada *reforma pombalina dos estudos* que implicou a expulsão da *Companhia de Jesus* por incompatibilidade dos conteúdos e dos métodos do ensino que ministravam com os padrões iluministas<sup>15</sup>, a conseqüente extinção da sua extensa e abrangente rede de estabelecimentos escolares, que até então monopolizava as tarefas educativas, nomeadamente entre as elites dirigentes, e desse modo granjeava de uma notável influência social<sup>16</sup>. A motivação do repúdio foi de tal ordem que constava expressamente do alvará lavrado por *El Rei* D. JOSÉ em 28 de Junho de 1759, sob a inevitável influência do Primeiro-Ministro SEBASTIÃO JOSÉ DE CARVALHO E MELO, Marquês de Pombal, que “os jesuítas “com o escuro e fastidioso método que introduziram nas escolas destes Reinos, e seus Domínios” e muito mais com a inflexível tenacidade com que sempre procuraram sustentá-la contra a evidência das sólidas verdades, prejudicaram gravemente os seus discípulos”<sup>17</sup>. Atenta a conjuntura política, a subsequente *reforma pombalina dos estudos* compreendeu, em termos sumaríssimos, as seguintes etapas: “(i) publicação do alvará de 28 de Junho de 1759 pelo qual os jesuítas são impedidos de ensinar e [são lançadas] as normas da nova

---

<sup>14</sup> Cfr. WILHELM VON HUMBOLDT, *Ideen zu einem Versuch die Grenzen der Wirksamkeit des Staates zu bestimmen*, 1792, p. 184, cit. por JOAQUÍN ABELLAN GARCIA, *El pensamiento político de Guillermo von Humboldt*, Madrid, Centro de Estudios Constitucionales, 1981, p. 155.

<sup>15</sup> Neste preciso sentido, RÓMULO DE CARVALHO, *História do Ensino em Portugal*, p. 430.

<sup>16</sup> Sobre esta questão, cfr., por todos, RÓMULO DE CARVALHO, *idem*, p. 423 e ss., e BENNO VON WIESE, *La cultura de la ilustración*, p. 50 e ss.

<sup>17</sup> Cfr. RÓMULO DE CARVALHO, *idem*, p. 430, e PAULO PULIDO ADRAGÃO, *A liberdade de aprender e a liberdade das escolas particulares*, p. 189.

metodologia para as escolas menores, a (ii) instituição do Colégio Real dos Nobres de Lisboa, que fraco êxito alcançou”<sup>18</sup>, a (iii) “criação da chamada Aula de comércio em 19 de Abril de 1759”<sup>19</sup> e, *the last but not the list*, a (iv) reforma da Universidade de Coimbra consubstanciada na aprovação dos *Estatutos Novos* por *Carta de Lei* de 28 de Agosto de 1772<sup>20</sup> que “se assumia, frontalmente, como o mestre dos mestres”<sup>21</sup> e em cujos termos é notório o contributo do *estrangeirado* LUÍS ANTÓNIO VERNEY, expresso no seu compêndio *Verdadeiro Método de Estudar*<sup>22</sup>. Quanto ao domínio científico que nos é especialmente grato, isto é, os estudos jurídicos, “a fidelidade ao espírito da reforma iluminista não consentia desvios, pelo que (...) impôs uma orientação doutrinal às diversas cadeiras”<sup>23</sup>. Em jeito de balanço, podemos afirmar que a *reforma pombalina dos estudos* culminou “decisivamente na eleição da escola de jurisprudência considerada preferível, condenando o professor a abraçar um certo entendimento do Direito e da metodologia jurídica”<sup>24</sup>.

Se atendermos às demais componentes do fenómeno cultural, o suporte financeiro da coroa resultante da política mercantilista adoptada no comércio ultramarino<sup>25</sup> permitiu o avultamento de certos aspectos de natureza cultural, como o

---

<sup>18</sup> Cfr. RÓMULO DE CARVALHO, *idem*, p. 452, segmentação do texto nossa.

<sup>19</sup> Cfr. RÓMULO DE CARVALHO, *idem*, p. 458.

<sup>20</sup> Cfr. RÓMULO DE CARVALHO, *idem*, p. 465 e ss.

<sup>21</sup> A expressão é de MÁRIO JÚLIO DE ALMEIDA COSTA e RUI MANUEL FIGUEIREDO MARCOS, *A reforma pombalina dos estudos jurídicos*, in *Boletim da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra*, n.º 75, Coimbra, Coimbra Editora, 1999, p. 74.

<sup>22</sup> Neste sentido, ALMEIDA COSTA e RUI MARCOS, *idem*, p. 67 e ss.

<sup>23</sup> Cfr. ALMEIDA COSTA e RUI MARCOS, *idem*, p. 83.

<sup>24</sup> A expressão é ainda de ALMEIDA COSTA e RUI MARCOS, *ibidem*; para uma sùmula da reforma da Universidade portuguesa, iniciada por D. MANUEL I e que conheceu o seu auge com o MARQUÊS DE POMBAL, cfr. ainda MARCELO REBELO DE SOUSA, *A natureza jurídica da Universidade no Direito português*, Lisboa, Publicações Europa-América, 1992, p. 25/26.

<sup>25</sup> Sobre este assunto, cfr., por todos, P. SOARES MARTÍNEZ, *Manual de Economia Política*, p. 157 e ss., JOÃO LUMBRALES, *História do pensamento económico*, Coimbra, Coimbra Editora, 1988, p. 23 e ss., VALENTIN VAZQUEZ DE PRADA, *História Económica Mundial*, vol. I, p. 225 e ss., e PAUL ANTHONY SAMUELSON e WILLIAM DAWBNEY NORDHAUS, *Economia*, trad. portuguesa de Manuel Mira Godinho, Lisboa, McGraw-Hill, 1990, p. 1079 e ss.

engrandecimento do património imobiliário, através da realização de obras de regime<sup>26</sup>, e a promoção de algumas actividades de carácter artístico, através, v. g., do mecenato à produção literária que com o desenvolvimento da imprensa passou a constituir instrumento adequado a transmitir uma imagem de grandeza do regime<sup>27</sup>, ou a proliferação de espectáculos como a ópera que constituíam mecanismos de ostentação do poder político<sup>28</sup>. Com efeito, o *leitmotiv* da actividade cultural do *ancien régime* esteve sempre implicado, por um lado, com (i) a satisfação pessoal do monarca, mecenas por excelência de todos os *escritores, artistas, mestres...*, que assim buscava, além de uma aquisição pessoal de cultura e simultaneamente de uma actividade lúdica, o prestígio junto dos seus congéneres<sup>29</sup>. Por outro lado, (ii) no *jovem* Estado existia já um sentimento de promoção do desenvolvimento da cultura nacional, em sentido humanista, com objectivo último “de prestigiar o Rei e, por consequência a Nação, ou ainda a ordenação, a moralização e a integração da sociedade”<sup>30</sup>.

A título de balanço sobre a *cultura de Estado* suprajacente ao *modus vivendi* do *ancien régime*, podemos buscar arrimo nas palavras de DENYS CUCHE quando afirma

---

<sup>26</sup> Cfr., para uma primeira noção de património cultural, JOSÉ CASALTA NABAIS, *Introdução ao Direito do Património Cultural*, p. 9 e ss., ANTÓNIO CORDEIRO, *Património cultural*, in *Dicionário Jurídico da Administração Pública*, vol. VI, Lisboa, Coimbra Editora, 1994, p. 279 e ss., e JOÃO MARTINS CLARO, *Aspectos jurídicos do património cultural imaterial*, in *Museus e património imaterial*, Lisboa, Instituto Português dos Museus e da Conservação, 2009, p. 141 e ss.

<sup>27</sup> O caso português constitui excepção na medida em que o MARQUÊS DE POMBAL proibiu a continuidade da *Gazeta de Lisboa*, único periódico de publicação regular existente à data (1762) em Portugal, cfr. RÓMULO DE CARVALHO, *História do Ensino em Portugal*, p. 468.

<sup>28</sup> Neste sentido, JOSÉ ORTEGA Y GASSET, *Misión de la Universidad*, in JOSÉ ORTEGA Y GASSET (org.), *Misión de la Universidad – Kant – La deshumanización del arte*, Madrid, Revista de Occidente, 1936, p. 65/66; cfr. ainda MARCOS VAQUER, *Estado y Cultura*, p. 33 e ss.

<sup>29</sup> Cfr. ANDRÉ-HUBERT MESNARD, *L'action culturelle des pouvoirs publics*, p. 36, e ainda, do autor, *Droit et politique de la culture*, Paris, Press Universitaire de France, 1990, p. 48.

<sup>30</sup> Cfr. ANDRÉ-HUBERT MESNARD, *L'action culturelle des pouvoirs publics*, p. 42/43, e *Droit et politique de la culture*, p. 49; no mesmo sentido, JÜRGEN HABERMAS afirma que “o mundo cultural humanista é inicialmente integrado na vida da corte. Seguindo os antigos preceptores de príncipes, o Humanismo, que só no transcurso do século XVI desenvolve a arte da crítica filológica, já por volta de 1400 serve para reestilizar a própria vida da corte. Com *il cortegiano*, um homem da corte com formação humanística, é suplantado o cavaleiro cristão. A seu tipo correspondem, um pouco mais tarde, o antigo *gentleman* inglês e, em França, o *honnête homme*. A sua sociabilidade divertida e bem falante caracteriza a nova “sociedade”, elevada a ponto central na corte”, *Mudança estrutural da esfera pública*, p. 22.

que ““cultura” é um termo utilizado sempre no singular, o que reflecte o universalismo e o humanismo dos filósofos: a cultura é própria do Homem (...), para lá de qualquer distinção de povos ou de classes. A palavra insere-se plenamente na ideologia das Luzes: a “cultura é associada às ideias de progresso, de evolução, de educação, de razão, que encontramos vivas no pensamento da época. Se o movimento das Luzes nasceu em Inglaterra, foi em França que descobriu a sua língua e o seu vocabulário; conhecerá de pronto uma enorme repercussão em toda a Europa Ocidental e, nomeadamente nas grandes metrópoles como Amesterdão, Berlim, Milão, Madrid, Lisboa, estendendo-se por outro lado até S. Petersburgo. A ideia de cultura participa do optimismo do momento, assente na confiança na perfectibilidade do ser humano. O progresso nasce da instrução, quer dizer da cultura, em crescimento constante”<sup>31</sup>.

### **1.3. O Estado liberal: a cultura como instrumento adequado à prossecução da liberdade e a autonomia cultural da Sociedade Civil**

Se o Estado absoluto havia sido moldado pelo *espírito das luzes*, o Estado liberal, momento debutante do Estado de Direito<sup>32</sup>, recebeu o contributo idealista que assentava no primado da separação entre *Estado* e *Sociedade Civil*, ou, se preferirmos, na “divisão de dois mundos: o dos valores políticos e o dos valores económicos”<sup>33</sup>, ideia preconizada por WILHELM VON HUMBOLDT quando afirmou que “quanto mais o

---

<sup>31</sup> Cfr. DENIS CUCHE, *A noção de cultura nas ciências sociais*, p. 32.

<sup>32</sup> Sobre o conceito de Estado de Direito, cfr., selectivamente, MARCELO REBELO DE SOUSA, *Direito Constitucional*, p. 295 e ss., JORGE REIS NOVAIS, *Contributo para uma teoria do Estado de Direito e Os princípios constitucionais estruturantes da República Portuguesa*, MIGUEL GALVÃO TELLES, *Estado de Direito*, in *Polis – Enciclopédia Verbo da Sociedade e do Estado*, vol. II, 1984, col. 1185 e ss., REINHOLD ZIPPELUIIS, *Teoria Geral do Estado*, p. 135 e ss., HANS KELSEN, *Teoria Geral do Direito e do Estado*, p. 197 e ss., GEORG JELLINEK, *Teoría General del Estado*, p. 319 e ss., GOMES CANOTILHO, *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*, 2003, p. 92 e ss., CARL SCHMITT, *Teoría de la Constitución*, trad. castelhana de Francisco Ayala, Madrid, Alianza Editorial, 2006, p. 137 e ss., e JORGE MIRANDA, *Manual de Direito Constitucional*, tomo I, p. 10/11.

<sup>33</sup> A expressão é ainda de ROGÉRIO SOARES, *Direito Público e Sociedade Técnica*, p. 41.

Estado procura responder às insuficiências da Sociedade Civil, mais essas insuficiências se multiplicam e novos males se revelam: a expectativa de ajuda do Estado, o esmorecimento da iniciativa pessoal, a presunção falsa, a preguiça, a incapacidade! O vício de onde nascem estes males é, depois, por eles engendrado; o corpo de funcionários cresce, a burocracia aumenta e o formalismo que envolve necessariamente os problemas que se procuravam resolver geraria, por si só, novos e avolumados problemas”<sup>34</sup>. Superado o absolutismo, a Europa vivia uma época em que “Direito e democracia eram (...) os [pres]supostos de uma ideia de liberdade e de defesa dos direitos da pessoa. Também nesse propósito último da cultura europeia convergiram (...) a tradição cristã de um Deus feito homem e de um homem que tinha a sua última instância em Deus e, por outro lado, a tradição racionalista das luzes que transformara o individuo em cidadão, erguendo-o de objecto a autor do processo político. Direito, democracia, justiça e liberdade tornaram-se assim função deste valor ao mesmo tempo supremo e uno da “dignidade humana” e projecções ideais da essência da cultura europeia”<sup>35</sup>. Neste contexto, o idealismo alemão assumiu um “elevado interesse pelo fenómeno cultural, que consideravam um somatório de dois valores, *beleza e verdade*,

---

<sup>34</sup> Cfr. WILHELM VON HUMBOLDT, *Ideen zu einem Versuch die Grenzen der Wirksamkeit des Staates zu bestimmen*, 1792, p. 184, cit. por J. REIS NOVAIS, *Contributo para uma teoria do Estado de Direito*, p. 65/66; no mesmo contexto, ERNST FORSTHOFF afirma que “a Constituição jurídica liberal começa e acaba com a separação entre Estado e sociedade”, *El Estado de la sociedad industrial*, p. 27, cfr. ainda ROGÉRIO SOARES, *idem*, p. 39 e ss., e REINHOLD ZIPPELIUS, *Teoria Geral do Estado*, p. 141.

<sup>35</sup> Cfr. F. LUCAS PIRES, *O que é Europa*, p. 65/66; em sentido aproximado mas num discurso bastante mais carregado ideologicamente, CARL SCHMITT sustenta que “não deixa de ser curioso que o Estado liberal europeu do século XIX tenha podido funcionar por sua iniciativa como *stato neutrale ed agnostico* e justificar a sua existência precisamente nessa neutralidade. Sobrejazerem a esse fenómeno diversos motivos e não é possível explicar este facto com uma só palavra nem a partir de uma única causa. O que aqui nos interessa é a sua condição de sintoma de uma neutralidade cultural geral; pois a doutrina do Estado neutral do século XIX ocorre numa tendência geral de neutralismo espiritual característico da história europeia dos últimos séculos. Creio que é aqui que se encontra a explicação histórica do que se qualificou como a era da técnica”, *La era de las neutralizaciones y de las despolitizaciones*, p. 115. Cfr. ainda, numa atitude menos consensual, JÜRGEN HABERMAS para quem “a esfera pública politicamente activa já não está mais sob o signo de uma dissolução do poder: muito mais ela deve servir para distribuí-lo; a opinião pública torna-se mera limitação de poderes (...). O liberalismo é o primeiro a revelar o carácter dualista do Estado de Direito burguês, pois esse está longe de ter assegurado a fusão dos interesses heterogéneos, momentos desde o início considerados como sendo democráticos surgem ao lado de interesses considerados liberais”, *Mudança estrutural da esfera pública*, p. 162/163.

isto é, cultura sensível e cultura racional, ao que atribuíram uma potencialidade libertadora do homem e confiavam que conduziria ao Estado ideal: o *Kulturstaat*<sup>36</sup>.

O idealismo alemão encontrou na conjuntura social do século XIX, para a qual correlativamente contribuiu em larga escala, o cenário adequado a reivindicar a *autonomia da cultura*. O mencionado primado da separação entre *Estado e Sociedade Civil* consistia “na afirmação da Sociedade Civil como entidade independente do Estado, guiada pelas suas próprias leis e, até certo ponto, indiferente às transformações da estrutura estatal, sem embargo do Estado continuar a exercer a sua missão social e se propor a imprimir direcção e impulso aos elementos sociais. O Estado deve conduzir à sociedade perfeita mas com respeito pela autonomia desta”<sup>37</sup>. Associado a este dogma, está o fenómeno anteriormente mencionado da dicotomia verbal *cultura / civilização*, resultante da circunstância da burguesia e aristocracia não manterem, na Alemanha, laços estreitos e, em consequência, as *elites intelectuais* haverem oposto os valores *espirituais* baseados na ciência, na arte, na filosofia e também na religião, aos valores *cortesões* da aristocracia<sup>38</sup>. Complementarmente, em reforço do que afirmamos em momento anterior e citando WILHELM VON HUMBOLDT, podemos acrescentar que “a civilização é a humanização dos povos nas suas instituições e usos exteriores, assim como na mentalidade interior relacionada com estes. A cultura acrescenta a este enobrecimento da vida social a *ciência* e a *arte*”<sup>39</sup>. Ainda segundo o autor, “quando nos referimos ao conceito de *educação*, estamos a referir-nos a algo simultaneamente mais elevado e mais íntimo: a essa disposição de sentido que brota do conhecimento e do

---

<sup>36</sup> Neste sentido, MARCOS VAQUER, *Estado y Cultura*, p. 39, itálicos nossos.

<sup>37</sup> A síntese é realizada ainda por MARCOS VAQUER, *idem*, p. 38; cfr. ainda *supra*.

<sup>38</sup> Cfr. *supra* Introdução, 1.2.

<sup>39</sup> Cfr. WILHELM VON HUMBOLDT, *Sobre la diversidad de la estructura del lenguaje humano y su influencia sobre el desarrollo espiritual de la humanidad*, trad. castelhana de Ana Agud, Madrid, Anthropos, 1990, p. 45.

sentimento do conjunto das tendências espirituais e morais e que se derrama harmoniosamente sobre a *sensibilidade* e o *carácter*”<sup>40</sup>.

O ambiente intelectual descrito, conforme mencionado, revelou-se favorável à elaboração do conceito de *Kulturstaat*, imputável a JOHANN GOTTLIEB FICHTE e que o autor descreve mediante a seguinte fórmula, pouco rectilínea mas de final elucidativo, “a finalidade da espécie humana é a *cultura* e, como consequência desta, uma existência digna. No Estado ninguém usa directamente as suas forças para lograr o gozo egoísta, pelo contrário coloca-as ao dispor da comunidade para lograr a finalidade da espécie, e obtém em troca o Estado de cultura desta, integralmente e além disso a sua própria subsistência digna. Pois a sua finalidade – do Estado – é a cultura”<sup>41</sup>. Considerando que o objectivo de JOHANN G. FICHTE, e do movimento idealista em geral, consistia em “superar a política educativa do iluminismo e de contribuir para a distinção (...) entre Estado e Sociedade Civil”<sup>42</sup>, afigura-se perfeitamente coerente que, apesar de apontar a cultura como fim do Estado, o autor não tenha sustentado qualquer atitude dirigista do poder político em relação à cultura em geral, nem à educação em especial, na medida em que reivindicou perante os príncipes alemães uma liberdade de consciência do ser humano. Antes pelo contrário e como aconselhava o pensamento idealista dominante à época, *recomendou* aos soberanos a adopção da seguinte conduta: “acompanhai as indignações do espírito investigador tendo em vista as necessidades

---

<sup>40</sup> Cfr. WILHELM VON HUMBOLDT, *ibidem*.

<sup>41</sup> Cfr. JOHANN GOTTLIEB FICHTE, *Los caracteres de la Edad Contemporánea*, trad. castelhana de José Gaos, Madrid, Revista de Occidente, 1934, p. 138/139; sobre este assunto, cfr. ainda a apreciação do pensamento de JOHANN G. FICHTE tecida por HEINZ HEIMSOETH para quem “a originalidade de FICHTE está precisamente em, no que respeita às relações entre o individuo e a Ética, ter dado largo acolhimento ao que há de particular, espontâneo, original, em cada um e nessas notas ter dado um valor estético que não cabe no formalismo kantiano, nem no universalismo de HEGEL”, *cit.* por AFONSO RODRIGUES QUEIRÓ, *Os fins do Estado*, p. 38. Contra a posição sustentada no texto, JESÚS PRIETO considera que JOHANN G. FICHTE “nunca chegaria a definir o conceito e adoptou a expressão em sentido muito amplo, como sinónimo dos Estados do Ocidente”, *Cultura, culturas y Constitución*, p. 213.

<sup>42</sup> Neste preciso sentido, JOAQUÍN ABELLAN GARCIA, *El pensamiento político de Guillermo von Humboldt*, p. 251.

mais actuais e urgentes da humanidade mas acompanhai-as com sabedoria e ligeireza, nunca como soberanos mas como colaboradores, nunca como amos do espírito mas como alegres participantes de seus frutos. A coacção é contrária à verdade; esta só pode prosperar com a liberdade da sua pátria, o mundo espiritual”<sup>43</sup>.

O conceito de *Kulturstaat* foi ainda adoptado entusiasticamente nesta conjuntura por JOHANN KASPAR BLUNTSCHLI quando sustentou que “os interesses culturais podem determinar de forma especial a vida de um povo e é então que surgem os Estados de Cultura”, residindo no elemento cultural a diferença específica relativamente às demais formas de governo que identifica, Monarquia e República<sup>44</sup>. Em suma, e citando as palavras de MARCOS VAQUER, “o conceito de *Kulturstaat*, elaborado e trabalhado pelos idealistas alemães, caracteriza-se pela intensificação da actividade pública cultural, agora liberta do estigma de actividade meramente instrumental com que foi conotada no Estado absoluto, em prol da autonomia da cultura e da sua função libertadora do Homem”<sup>45</sup>, e é orientado axiologicamente pelas seguintes máximas: “*a cultura faz a liberdade*, isto é, só no Estado de cultura o homem será livre, e *a cultura é autónoma*, ou seja, deve constituir um fim em si mesma para o Estado”<sup>46</sup>. Construção doutrinária que é uma consequência lógica, no domínio das ciências que estudam o Estado, da liberdade constituir o objectivo geral da filosofia idealista alemã, como o ilustram as palavras de FRIEDRICH VON SCHELLING, “em geral somente o

---

<sup>43</sup> Cfr. JOHANN G. FICHTE, *Reivindicación de la libertad de pensamiento a los príncipes de Europa que hasta ahora la oprimieron*, in JOHANN G. FICHTE (org.), *Reivindicación de la libertad de pensamiento y otros escritos políticos*, trad. castelhana de Faustino Oncina Coves, Madrid, Tecnos, 1986, p. 46.

<sup>44</sup> Cfr. JOHANN KASPAR BLUNTSCHLI, *Allgemeins Staatsrecht*, München, Verlag der Literarisch-artistischen Anstalt, 1852, p. 510 e ss.

<sup>45</sup> Segundo KLAUS STERN, apenas na era da reforma prussiana de HUMBOLDT, FICHTE e outros grandes espíritos comprometidos politicamente, se pode falar de uma tarefa cultural do Estado no interesse da cultura em si mesma”, *Los valores culturales en el Derecho Constitucional alemán*, p. 565; cfr. ainda a síntese do pensamento idealista sobre as relações entre *Estado e cultura* elaborada por MARCOS VAQUER, *Estado y Cultura*, p. 46.

<sup>46</sup> Cfr. MARCOS VAQUER, *ibidem*.



idealismo elevou a doutrina da liberdade àquela única região em que ela pode ser compreensível. A essência inteligível de cada coisa e, principalmente, do homem, é, segundo ele, exterior a qualquer conexão causal, encontrando-se fora e para além do tempo; por isso, não pode ser nunca determinada por qualquer coisa que esteja ou aconteça nela; e fá-lo, não tanto temporalmente, como conceptualmente, como unidade absoluta, que já lá se deve encontrar inteira e perfeita, para que uma acção ou determinação isolada seja possível nela”<sup>47</sup>.

A implantação deste ideário não foi contudo linear; pelo contrário, conheceu alcances diversos consoante as actividades culturais em questão e a conjuntura dos vários Estados. À partida, em termos gerais, “as experiências económicas e culturais que de há dois séculos se vinham realizando e as correlativas estruturas sociais ficam comprimidas à espera de oportunidade que lhes permita uma adequada expressão política”<sup>48</sup> na medida em que a divulgação das artes, no século XIX, resulta em benefício da burguesia e não da generalidade das pessoas<sup>49</sup>. Quanto ao ensino, na França *Revolucionária* e depois *Bonapartista*<sup>50</sup>, apesar do reconhecimento dos direitos da pessoa humana às liberdades de consciência e de expressão na *Déclaration des droits de l’homme et du citoyen*<sup>51</sup>, a classe burguesa encontrou no sistema estatal centralizado pelo *ancien régime* um modo de consolidar o apoio social à *Revolução*, pelo que o monopólio do ensino público imposto, algo paradoxalmente, por esta nova classe dominante no desfecho da *questão escolar* constituiu um expediente adequado a

---

<sup>47</sup> Cfr. FRIEDRICH WILHELM JOSEPH VON SCHELLING, *Investigações filosóficas sobre a essência da liberdade humana*, trad. portuguesa de Carlos Morujão, Lisboa, Edições 70, 1993, p. 93.

<sup>48</sup> Cfr. ROGÉRIO SOARES, *Direito Público e Sociedade Técnica*, p. 42.

<sup>49</sup> Nesse sentido, ROGÉRIO SOARES afirma que “ao identificar os homens com o homem raciocinante da publicidade literária, o pensamento burguês começa logo por restringir o círculo da publicidade a uma camada restrita do agregado social, uma vez que o analfabetismo generalizado afasta imediatamente do público as camadas populares, condenadas ainda por um pauperismo assustador a viverem no limite da subsistência e a desinteressarem-se da abertura aos problemas dos ilustrados, *idem*, p. 50

<sup>50</sup> Sobre a experiência constitucional francesa, cfr. *infra*, 2.1.

<sup>51</sup> Cfr. artigos 10.º e 11.º da *Déclaration des droits de l’homme et du citoyen* e *infra* II, 1.1.

impedir que a Igreja Católica recuperasse, ou mantivesse, influência junto da Sociedade Civil através da sua própria rede de estabelecimentos de ensino<sup>52</sup>. JEAN RIVERO menciona com a *ironia* que os factos históricos na realidade merecem que “de todas as liberdades de pensamento, a liberdade de ensino foi aquela que, em França, suscitou os debates mais apaixonados mas tais debates, essencialmente políticos, estiveram concentrados sobre um único problema – a existência, a par do ensino público de um ensino privado, principalmente organizado pela Igreja Católica – deixando na sombra os outros aspectos da liberdade de ensino e minimizou o alcance real da sua complexidade”<sup>53</sup>. O discurso de NAPOLEÃO BONAPARTE segundo o qual, “no estabelecimento de uma faculdade, o meu objetivo principal é ter um meio de direccionar a política e a moral, enquanto não se aprender desde a infância a virtude de ser republicano ou monárquico, ser católico ou ateu, o Estado não vai formar uma nação”<sup>54</sup>, exprime fielmente a política de ensino que a Revolução introduziu em França no sentido de conservar um monopólio estadual de ensino que só começaria a ser desmantelado nos alvares da III República<sup>55</sup>.

---

<sup>52</sup> Cfr. E. SPAGNA MUSSO, *Lo Stato di cultura nella Costituzione italiana*, p. 32 e ss., FRANCISCO SOSA WAGNER, *El mito de la autonomía universitaria*, Madrid, Thomson/Civitas, 2005, p. 53/54, e PAULO PULIDO ADRAGÃO, *A liberdade de aprender e a liberdade das escolas particulares*, p. 57/58.

<sup>53</sup> Cfr. JEAN RIVERO, *Les libertés publiques*, vol. 2, *Le régime des principales libertés*, Collection Themis, Paris, Press Universitaires de France, 1992, p. 317, enquanto ANDRÉ-HUBERT MESNARD afirma que “o Estado interveio o menos possível [nas actividades culturais], evitando qualquer interferência num domínio que se considerava reservado por natureza à iniciativa privada, com excepção da educação e de algumas das suas actividades conexas”, *L'action culturelle des pouvoirs publics*, p. 16/17. Sobre os debates nas constituintes de 1789/1791 e o triunfo da concepção monopolista do ensino estadual sobre o princípio da liberdade de ensino, cfr. ANDRÉ DE LAUBADÈRE e JEAN-CLAUDE VENEZIA, *Traité de Droit administratif*, tome III, Paris, L.G.D.J. – Librairie Générale de Droit et de Jurisprudence, 1993, p. 313/314, ANTONIO EMBID IRUJO, *Las libertades en la enseñanza*, Madrid, Tecnos, 1983, p. 24 e ss., e PAULO PULIDO ADRAGÃO, *idem*, p. 45 e ss.

<sup>54</sup> Cfr. NAPOLEÃO BONAPARTE, *cit.* por ANDRÉ DE LAUBADÈRE e JEAN-CLAUDE VENEZIA, *idem*, p. 315, cfr. ainda PAULO PULIDO DE ADRAGÃO, *A liberdade de aprender e a liberdade das escolas privadas*, p. 45 e ss.; segundo MARCELO REBELO DE SOUSA, esta declaração havia colhido inspiração numa máxima de GOTTFRIED WILHELM VON LEIBNIZ que um dia reivindicou “dêem-me a instrução pública durante um século e eu mudarei o mundo”, *cit.* in *A natureza jurídica da Universidade no Direito português*, p. 16.

<sup>55</sup> ANDRÉ DE LAUBADÈRE e JEAN-CLAUDE VENEZIA, sobre este assunto, recordam a Lei de 12 de Julho de 1875, pioneira no reconhecimento da *liberdade do ensino superior*, *idem*, p. 318.

Ainda no domínio da educação, a conjuntura alemã conheceu desenvolvimento distinto uma vez que “por tradição histórica, que continua a ser pacificamente aceite, a maioria dos estabelecimentos de ensino são de titularidade do Estado ou de corporações públicas”<sup>56</sup>. Se recordarmos a afirmação de ORTEGA Y GASSET segundo a qual “a civilização do século XIX podia resumir-se em duas grandes dimensões: democracia liberal e técnica”<sup>57</sup>, um Estado como a Alemanha, com Universidades implantadas nas principais cidades da época<sup>58</sup>, onde não se colocou a *questão escolar* e o pensamento idealista dominava<sup>59</sup>, constituiu *ambiente privilegiado* para empreender a investigação científica e tecnológica da qual vieram a resultar progressos significativos para a humanidade neste domínio<sup>60</sup>. O ensino foi também grande, ou principalmente o grande, beneficiário desta “nova concepção ou ideia de ciência que se formou na Alemanha do século XIX, [que] é uma ciência institucionalizada que se desenvolve no interior da Universidade, uma instituição que se constitui no “modelo das instituições académicas” (...) e nesta concepção, está ligada à ciência, porque, como “última etapa do processo

---

<sup>56</sup> Cfr. ANTONIO EMBID IRUJO, *Las libertades en la enseñanza*, p. 80; sobre a secularização da ciência (fenómeno ao qual não é alheia a *Reforma protestante* e a formação de Igrejas nacionais, cfr. *supra* Introdução, 1.1.), cfr. BENNO VON WIESE, *La cultura de la ilustración*, p. 25/26.

<sup>57</sup> Cfr. JOSÉ ORTEGA Y GASSET, *La rebelión de las masas*, p. 170; o autor especifica esta ideia em momento posterior ao afirmar que “jamais em toda a História se havia sido colocado o homem numa circunstância que se parecesse nem de longe com aquilo que as novas condições determinam. Trata-se, com efeito, de uma inovação radical no destino humano que é implantada no séc. XIX. Cria-se um novo cenário para a existência do homem, novo no físico e no social. Três princípios tornaram possível esse novo mundo: a democracia liberal, a experimentação científica e o industrialismo. Os dois últimos podem resumir-se num único: a técnica. Nenhum desses princípios foi inventado no século XIX, pelo contrário procedem de séculos anteriores. O mérito do século XIX não reside na sua invenção mas na sua implantação”, *idem*, p. 121/122.

<sup>58</sup> Neste preciso sentido, SERGE BERSTEIN e PIERRE MILZA, *História do Século XIX*, trad. portuguesa de M.<sup>a</sup> Georgina Segurado, Lisboa, Publicações Europa-América, 1997, p. 190.

<sup>59</sup> A *questão escolar* não se colocou na Alemanha porque a *Reforma protestante* colocou a actividade escolar das organizações religiosas sob o domínio dos Estados, a justificação é avançada por SPAGNA MUSSO, *Lo Stato di cultura nella Costituzione italiana*, p. 31.

<sup>60</sup> Sobre esta questão, cfr. MARCELA ALEJANDRA AHUMADA CANABES, *La libertad de investigación científica – Fundamentos filosóficos y configuración constitucional*, Getafe, Universidade Carlos III de Madrid, 2006, p. 112 e ss., e SERGE BERSTEIN e PIERRE MILZA, *idem*, p. 79 e ss. e 189 e ss., com esta afirmação não se ignora a ocorrência de algumas descobertas científicas em França e em Inglaterra, o que queremos aqui acentuar é a posição de vanguarda assumida pela Alemanha.

educativo”, é o lugar onde ela pode ser cultivada”<sup>61</sup>. Oportuno e decisivo para esta nova metodologia de apreender e de ensinar foi o contributo de WILHELM VON HUMBOLDT que começou por sustentar uma função “utilitarista”<sup>62</sup> para o ensino insistindo na ideia segundo a qual “as escolas e Universidades são instituições do Estado para a instrução da juventude em conhecimentos úteis e em ciências”<sup>63</sup>. Se a mentalidade alemã, expressa na reforma *humboldtiana* do ensino, fomentou a investigação científica na Universidade como pressuposto da *habilitação* para ensinar, noutras latitudes, como Reino Unido ou França, assistimos à “privatização da investigação” pois o desenvolvimento do comércio e da indústria proporcionaram que os investigadores, protegidos pela nova legislação sobre propriedade industrial, vislumbassem no objecto da sua invenção um bem economicamente valioso que lhes permitia a entrada no mercado<sup>64</sup>.

Neste domínio, diversamente do que sucedeu em quase todos os aspectos do constitucionalismo, os Reinos da Península Ibérica não sofreram o impacto imediato da experiência constitucional francesa na medida em que, por um lado, em Espanha “a Igreja católica tradicionalmente exerceu grande influência na gestão e no desenvolvimento do sistema educativo, especialmente porque, uma vez perdido o poderio económico na sequência do confisco dos bens, esta vislumbrou na educação um potente mecanismo para manter a sua influência social e exercer o maior controlo

---

<sup>61</sup> Cfr. MARCELA AHUMADA CANABES, *idem*, p. 115.

<sup>62</sup> A expressão é de JOAQUÍN ABELLAN, *El pensamiento político de Guillermo von Humboldt*, p. 218.

<sup>63</sup> Cfr. WILHELM VON HUMBOLDT, *Allgemeines Landrecht für die preussischen Staaten von 1794*, Frankfurt, Alfred Metzner Verlag, 1970, p. 584, *cit.* por JOAQUÍN ABELLAN, *El pensamiento político de Guillermo von Humboldt*, *ibidem*.

<sup>64</sup> Cfr. STEFANO MERLINI, *La Promozione della Cultura e della Scienza nella Costituzione Italiana*, in GIUSEPPE SANTIello (org.), *Tratatto do Diritto Amministrativo*, vol. XXII – *Libertà Costituzionale e limiti amministrativi*, Padova, Cedam, 1990, p. 380/381.

ideológico possível sobre a sociedade espanhola”<sup>65</sup> e, por outro lado, em Portugal, apesar do precedente aberto com a expulsão dos jesuítas por iniciativa *pombalina*<sup>66</sup>, o *constitucionalismo vintista* emergiu sob o signo da liberdade de ensino e da liberdade de criação de escolas privadas<sup>67</sup>, embora conjugado com a incumbência do Estado oferecer *instrução pública* em todos os lugares do Reino<sup>68</sup>. A *Carta Constitucional* inovou com a consagração da gratuidade da instrução primária<sup>69</sup>, princípio que foi mantido na *Constituição de 1838* e ao qual foi acrescida a liberdade de ingresso no ensino público<sup>70</sup>. O *constitucionalismo republicano* acrescentou à gratuidade, a obrigatoriedade do *ensino primário elementar* e reconheceu expressamente a liberdade de criação de escolas privadas, embora com a ressalva expressa em sede de texto constitucional de manutenção em vigor da legislação pombalina que extinguiu a Companhia de Jesus<sup>71</sup>.

A dinâmica do processo político decorreu, no entanto, em grande medida alheia aos textos constitucionais porque “as guerras civis em que gastámos a primeira metade do século XIX e o estado de grande esgotamento financeiro em que as mesmas deixaram o país, fizeram com que na prática os progressos da educação tenham sido

---

<sup>65</sup> Neste sentido, ÓSCAR CELADOR ANGÓN, *El derecho de libertad de cátedra – Estudio legal y jurisprudencial*, Madrid, Universidad Carlos III de Madrid y Boletín Oficial del Estado, 2007, p. 51, cfr. ainda p. 52 e ss., BLANCA LOZANO *La libertad de cátedra*, Madrid, Marcial Pons, 1995, p. 243 a 249, e JUAN ANTONIO ELIPE SONGEL, *Historia Constitucional del Derecho a la Educación en España*, Valencia, Editorial Nomos, 2003, p. 21 a 68.

<sup>66</sup> Cfr. *supra*, 1.2.

<sup>67</sup> Cfr. artigos 237.º e 239.º da *Constituição de 1822*.

<sup>68</sup> Cfr. artigos 237.º e 238.º da *Constituição de 1822*; sobre a inclusão de “direitos sociais embrionários” nas Constituições liberais portuguesas, cfr. ANDRÉ SALGADO DE MATOS, *O direito ao ensino – Contributo para uma dogmática unitária dos direitos fundamentais*, in *Estudos em Homenagem ao Professor Doutor Paulo de Pitta e Cunha*, vol. III, *Direito Privado, Direito Público e Vária*, Coimbra, Livraria Almedina, 2010, p. 403.

<sup>69</sup> Cfr. artigo 145.º, § 30.º da *Carta Constitucional*, cfr. ainda § 32.º; o balanço feito sobre esta questão por J. J. LOPES PRAÇA foi o seguinte: “quanto à instrução primária, temo-la gratuita e dia a dia se vão criando novas cadeiras. Mas não há professores bons, nem são devidamente retribuídos. Todos os esforços modernamente feitos para aumentar o número de escolas são louváveis mas pouco produtivos”, *Direito Constitucional Português – Estudos sobre a Carta Constitucional de 1826 e Acto Adicional de 1852*, vol. I, Coimbra, Coimbra Editora, 1997, p. 30.

<sup>70</sup> Cfr. artigos 28.º, § 1.º e 2.º, e 29.º da *Constituição de 1838*.

<sup>71</sup> Cfr. artigo 3.º, § 10.º, 11.º e 12.º, da *Constituição de 1911*.

então muito escassos em Portugal”<sup>72</sup>. O balanço desta conjuntura foi negativo porque, por um lado, manteve um *status quo* de “baixíssimo nível cultural da população portuguesa no século XIX e no primeiro quartel do século XX e, em consequência, [provocou] grande dificuldade em fazer funcionar a Monarquia parlamentar e a República liberal, bem como a falta de quadros preparados para dirigir o Estado, chefiar a administração pública, dinamizar o poder local e desenvolver a indústria ou modernizar a agricultura”<sup>73</sup> e, por outro lado, o estagnamento verificado no ensino universitário, devido “às matérias ensinadas se basearem nos escritos antigos que eram destilados com escasso espírito crítico”, foi o motivo da proliferação de academias e sociedades científicas, instituídas à margem dos estabelecimentos de ensino<sup>74</sup>.

Quanto ao património, enfraquecido o poder financeiro do Estado por força dos novos ventos do liberalismo económico soprados por uma classe de filósofos encabeçada por ADAM SMITH<sup>75</sup>, escassearam os recursos financeiros necessários para sustentar as actividades e obras que dinamizaram a cultura no período absolutista, pois a nova classe dominante valorizava o económico em detrimento do cultural e, em

---

<sup>72</sup> O balanço é feito por DIOGO FREITAS DO AMARAL, *Uma solução para Portugal*, Lisboa, Publicações Europa-América, 1985, p. 172; sobre o ensino durante o período liberal em Portugal, cfr. RÓMULO DE CARVALHO, *História do Ensino em Portugal*, p. 521 e ss.

<sup>73</sup> Cfr. ainda DIOGO FREITAS DO AMARAL, *idem*, p. 173.

<sup>74</sup> Cfr. ANTÓNIO JOSÉ FONTOURA LEONARDO que acrescenta “a academia como sociedade de sábios com o objectivo de promover a pesquisa científica, estimulando a discussão entre pares, foi criada logo no início da ciência moderna, sendo ela própria parte do método científico”, *O Instituto de Coimbra e a evolução da Física e da Química em Portugal de 1852 a 1952*, disponível na internet em [https://estudogeral.sib.uc.pt/bitstream/10316/16388/3/Tese\\_Doutoramento\\_Jos%c3%a9%20Leonardo.pdf](https://estudogeral.sib.uc.pt/bitstream/10316/16388/3/Tese_Doutoramento_Jos%c3%a9%20Leonardo.pdf) e, para uma resenha sobre o assunto, cfr., do autor, *Breve História das Academias Científicas*, disponível na internet em <http://dererumundi.blogspot.pt/2007/07/breve-histria-das-academias-cientificas.html>; sobre o fenómeno paralelo noutras latitudes, nomeadamente em Espanha, cfr., respectivamente, FRANCISCO SOSA WAGNER, *El mito de la autonomía universitaria*, p. 59, e MARCOS VAQUER, *Estado y Cultura*, p. 61. Com a qualificação do balanço como negativo não estamos a proferir um juízo de valor desfavorável em relação às academias, pelo contrário queremos apenas exprimir que o fenómeno mencionado no texto em nada abonou em favor do desenvolvimento da Universidade portuguesa na medida em que a afastou ainda mais de uma das suas funções: a investigação científica.

<sup>75</sup> Sobre o liberalismo económico, cfr. ADAM SMITH, *An inquiry into the nature and causes of the wealth of nations*, London, William Strahan & Thomas Caldell, 1776, disponível na internet em <http://www2.hn.psu.edu/faculty/jmanis/adam-smith/Wealth-Nations.pdf>, JOÃO LUMBRALES, *História do pensamento económico*, p. 47 e ss., VALENTÍN VÁSQUEZ DE PRADA, *História Económica Mundial*, vol. I, p. 177 e ss., e PEDRO SOARES MARTINEZ, *Manual de Economia Política*, p. 177 e ss.

consequência, a nova conjuntura saída da Revolução Francesa revelava-se propícia ao exercício das actividades económicas que passaram a estar ao acesso daqueles que demonstrassem iniciativa pessoal para o efeito em consequência do reconhecimento das liberdades fundamentais de indústria e de comércio: *laissez faire, laissez passer*<sup>76</sup>; daí que a cultura tenha passado de actividade instrumental a fim distante<sup>77</sup>. Como sustentava AFONSO QUEIRÓ acerca do problema nuclear da filosofia política, a relação entre o individuo e Estado, “considerando (...) como valor mais alto o indivíduo e a sua empírica liberdade, somente restringível pela necessidade da segurança e da ordem, que devem ser mantidas pelo Estado, o qual, no final de contas, vem assim a ser considerado, muito à feição individualista, como *mera aparelhagem de coação*. Ou dito de outro modo: esta concepção, como concepção liberal, mostra-se inclinada a reconhecer no Estado uma só das suas facetas: o Estado-Civilização, desconhecendo o Estado como Estado-Cultura<sup>78</sup>. O Estado e o Direito são vistos como mero *meio exterior*, *mera aparelhagem externa*, destinada à obtenção de um bem de ordem meramente civilizadora; são um mero expediente de *necessidade*, de que não é possível prescindir (liberalismo), ou de que se deve mesmo prescindir (anarquismo)”<sup>79</sup>.

Contudo, o triunfo da soberania nacional e a conseqüente distinção entre o domínio público e o património privado da Coroa, assim como a *nacionalização* ou *estatização* dos bens da Igreja Católica, originaram o surgimento do conceito de

---

<sup>76</sup> Cfr. MAURICE DUVERGER, *Os grandes sistemas políticos – Instituições Políticas e Direito Constitucional*, trad. portuguesa de Fernando Ruivo e Fernando F. Pinto, Coimbra, Livraria Almedina, 1985, p. 204; como afirma ROGÉRIO SOARES, “as limitações fundamentais que esta visão (liberal) da sociedade há-de impor ao Estado referem-se necessariamente àqueles pontos em que a família burguesa se apoia no mundo: a propriedade e a intimidade. É isso que antes de mais interessa salvar. É a propriedade que define a família; é a intimidade que a preserva. O Estado, qualquer que ele seja, tem de aceitar como limites à sua acção as barreiras da liberdade e da propriedade. Essas vão ser as garantias fundamentais que as Constituições inscrevem e que significam a primeira conquista contra os quadros do despotismo”, *Direito Público e Sociedade Técnica*, p. 53/54.

<sup>77</sup> Cfr. STEFANO MERLINI, *La Promozione della Cultura e della Scienza nella Costituzione Italiana*, p. 379.

<sup>78</sup> Cfr. *supra*, Introdução, 2.1.

<sup>79</sup> Cfr. AFONSO QUEIRÓ, *Os fins do Estado*, p. 52.

*património nacional* que, de certo modo em *contra senso* às tendências da época, avolumou as tarefas do Estado com a assunção da nova incumbência de conservação do património<sup>80</sup> e simultaneamente provocou o efeito, certamente imprevisível no contexto da *ambiance* do século XIX, de desencadear o movimento de acesso das *massas* ao disfrute de bens culturais para além da educação, ou instrução, escolar<sup>81</sup>. Em contrapartida, o respeito pelo direito fundamental de propriedade privada, *baluarte intransponível* da novel classe burguesa dominante, impediu os Estados de regular, ou por qualquer modo intervir, em matérias referentes aos bens de interesse histórico ou artístico pertencentes a entidades privadas<sup>82</sup>.

#### **1.4. O Estado social: a revolução tecnológica como propulsora da cultura de massas**

A paternidade, ainda que remota, da ideia de um *Estado social* é imputável a LORENZ VON STEIN devido a uma afirmação proferida pelo autor em 1850 segundo a qual “havia terminado a época das revoluções e das reformas políticas para começar a era das revoluções e reformas sociais”<sup>83</sup>. O jurista de *Eckernförde* revelou sensibilidade

---

<sup>80</sup> Neste sentido, ANDRÉ-HUBERT MESNARD, *L'action culturelle des pouvoirs publics*, p. 75; sobre o assunto o autor menciona ainda em relação ao caso francês, numa expressão que sintetiza em certa medida uma atitude genérica típica da *cultura* (em sentido antropológico) do espaço latino, “o messianismo revolucionário, a grandeza imperial estão certamente na origem do nacionalismo cultural da França republicana”, *Droit et politique de la culture*, p. 49.

<sup>81</sup> Cfr. ANDRÉ-HUBERT MESNARD, *L'action culturelle des pouvoirs publics*, p. 76/77.

<sup>82</sup> Sobre esta questão, cfr. JOSÉ CASALTA NABAIS que adopta a tese sustentada por VICTOR HUGO em 1832 que procedia à distinção de “duas coisas num edifício, o seu uso e a sua beleza. O seu uso pertence ao proprietário, a sua beleza a todo o mundo. Por isso, aquele não tem direito à sua destruição”, *Introdução ao Direito do Património Cultural*, p. 73.

<sup>83</sup> Cfr. LORENZ VON STEIN, *Geshite der sozialen Bewegung*, cit. por MANUEL GARCÍA-PELAYO, *Las transformaciones del Estado contemporáneo*, p. 14/15; seria uma hipótese de trabalho interessante, embora excedesse largamente o objecto da presente investigação, explorar a ideia de FERNANDO DíEZ MORENO segundo a qual existe um nexo de causalidade directa entre o Estado absoluto e o Estado social pois “a emancipação do poder real da nobreza e a centralização dos poderes numa só pessoa haveria necessariamente que produzir um aumento das funções do Estado” (*El Estado social*, Madrid, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2004, p. 29) e dirige a sua argumentação no sentido de demonstrar que é possível identificar um movimento de “progressiva assunção de tarefas pelo Estado



e discernimento para alertar que “somente uma teoria e uma *praxis* políticas conscientes deste facto poderão enfrentar com êxito o futuro”<sup>84</sup>. Com efeito, LORENZ VON STEIN observou que o Estado apresentava tendência para o desenvolvimento superior e livre da personalidade dos indivíduos, enquanto a sociedade, baseada nas relações de propriedade, isto é, no domínio das coisas que se transformava em domínio sobre as pessoas e a conseqüente estratificação em classes, revelava tendência para a servidão e miséria física e moral das pessoas. O autor considerava este cenário, gerado pelo despique das forças económico-sociais, contraditório com a ideia de Estado mas também com os seus interesses e estabilidade pois, por um lado, a grandeza do Estado dependeria do nível moral e material dos seus cidadãos e, portanto, seria contraditória com a miséria económica e biológica da maioria da população e, por outro lado, a sua estabilidade política corria o risco de ser confrontada com um movimento revolucionário social que surgiria assim que as classes mais desfavorecidas começassem a ter acesso à cultura e, em consequência, a adquirir consciência da sua situação. Assim, pressentiu que a correcção pelo Estado dos efeitos disfuncionais da sociedade industrial competitiva não constituía apenas uma exigência ética mas também uma necessidade histórica pois haveria que optar entre a verosímil revolução e as reformas sociais<sup>85</sup>. Em

---

porque que “o Estado [absoluto] não assume apenas funções de auxílio e beneficência, como cuidar dos doentes, prestar assistência aos pobres e deficientes (...), como a escola e, em geral, as instituições culturais se converteram também em assunto do Estado (...) que anteriormente reconhecia como suas, quase exclusivamente, as funções de administração da justiça, a manutenção de ordem pública e a guerra, converte agora em objecto da sua actividade fins que antes estavam abandonados à acção individual (...), em geral toma a seu cargo a procura do bem-estar dos súbditos” (*ibidem*). Contudo, no seu discurso, o autor subvaloriza a vivência de algumas décadas de liberalismo, quer político, quer económico, nos Estados europeus que, segundo a interpretação que fazemos do seu pensamento (*idem*, p. 66 e ss., e 104 e ss.), parece qualificar como um *accidente histórico*.

<sup>84</sup> LORENZ VON STEIN, *ibidem*; cfr. ainda ERNST FORSTHOFF, *Concepto y esencia del Estado Social de Derecho*, trad. castelhana de José Puente Egado, in WOLFGANG ABENDROTH, ERNST FORSTHOFF e KARL DOEHRING (org.), *El Estado social*, Madrid, Centro de Estudios Constitucionales, 1986, p. 78, e JORDI SÁNCHEZ, *El Estado de Bienestar*, in MIQUEL CAMINAL BADIA, *Manual de Ciencia Política*, Madrid, Tecnos, 1999, p. 238.

<sup>85</sup> Cfr. a síntese realizada por MANUEL GARCÍA-PELAYO, *Las transformaciones del Estado contemporáneo*, p. 15

suma, “se o Estado queria subsistir necessitava estar disponível para controlar de modo permanente os aspectos económicos, sociais, e culturais da sociedade”<sup>86</sup>.

O Estado social não é, no entanto, um conceito pacífico nem simples de concretizar pois, como adverte REINHOLD ZIPPELIUS, apesar de não haver abandonado “os elementos liberais na sua acção, o Estado social embrenha-se numa antinomia que não pode ser perfeitamente resolvida: por um lado, trata de efectuar o bem comum, a justiça social e a compensação social, em doses tão grandes quanto possível; por outro lado, porém, só consegue isto à custa de uma limitação progressiva dos direitos de liberdade do indivíduo. Ao mesmo tempo, há o perigo de um Estado administrador do bem-estar acabar por paralisar a função selectiva da livre concorrência e extinguir a iniciativa privada. O Estado social vê-se, dia após dia, ante a tarefa precária de encontrar um *compromisso* entre aqueles desejos e perigos, quando queira apurar se deve, e em que medida deve, ocupar-se de finalidades sociais e económicas, bem como efectivá-las”<sup>87</sup>.

Sem que consideremos necessário percorrer exaustivamente o *iter* doutrinário sobre os primórdios deste novo modo de *entender* e de *ser* da relação entre Estado e Sociedade Civil, gostaríamos apenas de sublinhar que os contributos decisivos para a consolidação da teoria do Estado social<sup>88</sup>, e em certa medida para a respectiva implantação, são normalmente atribuídos a HERMANN HELLER, no âmbito da Ciência do Direito, e a JOHN MAYNARD KEYNES, no campo da ciência económica. Assim, HERMANN HELLER considera que, após as reflexões de LORENZ VON

---

<sup>86</sup> A expressão é ainda de MANUEL GARCÍA-PELAYO, *idem*, p. 24.

<sup>87</sup> Cfr. REINHOLD ZIPPELIUS, *Teoria Geral do Estado*, p. 145, itálico nosso.

<sup>88</sup> Sobre o *Estado social*, cfr., selectivamente, MARCELO REBELO DE SOUSA, *Estado social*, in *Polis – Enciclopédia Verbo da Sociedade e do Estado*, vol. II, 1984, col. 1188 e ss., JOSÉ RAMÓN COSSIO DÍAZ, *Estado social y derechos de prestación*, Madrid, Centro de Estudios Constitucionales, 1989, p. 31 e ss., MANUEL GARCÍA-PELAYO, *Las transformaciones del Estado contemporáneo*, max. p. 13 e ss. e 121 e ss., e GOMES CANOTILHO, *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*, 2003, p. 353/354.

STEIN anteriormente mencionadas, “a relação entre o Estado e a Sociedade Civil passou a constituir o problema mais importante, quer no campo teórico, quer no campo prático, da política do Ocidente”<sup>89</sup>. Neste contexto, o jurista de *Cieszyn* descreve os pontos de vista extremos sobre o assunto nos seguintes termos: enquanto “para o pensamento burguês abstracto-liberal, a sociedade, concebida de modo universal, segundo o modelo hegeliano não dialéctico da “Sociedade Civil”, corresponde à esfera do jogo livre e “natural” das forças iguais que o Estado deixa em liberdade e respeita o seu desenrolar e, se identifica o Estado (...) com a Sociedade Civil, liquidando, ao modo liberal, a ideia hegeliana de Estado e permitindo que a Sociedade Civil permaneça como o sistema da independência universal dos fins particulares egoístas. Ao invés, para o pensamento socialista a sociedade é um conceito histórico concreto, absolutamente dinâmico e dialéctico, porque, enquanto sociedade de classes, contém uma boa dose de opressão e desigualdade e aparece carregada pelas tensões de poder engendradas pelas exigências de liberdade e igualdade do proletariado”<sup>90</sup>. O contributo de HERMANN HELLER para a solução do problema passa assim por uma reinterpretação da teoria social hegeliana, defendendo a integração da Sociedade Civil, nomeadamente da classe operária, nas estruturas sociais, culturais e políticas do Estado-nação<sup>91</sup> e pode ser sintetizado na seguinte afirmação: “todo o acto do poder político exerce, por princípio, a sua influência, que por vezes só é susceptível de ser descoberta por exame microscópico, sobre a vida religiosa, militar, económica, pedagógica, artística e outros aspectos da vida social e vice-versa”<sup>92</sup>.

---

<sup>89</sup> Cfr. HERMANN HELLER, *Teoría del Estado*, p. 132.

<sup>90</sup> Cfr. HERMANN HELLER, *idem*, p. 132/133.

<sup>91</sup> Cfr. HERMANN HELLER, *idem*, p. 231 e ss.

<sup>92</sup> Cfr. HERMANN HELLER, *idem*, p. 238; segundo JORDI SÀNCHEZ, o contributo mais significativo de HERMANN HELLER residiu na proposta de conciliação entre os regimes políticos e económicos da época pois “o colapso eventualmente resultante do fascismo e do desenvolvimento do capitalismo poderia ser evitado sem necessidade de renunciar ao Estado de Direito, mediante a incorporação de conteúdos

Por seu turno, no campo económico, JOHN MAYNARD KEYNES, após dirigir acérrima crítica ao fenómeno que denominou como “o famoso *optimismo* da teoria económica tradicional”<sup>93</sup>, sustentou que, além da intervenção do poder político nas actividades económicas constituir um *imperativo categórico*, ao arrepio do *sacrossanto* princípio da confiança *cega* na condução das mesmas por uma suposta *mão invisível*, sustentado pela Escola clássica<sup>94</sup>, seria necessária uma reflexão profunda sobre o assunto, alegando que os economistas, “ao retirarem-se do mundo para cultivarem os seus jardins, ensinando que tudo vai pelo melhor no melhor dos mundos possíveis, desde que deixássemos as coisas andarem por si, tem como origem, no meu entender, o desconhecimento do obstáculo que pode significar para a prosperidade uma deficiência da procura efectiva. Com efeito, numa sociedade que funcionasse de acordo com os postulados clássicos observar-se-ia necessariamente uma tendência natural para o emprego óptimo dos recursos. Pode muito bem ser que a teoria clássica represente a via que deveríamos desejar que a nossa economia seguisse. Mas supor que na realidade ela se comporta desse modo é supor todas as dificuldades afastadas”<sup>95</sup>.

Seguramente que não foi alheia às reflexões doutrinárias mencionadas a circunstância dos textos constitucionais aprovados a partir do primeiro quartel do século XX haverem paulatinamente começado a inovar (i) pelo reconhecimento de direitos económicos, sociais e culturais dos cidadãos e ainda (ii) pela consagração de um

---

económicos e sociais neste Estado que permitiriam evoluir para uma nova ordem social” cuja epícrise, segundo o autor, estaria na submissão das relações laborais ao Direito, *El Estado de Bienestar*, p. 243.

<sup>93</sup> Cfr. JOHN MAYNARD KEYNES, *Teoria Geral do Emprego, do Juro e da Moeda*, trad. portuguesa de Manuel Resende, Lisboa, Relógio d’Água, 2010, p. 58.

<sup>94</sup> Segundo ensinava ADAM SMITH, “cada individuo tenta aplicar o seu capital de forma que ele renda o mais possível. Geralmente o indivíduo não tem em vista a melhoria do interesse público nem sabe em que medida é que o está a promover, procurando somente a sua própria segurança, o seu ganho pessoal. Ele é conduzido, deste modo, por uma *mão invisível*, na promoção de um fim que não fazia parte das suas intenções iniciais. Na prossecução dos seus interesses, o indivíduo está frequentemente, a beneficiar a sociedade de um modo mais eficaz do que quando pretende fazê-lo intencionalmente”, *An inquiry into the nature and causes of the wealth of nations*, p. 363/364, itálico nosso.

<sup>95</sup> Cfr. JOHN MAYNARD KEYNES, *Teoria Geral do Emprego, do Juro e da Moeda*, p. 58.

programa de transformação e modernização da Sociedade Civil<sup>96</sup> ou, nas palavras de JÜRGEN HABERMAS, “a liberdade assegurada pela exclusão refere-se a um Estado que coloca limites, que deixa por conta do indivíduo a sua situação tal como ela é... A participação enquanto direito e exigência aponta para um Estado produtor, repartidor, distribuidor, distributivo, que não deixa por conta dos indivíduos a sua situação social mas vem ajudá-los através de garantias”<sup>97</sup>. Neste contexto, é necessário não olvidar que o Estado social pressupõe a subsistência não apenas das conquistas liberais mas também das democráticas, às quais acresce sem substituir pois, como afirma MANUEL GARCÍA-PELAYO, “o Estado social, em sentido genuíno é contraditório com o regime autoritário”<sup>98</sup> porque a actividade prestacional do Estado coloca um problema fulcral de legitimidade na medida em que os decisores políticos passam a estar incumbidos de adoptar decisões, isto é, verdadeiras opções políticas no sentido mais puro do termo, sobre a aplicação de dinheiros públicos e, em última análise, “a função da procura existencial neste tipo de regimes é simplesmente neutralizar, na medida do possível, a acuidade do conflito social com vista a assegurar a estabilidade do sistema político”<sup>99</sup>. Em suma, estamos perante uma fase do Estado subjacente a uma ideia filosófica de *solidariedade* social, valor que neste contexto sofre uma metamorfose “de solidariedade

---

<sup>96</sup> Cfr. *Constituição mexicana de 1917 e Constituição alemã de 1919* e ainda *infra*, II, 1.2.

<sup>97</sup> Cfr. JÜRGEN HABERMAS, *Mudança estrutural da esfera pública*, p. 263; no sentido da função de *distribuidor* constituir a *pedra de toque* do Estado social, cfr. FERNANDO DÍEZ MORENO, *El Estado social*, p. 218/219.

<sup>98</sup> Cfr. MANUEL GARCÍA-PELAYO, *Las transformaciones del Estado contemporáneo*, p. 49.

<sup>99</sup> Cfr. MANUEL GARCÍA-PELAYO, *idem*, p. 49/50. Cfr. ainda as observações de A. BARBOSA DE MELO para quem a circunstância do Estado “que quer cumprir e realizar o que julga ser o bem e a utilidade do povo sem qualquer respeito pela escolha livre e a autodeterminação dos cidadãos em concreto; que quer encarregar-se do bem estar do povo, não como faz a natureza – que dá ao homem as condições da sua prosperidade, deixando-o livre para as utilizar como quiser – mas como faz o pai que ordena aos seus filhos que façam aquilo que ele considera ser-lhes útil; quer numa palavra, constringer os povos a serem felizes”, *Democracia e Utopia – Reflexões*, Porto, 1980, p. 24/25; para uma retrospectiva das origens e evolução do conceito de *procura existencial*, cfr. FERNANDO DÍEZ MORENO, *El Estado social*, p. 191 e ss.

baseada na benevolência e na ajuda mútua e passa ao reconhecimento e positivação de direitos e deveres do cidadão”<sup>100</sup>.

Se encararmos o assunto sob a perspectiva da Ciência da Administração pública, verificamos que “a governação surge, pelo menos formalmente como um conjunto articulado de recursos materiais e humanos e de estruturas organizacionais postos ao serviço do Governo que, no uso legítimo de poder, traça objectivos e metas a cumprir para lidar, ultrapassar, gerir, (...) os problemas sociais para cuja resolução recebeu mandato”<sup>101</sup>. A tentativa de caracterizar este *modelo* levou a doutrina a pronunciar-se “pela lógica de “cima para baixo”. Primeiro, porque as metas políticas (*polity*) são agendadas pelos políticos sufragados; depois porque as políticas (*policies*) são desenhadas por especialistas, cujo saber técnico e científico sobre as questões sociais em jogo e sobre os dispositivos de implementação de políticas para com elas lidar, os legitimam como peças-chave do processo de tomada de decisão. O processo caracterizava-se, ainda, por uma importante assunção ético/moral ligada à universalidade da sua acção: o desenho das políticas é feito em nome de um interesse universal. O modo de relação que, assim, se instituiu entre Estado/governo e os diferentes sistemas e instituições públicas fundava-se na confiança, na *expertise* dos

---

<sup>100</sup> A expressão é de CARLOS GONZÁLES SÁNCHEZ, *El principio de la solidaridad en la Constitución Española*, p. 16, no sentido da *solidariedade* constituir o fundamento da configuração do Estado social, cfr. ainda p. 30 e 55 e ss., itálicos nossos. “O conceito de solidariedade já era conhecido pelos juristas da época romana como um conceito referente ao Direito das Obrigações: se assim estivesse previsto no contrato, qualquer dos devedores poderia ser obrigado a saldar sozinho a totalidade da dívida, ou seja, “estavam obrigados de modo solidário””, cfr. MARIO GIUSEPPE LOSANO, *La cuestión social y el solidarismo francés: actualidad de una antigua doctrina*, in MARIO GIUSEPPE LOSANO (org.), *Solidariedad y derechos humanos en tempos de crisis*, in Cuadernos “Bartolomé de las Casas”, n.º 50, Madrid, Dykinson, 2011, p. 19; acrescenta ainda que, no âmbito da modernidade, é devida a PIERRE LEROUX a recuperação do conceito em apreço como sinónimo do *desejável ponto de equilíbrio* (na perspectiva de um autor católico empenhado na reabilitação social do proletariado como era PIERRE LEROUX) entre a *caridade* cristã e a *fraternidade* revolucionária, *ibidem*; neste último sentido, PAULO BEZERRA, *Solidariedade*, in PAULO BEZERRA (org.), *Temas atuais de direitos fundamentais*, Ilhéus-Bahia, Editora da Universidade Estadual de Santa Cruz, 2007, p. 238/239.

<sup>101</sup> Cfr. ANTÓNIO M. MAGALHÃES, *Os modelos emergentes de regulação política e a governação do Ensino Superior na Europa*, in ANTÓNIO TEODORO (org.), *A Educação Superior no Espaço Ibero-americano – Do elitismo à transnacionalização*, Lisboa, C.E.I.E.F. – Centro de Estudos em Educação e Formação, 2010, p. 40.

políticos e dos oficiais do Estado e na universalidade na procura do bem comum que a acção política assumia como base de legitimação”<sup>102</sup>.

Contudo, não criemos ilusões no sentido de qualificar o *Estado social* como o modelo por excelência de organização política, económica, social e cultural ou deste momento histórico representar o alcance do perfeccionismo no contexto do Estado de Direito democrático. As críticas ao Estado social e a advertência para os perigos que esta eventual *caixa de pandora* transportava no seu interior começaram a surgir na doutrina. A mais acérrima destas críticas, no domínio das ciências jurídicas, foi protagonizada por ERNST FORSTHOFF que sustentou a existência de uma contradição nos termos entre Estado de Direito e Estado social, qualificando-os como “antagónicos”<sup>103</sup>, na medida em que, na concepção do jurista de *Laar*, “o Estado, qualquer que seja a definição que se lhe confira e qualquer que seja a forma em que se apresente, é sempre uma organização de poder (...). É possível estabelecer limites ao Estado, enquanto Estado de Direito, mas dentro desses limites continua a ser um poder de domínio. O Estado pode ser democrático e fundar o poder público na vontade popular mas continua a ser um poder de domínio porque apenas o modo da sua constituição e do seu funcionamento ficam submetidos ao princípio democrático, o poder do Estado enquanto tal em todas as Constituições é o mesmo. Se o Estado exerce funções de natureza social, fica vinculado a uma componente difícil de conciliar com a sua componente de poder de domínio”<sup>104</sup>, porque desse modo, estão criadas as

---

<sup>102</sup> Cf. ANTÓNIO M. MAGALHÃES, *ibidem*.

<sup>103</sup> Cf. ERNST FORSTHOFF, *Concepto y esencia del Estado Social de Derecho*, p. 86; o autor chega ao ponto de considerar “não ser possível uma solução de compromisso” configurada por “meio Estado social e meio Estado de Direito”, *idem*, p. 80.

<sup>104</sup> Cf. ERNST FORSTHOFF, *Problemas constitucionales del Estado Social*, trad. castelhana de José Puente Egido, in WOLFGANG ABENDROTH, ERNST FORSTHOFF e KARL DOEHRING (org.), *El Estado social*, Madrid, Centro de Estudios Constitucionales, 1986, p. 46; cfr., no mesmo sentido, *Concepto y esencia del Estado Social de Derecho*, p. 87 e ss.

condições para “se aproveitar das necessidades sociais dos seus súbditos para aumentar o seu poder de domínio”<sup>105</sup>.

Apesar dos escolhos que algumas vozes consagradas lhe foram apontando, esta nova atitude de relacionamento entre Estado e Sociedade Civil prevaleceu por várias décadas e, de certo modo, ainda integra o quotidiano dos cidadãos nos Estados de Direito democráticos<sup>106</sup>. Atenta a conjuntura, aparentemente estavam reunidos os pressupostos necessários ao reatamento de uma relação profícua entre Estado e Cultura. Com efeito, “na passagem do público que pensa a cultura para o público que consome cultura, o que anteriormente ainda se permitia que se distinguisse como esfera pública literária em relação à esfera política perdeu o seu carácter específico. A “cultura” difundida através dos meios de comunicação massificados é particularmente uma cultura de integração: ela integra não só informação e raciocínio, as formas publicitárias como as formas literárias das belas letras exercem acção psicológica adequada para uma ocupação e “ajuda de vida” determinada pelo *human interest*; ela é suficientemente elástica para também assimilar ao mesmo tempo, elementos de propaganda, até mesmo para servir como uma espécie de super-slogan que, caso ainda não existisse, poderia ter sido simplesmente inventado para fins de *public relations* do *status quo*. A esfera pública assume funções da propaganda. Quanto mais ela pode ser utilizada como meio de influenciar política e economicamente, tanto mais apolítica ela se torna no todo e tanto mais aparenta estar privatizada”<sup>107</sup>.

---

<sup>105</sup> Cfr. ERNST FORSTHOFF, *idem*, p. 51

<sup>106</sup> Cfr. *infra*, 1.6.

<sup>107</sup> Cfr. JÜRGEN HABERMAS, *Mudança estrutural da esfera pública*, p. 207/208; em sentido aproximado, ROGÉRIO SOARES, *Direito Público e Sociedade Técnica*, p. 74/75.



Ainda neste contexto, HERMANN HELLER, ao teorizar sobre a relação entre o Estado, agora qualificado como social<sup>108</sup>, e a Sociedade Civil reforça o papel da cultura neste *novo modo de ser do poder político* na medida em que, após tecer crítica explícita a KARL MARX e a FREDERICH ENGELS por estes circunscreverem a função do Estado a um conjunto de tarefas no plano económico<sup>109</sup>, conclui que “um poder político é tanto mais firme quanto mais conseguir com que seja reconhecida a pretensão de obrigatoriedade das suas próprias ideias e injunções normativas, assim como para as regras consuetudinárias, morais e jurídicas por ele aceites e que, simultaneamente, são seu fundamento. O seu prestígio político cresce se lograr que o tipo de cultura que representa politicamente seja adoptado como modelo para a formação da vida. As mesmas formas de linguagem, a literatura, a música e as artes plásticas, podem, em determinadas circunstâncias, contribuir eficazmente em benefício do poder político. Por isso, o Estado moderno concede tanta importância à política cultural no plano interno e à propaganda cultural no plano externo. Nenhum Estado pode renunciar à utilização dos poderes espirituais para realizar os seus fins. O Estado de Direito com divisão de poderes adopta, na realidade, uma certa atitude de respeito perante as forças espirituais ao assegurar constitucionalmente o livre desenvolvimento da arte, da ciência e da Igreja. Contudo, isto só é possível se o fizer enquanto as diferenças que possam existir entre o povo do Estado não colocarem em perigo a unidade da cooperação social no território e, com isso, a sua necessária função social. As ditaduras modernas dão ao espírito um tratamento que implica a sua consideração como mera função da política propondo-se

---

<sup>108</sup> Cfr. *supra*.

<sup>109</sup> Cfr. HERMANN HELLER, *Teoría del Estado*, max. p. 195 e ss.

forjar uma solidariedade política mediante a criação de uma uniformidade espiritual de actos de coacção directa e, com isso, uma nova cultura”<sup>110</sup>.

Segundo a concepção teórica descrita, “a nova cultura de massas – trazida pela revolução tecnológica e pela evolução social – deixou de ser um fenómeno estranho ao Estado”, como sustenta MARCOS VAQUER<sup>111</sup>, para se tornar (i) *uma condição histórica da sua existência* na medida em que a complexidade, tanto tecnológica como económica, do ambiente cultural do século XX exigia a “procura existencial” própria do Estado social, (ii) *um motivo para repensar o seu papel* uma vez que o acesso das classes páreas à cultura e a subsequente tomada de consciência da sua situação obrigou os Estados a optar pelas reformas sociais para evitar a revolução, (iii) *uma tarefa* pois as reformas sociais mencionadas estenderam-se ao fenómeno cultural, acelerando o processo de acesso aos bens culturais mediante uma política distributiva, (iv) *um factor de legitimação e estabilidade* visto que a nova política cultural contribuiu para a paz social e a progressiva integração entre Estado e sociedade e (v) *um resultado* porque a nova cultura “estruturada” pelo Estado é apoiada, e por vezes sustentada, por serviços públicos e medidas de fomento<sup>112</sup>.

Atenta, no entanto, a nova conjuntura política, no âmbito da qual foi privilegiada a atitude de “transformar o Estado numa aparelhagem ao serviço dos interesses imediatos da sociedade e delineada à sua imagem e semelhança”<sup>113</sup>, numa fase inicial, a descrição realizada não passou de um *esboço doutrinário* uma vez que o poder político

---

<sup>110</sup> Cfr. HERMANN HELLER, *idem*, p. 240; no mesmo sentido, JOSE ASCENSI SABATER afirma que o fenómeno cultural aparece, em primeiro lugar, ligado à ideia de integração ou, mais exactamente, à função de produzir mecanismos de integração político-social. Esta concepção da cultura como mecanismo de integração social reflecte, por outro lado, uma das dimensões mais claras que, em geral, desempenha a cultura entendida como parte integrante da ideologia dominante”, *Cultura y Constitución – Una propuesta cultural en la crisis*, in *Revista de Estudios Políticos*, Madrid, n.º 34, 1983, p. 264.

<sup>111</sup> Cfr. MARCOS VAQUER, *Estado y Cultura*, p. 68.

<sup>112</sup> A síntese da actividade cultural do Estado social é elaborada nos termos descritos no texto por MARCOS VAQUER, *ibidem*.

<sup>113</sup> Cfr. ROGÉRIO SOARES, *Direito Público e Sociedade Técnica*, p. 114.

privilegiou a prossecução das tarefas do *Welfare State* referentes às respectivas componentes económica e social *strictu sensu* em detrimento da cultura. Assim, a orientação adoptada ao nível político e legislativo, que implicou o adiamento da realização de uma parcela significativa do programa constitucional, de conteúdo *tripartido* pelos domínios económico, social e cultural, foi determinada por motivos de ordem meramente conjuntural pois a ideia de Estado social foi acolhida na Europa numa fase de pós-crise económica<sup>114</sup> e de pós-guerra mundial e o *status* financeiro existente obrigou o poder político a conferir prioridade às tarefas de reconstrução: dinamização das actividades económicas devastadas pelo conflito armado e dignificação imediata das condições materiais de vida dos cidadãos<sup>115</sup>.

JOSÉ MARTÍNEZ DE PISÓN, em sentido aparentemente diverso, sustenta que “o estabelecimento de sistemas públicos de instrução, a sua extensão a todas as classes sociais, a sua obrigatoriedade e o seu financiamento público foram uma das senhas de identidade do Estado social durante o século XX. Constituíram um dos instrumentos

---

<sup>114</sup> A menção feita no texto reporta-se à crise de 1929; complementarmente, entendemos por conveniente mencionar que só a euforia da época, que não deixa de ser própria da natureza humana, explica um desfecho dramático como o da crise de 1929 na medida em que os operadores económicos não souberam interpretar os sinais transmitidos pelo mercado nos anos anteriores como, v. g., o rebentamento da bolha inflacionária da compra e venda especulativa de terrenos na Flórida em 1926 (sobre esta questão, cfr. JOHN KENNETH GALBRAITH, *El crash de 1929*, trad. castelhana de Ángel Abad, Barcelona, Editorial Ariel, 2008, p. 15 e ss.), nem atenderam às sábias admoestações sobre as consequências da conjuntura prognosticadas por JOHN MAYNARD KEYNES quando advertiu que “o capitalismo, *sabiamente gerido*, é provavelmente mais eficiente para atingir fins económicos do que qualquer outro sistema alternativo ainda em vista, mas que em si é, em muitos aspectos, extremamente questionável. O nosso problema é a elaboração de uma organização social que deve ser tão eficiente quanto possível, sem ofender as nossas noções de um modo satisfatório de vida” (*O fim do laissez-faire*, in *A grande crise e outros textos*, trad. portuguesa de Manuel Resende, Lisboa, Relógio d’Água, p. 117, itálico nosso). Sobre este assunto, importa ainda referir que JÜRGEN HABERMAS assinala o ano de 1873 como o início da *grande depressão* e “da marcha da era liberal para o seu fim” (*Mudança estrutural da esfera pública*, p. 171 e ss.) e, no mesmo contexto, ERNST FORSTHOFF sustentou que “já nos anos imediatamente posteriores à [I] Guerra Mundial ficou claro que a relação entre Estado e economia, tal como existia durante a monarquia, não voltaria a desenrolar-se da mesma forma. A época da autonomia da economia havia acabado para sempre” (*El Estado de la sociedad industrial*, p. 21).

<sup>115</sup> O próprio MARCOS VAQUER reconhece as dificuldades de desenvolvimento das actividades culturais componentes do Estado social de Direito nos primórdios deste momento histórico do Estado, *Estado y Cultura*, p. 76/77; no mesmo sentido, JESÚS PRIETO, *Cultura, culturas y Constitución*, p. 222 e ss., e BEATRIZ GONZÁLEZ MORENO, *Estado de cultura, derechos culturales y libertad religiosa*, Madrid, Civitas, 2003, p. 37/38.

mais poderosos de equilíbrio social, de realização da igualdade de oportunidades, e de mobilidade entre as classes sociais e foram, pois, um dos símbolos mais emblemáticos do compromisso entre capital e trabalho que ganhou corpo a partir da II Guerra Mundial. Os Estados, particularmente dos países desenvolvidos, dedicaram e dedicam uma elevada percentagem do orçamento do Estado a custear os gastos com a educação para continuar a cumprir este compromisso político”<sup>116</sup>. Contudo, as declarações de MARTÍNEZ DE PISÓN, que aparentemente sugerem que a componente cultural vingou desde os primórdios do Estado social, na realidade vêm produzir o efeito inverso do pretendido pelo autor, isto é, confirmar a tese de JESÚS PRIETO e de MARCOS VAQUER, uma vez que é o próprio MARTÍNEZ DE PISÓN a invocar como marco propulsor da generalização do *Welfare State* no espaço europeu o *Beveridge Report*<sup>117</sup>, que tinha por objecto a reforma do modelo de segurança social no Reino Unido, reconhecendo, em momento posterior, que apesar de serem “numerosas desde os alvares do século XIX as iniciativas privadas ou filantrópicas e as teorias que propunham um sistema educativo nacional obrigatório, gratuito e acessível a todas as classes sociais, também neste caso o Estado irá intervir, seja mediante o estabelecimento do quadro geral da educação e das suas etapas, seja mais *tardamente* aceitando a responsabilidade de organizar e financiar com o seu orçamento o sistema de ensino

---

<sup>116</sup> Cfr. JOSÉ MARTÍNEZ DE PISÓN, *El derecho a la educación y la libertad de enseñanza*, in *Cuadernos “Bartolomé de las Casas”*, n.º 27, Madrid, Dykinson, 2003, p. 49.

<sup>117</sup> O *Beveridge Report*, de 1942, foi um plano elaborado pelo keynesiano WILLIAM HENRY BEVERIDGE por incumbência do Ministro do Trabalho do Reino Unido, ERNEST BEVIN, em 1940, com solicitação de continuidade dos trabalhos no ano seguinte pelo Ministro da Saúde do novo Governo, também conservador, de WINSTON CHURCHILL, ERNEST BROWN, sobre a reforma da segurança social no Reino Unido, cfr. J. MARTÍNEZ DE PISÓN, *idem*, p. 51, MARIO G. LOSANO, *Las teorías del solidarismo y su influencia en la formulación de los derechos fundamentales económicos*, p. 50 e ss., e JORDI SÀNCHEZ, *El Estado de Bienestar*, p. 239.

público<sup>118</sup> (...), confirmando portanto a *mudança gradual* de um modelo de Estado [liberal] para outro [social]”<sup>119</sup>.

A própria afirmação de BEATRIZ GONZÁLEZ MORENO no sentido segundo o qual “entre os interesses ancorados na raiz do aparecimento do Estado social estão a *procura existencial* de educação e cultura, por uma dupla razão: no plano objectivo, porque a educação e a cultura asseguram o livre e pleno exercício da democracia, cujo pressuposto básico é a liberdade de conhecer e a capacidade para decidir com conhecimento de causa, e, no plano subjectivo, porque a educação e a cultura são o suporte para o livre desenvolvimento da personalidade e para a liberdade ideológica”<sup>120</sup> não contraria as conclusões avançadas. Com efeito, não se contesta, de modo algum, que a cultura e a sua vertente educativa incorporem os objectivos programáticos do Estado social *ab initio*. O que a análise histórica nos permite verificar é que no período debutante do Estado social ocorreu uma falta de capacidade de resposta imediata, quantitativa e qualitativa, dos Estados ao surto da *procura existencial* e, portanto, a necessidade de estabelecer prioridades que resultam sempre de uma opção política da classe dirigente em funções num determinado momento.

---

<sup>118</sup> Cfr., para uma primeira análise da questão do financiamento do ensino superior no âmbito de um Estado social, MARÍA JOSÉ GONZALEZ LOPEZ, *La incidencia de la función financeira en las políticas universitarias*, Granada, Editorial Universidad de Granada, 2004, p. 15 e ss., e MARIA LUISA MACHADO CERDEIRA, *O financiamento do Ensino Superior Português – A partilha de custos*, Coimbra, Livraria Almedina, 2009, p. 77 e ss.

<sup>119</sup> Cfr. J. MARTÍNEZ DE PISÓN, *El derecho a la educación y la libertad de enseñanza*, p. 52; para uma análise da contraposição que o autor estabelece entre as características do Estado liberal e do Estado social, cfr. *idem*, p. 52 e ss., itálicos nossos.

<sup>120</sup> Cfr. BEATRIZ GONZÁLEZ MORENO, *Estado de cultura, derechos culturales y libertad religiosa*, p. 37.

## **1.5. Os Estados autoritários e os Estados totalitários: *a negação da autonomia da cultura***

O denominado *constitucionalismo frágil*<sup>121</sup>, característico do primeiro quartel do século XX, que esteve associado ao declínio do liberalismo político por ineficácia das estruturas organizatórias do século XIX perante a conjuntura do novo século, no âmbito da qual avulta a decadência do liberalismo económico *puro e duro*, não foi sucedido em todas as experiências constitucionais por um Estado de Direito, democrático e social com as características que acabamos de descrever<sup>122</sup>. Com efeito, o combate ao modo de organização do poder político que CARL SCHMITT denominou de “Estado de coligações partidárias” e que denunciou como impotente para a prossecução dos seus fins, nomeadamente a manutenção da ordem social, por sofrer de *déficit* de autoridade<sup>123</sup>, contribuiu para a gestação de regimes *totalitários* de ideologia diversa como a marxista-leninista na então União das Repúblicas Socialistas Soviéticas após a revolução de 1917, e em todos os seus *Estados satélites*<sup>124</sup> após a II Guerra Mundial e

---

<sup>121</sup> Com a expressão *constitucionalismo frágil* pretendemos identificar *sensivelmente* o mesmo período do movimento constitucional que PAOLO BISCARETTI DI RUFFIA e STEFAN ROZMARYN denominam pelo “ciclo das Constituições de democracia racionalizada (1919-1937)”, *La Constitution comme loi fondamentale dans les États de l'Europe occidentale et dans les États socialistes*, Torino, Libreria Scientifica / Paris, L.G.D.J. – Librairie Générale de Droit et de Jurisprudence, 1966, p. 9/10, *cit.* por JORGE MIRANDA, *Manual de Direito Constitucional*, tomo I, p. 95/96.; a nossa preferência pela expressão *constitucionalismo frágil* reporta-se à necessidade de evidenciar a instabilidade das instituições políticas nos Estados europeus, nomeadamente devido à ineficácia do sistema de governo parlamentar tal como concebido à época, perante os desafios do século XX e consideramos até o período um pouco mais extenso que o fixado pelos autores na medida em que a *Constituição Portuguesa de 1911* consubstancia um exemplo típico dos textos constitucionais deste momento histórico.

<sup>122</sup> Como afirmam JOHN A. HALL & G. JOHN IKENBERRY, “um conjunto de instituições pode ser bom em circunstâncias determinadas mas desastroso noutras. Esse parece ter sido o caso das relações entre o Estado e o capitalismo”, *El Estado*, p. 79; sobre o “direito e não direito nas instituições totalitárias”, cfr. J. J. GOMES CANOTILHO, *Estado de Direito*, Lisboa, Gradiva, 1999, p. 6.

<sup>123</sup> Cfr. CARL SCHMITT, *El concepto de lo político*, p. 62.

<sup>124</sup> Sobre esta questão, cfr. GERHARD WETTIG, *Stalin and the Cold War in Europe: The Emergence and Development of East-West Conflict, 1939-1953*, Lanham, Rowman & Littlefield, 2007, p. 69.

até finais da *Guerra Fria* que se arrastou até aos anos oitenta do século XX<sup>125</sup>, o fascismo italiano com a marcha de BENITO MUSSOLINI sobre Roma em 1922<sup>126</sup> e o nacional-socialismo alemão com vitória do *Partido Nacional-Socialista dos Trabalhadores Alemães* nas eleições para o *Reichtag* em 1932 e a subsequente nomeação, no ano seguinte, pelo Presidente PAUL VON HINDENBURG, de ADOLF HITLER para o cargo de Chanceler<sup>127</sup>. A conjuntura era desoladora pois como afirmou FRANCISCO LUCAS PIRES, “a catástrofe de uma Europa com meios, mas sem fins ou organizações comuns, estava à vista. O nacionalismo viria a produzir o monstro quase “perfeito” do nazismo e o internacionalismo marxista o seu gémeo oposto do estalinismo”<sup>128</sup>. A Península Ibérica não escapou a esta *vaga anti-liberal e anti-democrática*, havendo conhecido a implantação de regimes *autoritários* de ideologia corporativa em Portugal com a Revolução de 28 de Maio 1926, *ratificada* juridicamente pela aprovação plebiscitária da *Constituição de 1933* e seguida de longo mandato de ANTÓNIO DE OLIVEIRA SALAZAR como Chefe de Governo<sup>129</sup>, e em Espanha com a vitória de FRANCISCO FRANCO na Guerra Civil de 1936-1939, seguida da vigência

---

<sup>125</sup> Cfr. ARMANDO MARQUES GUEDES, *Ideologias e sistemas políticos*, Lisboa, Instituto de Altos Estudos Militares, 1984, p. 233 e ss., JORGE MIRANDA, *Manual de Direito Constitucional*, tomo I, p. 192 e ss., e JORGE REIS NOVAIS, *Contributo para uma Teoria do Estado de Direito*, p. 167 e ss.

<sup>126</sup> Cfr. ALESSANDRO PIZZORUSSO, *Lezioni di Diritto Costituzionale*, p. 59 e ss., A. MARQUES GUEDES, *idem*, p. 293 e ss., JORGE MIRANDA, *idem*, p. 191/192, J. BACELAR GOUVEIA, *Manual de Direito Constitucional*, vol. I, p. 374 e ss., e J. REIS NOVAIS, *idem*, p. 132 e ss.

<sup>127</sup> Cfr. JOSEPH ROVAN, *Histoire de l'Allemagne – Des origines a nos jours*, Paris, Éditions du Seuil, 1998, p. 647 e ss., A. MARQUES GUEDES, *idem*, p. 281 e ss., JORGE MIRANDA, *idem*, p. 181 e ss., J. BACELAR GOUVEIA, *idem*, p. 377 e ss., e J. REIS NOVAIS, *Contributo para uma Teoria do Estado de Direito*, p. 150 e ss.

<sup>128</sup> Cfr. F. LUCAS PIRES, *O que é Europa*, p. 102.

<sup>129</sup> Cfr. J. J. GOMES CANOTILHO, *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*, 2003, p. 178 e ss., JORGE MIRANDA, *Manual de Direito Constitucional*, tomo I, p. 300 e ss., e J. BACELAR GOUVEIA, *Manual de Direito Constitucional*, vol. I, p. 464 e ss.; *Estado corporativo*, segundo a definição de NUNO ROGEIRO, é o “regime de organização política que reconhece como base o agrupamento humano, segundo a comunidade dos seus interesses naturais e das suas funções sociais, tendo como consequência necessária a representação pública desses diferentes organismos; sistema de governo fundado na coadunação de interesses e na participação cívica das diversas corporações”, *Estado Corporativo*, in *Polis – Enciclopédia Verbo da Sociedade e do Estado*, vol. II, 1984, col. 1177.

de um regime nacionalista que perdurou até ao falecimento do *caudillo*<sup>130</sup>, em ambos os casos até meados da década de setenta. A estas experiências europeias acresceram as ditaduras militares nos Estados do hemisfério sul e do continente asiático, algumas das quais ainda resistem apesar das pressões da Sociedade Internacional<sup>131</sup>.

Apesar dos vários regimes políticos autoritários e totalitários apresentarem características ideológicas bastante diversificados<sup>132</sup>, FRIEDRICH HAYEK identifica alguns aspectos comuns a esta panóplia de regimes não democráticos, nomeadamente em matéria de técnicas de liderança, que sintetiza nos seguintes termos: “a forma mais eficaz de fazer com que as pessoas aceitem a validade dos valores que devem servir é convencê-las de que se tratam dos mesmos valores pelos quais elas – ou, pelo menos, os melhores de entre elas – sempre se nortearam mas que até então não haviam sido compreendidos ou reconhecidos. Faz-se com que as pessoas transfiram a sua lealdade dos velhos deuses para os novos com o pretexto de que os novos deuses são, na verdade, o que o seu instinto sensato sempre lhes indicara mas que antes só haviam descortinado tenuemente. E a técnica mais eficaz para este instinto é usar palavras antigas mudando-lhes o significado. Há poucos traços dos regimes totalitários simultaneamente tão confusos para o observador superficial e, contudo, tão característicos do ambiente

---

<sup>130</sup> Sobre este assunto, cfr. selectivamente, FRANCISCO FERNÁNDEZ SEGADO, *Las Constituciones Históricas Españolas – Un análisis histórico-jurídico*, Madrid, Editorial Civitas, 1992, p. 691 e ss., ANTONIO TORRES DEL MORAL, *Principios de Derecho Constitucional español*, Madrid, Universidad Complutense de Madrid, 2010, p. 23 e ss., JUAN A. ELIPE SONGEL, *Historia Constitucional del Derecho a la Educación en España*, p. 121 e ss., HELLMUTH GÜNTHER DAHMS, *A Guerra Civil de Espanha – 1936-1939*, trad. portuguesa de Maria da Graça Cardoso, Amadora, Editorial Ibis, 1964, p. 59 e ss., JORGE MIRANDA, *idem*, p. 189 e ss., e J. BACELAR GOUVEIA, *idem*, p. 384 e ss.

<sup>131</sup> Sobre estes regimes, cfr. JORGE MIRANDA, *idem*, p. 207 e ss. e 227 e ss., e J. BACELAR GOUVEIA, *idem*, 342 e ss.

<sup>132</sup> Quer os regimes autoritários, quer os regimes totalitários, apresentam a característica comum de não se enquadrarem nos regimes democráticos mas enquanto o regime totalitário *absorve* integralmente as liberdades pessoais, o regime autoritário “convive com um pluralismo limitado, i. é, são poucas as organizações autorizadas a exercer o poder político, que têm apesar de tudo de ser legitimadas pelo líder, com esferas de autonomia circunscritas, e sem concorrência eleitoral”, cfr. R. LEITE PINTO, J. MATOS CORREIA e F. ROBOREDO SEARA, *Ciência Política e Direito Constitucional*, p. 267.



intelectual como a completa perversão da linguagem, a alteração do significado das palavras com que os regimes as expressam. Neste aspecto, quem mais sofre é claro a palavra liberdade, uma palavra utilizada tão livremente em regimes totalitários como noutros. De facto, quase se poderia dizer – e que nos sirva de aviso contra os cantos de sereia que nos prometem *novas liberdades em troca das antigas* – que em todos os casos em que a liberdade, tal como a entendemos, foi destruída, isso foi sempre feito em nome de uma qualquer nova liberdade prometida ao povo”<sup>133</sup>.

Com efeito, as novas elites políticas não ignoravam a clássica máxima idealista segundo a qual *a cultura faz a liberdade*<sup>134</sup> e por isso, embora tenham empreendido algumas medidas no sentido de reduzir a alta taxa de analfabetismo das populações por forma a conferir uma imagem, primordialmente externa, de elevação quantitativa e qualitativa do nível cultural da Sociedade Civil e, em última análise, de grandiosidade do próprio Estado, o que na realidade se verificou foi, por um lado, a continuidade da prática de restringir o acesso aos mais elevados patamares culturais às elites políticas e sociais, à semelhança do sucedido durante o Estado liberal<sup>135</sup>, e, por outro lado, a utilização dos mecanismos de divulgação cultural para fins de propaganda ao regime<sup>136</sup>.

A juspublicística italiana, partindo do *case study* da liberdade de ensinar, contribuiu no plano doutrinário com a elaboração da figura dos *limites internos* aos direitos fundamentais, que são limites que demarcam o conjunto de poderes ou faculdades que o direito confere ao seu titular, elaborando assim um mecanismo jurídico adequado a circunscrever a liberdade individual pois desde a *Déclaration des droits de*

---

<sup>133</sup> Cfr. FRIEDRICH HAYEK, *O Caminho para a Servidão*, trad. portuguesa de Marcelino Amaral, Lisboa, Edições 70, 2009, p. 193/194; sobre as características comuns ao tipo de regimes políticos em apreço, cfr. ainda REINHOLD ZIPPELIUS, *Teoria Geral do Estado*, p. 137 e ss.

<sup>134</sup> Cfr. *supra*, 1.3.

<sup>135</sup> Cfr. ROGÉRIO SOARES, *Direito Público e Sociedade Técnica*, p. 50, e *supra*, 1.3.

<sup>136</sup> Neste preciso sentido, HERMANN HELLER, *Teoría del Estado*, p. 240, ANTONIO TORRES DEL MORAL, *Principios de Derecho Constitucional Español*, p. 636, e BLANCA LOZANO, *La libertad de cátedra*, p 93e ss.

*l’homme et du citoyen* que se aceitava, em conformidade com o disposto no respectivo artigo 4.º, que “o exercício dos direitos naturais de cada homem não tem por limites senão aqueles que asseguram aos outros membros da sociedade o gozo dos mesmos direitos”. Agora, conjugadamente com estes *limites externos*, isto é, que relevavam apenas em caso de colisão ou conflito com os direitos de terceiros, os direitos fundamentais passam a estar circunscritos por *limites internos*, isto é, com carácter objectivo, visando que o titular não se exceda no exercício do direito para além dos poderes ou faculdades que incorporam o seu conteúdo<sup>137</sup>. A novel figura jurídica visava circunscrever a liberdade de ensino ao conteúdo da disciplina *curricular*, impedindo os docentes de inserirem propaganda política nos tempos lectivos<sup>138</sup>.

Se focalizarmos a nossa análise no caso português, verificamos que a política cultural do *Estado Novo* esteve sempre orientada em ambos os sentidos anteriormente mencionados: restrição da alta cultura às elites e divulgação cultural como veículo de propaganda política. Assim, (i) no plano da educação, a ditadura militar cometeu o primeiro acto de retrocesso social relativamente ao *status cultural* que se verificava no final da I República com “a redução do ensino primário obrigatório de quatro para três anos, a proibição da co-educação e a extinção do ensino primário complementar”<sup>139</sup>. Quanto aos ciclos de ensino posteriores, “defensores da instrução mínima, do ler, escrever e contar, para o ensino primário, também os Governos da ditadura [militar] procuraram não só reduzir a instrução liceal diminuindo o número de anos do curso e as matérias ensinadas (...) mas também dificultar o acesso aos Liceus”<sup>140</sup> mediante a obrigatoriedade de prestação de provas “por forma a promover a selecção dos alunos

---

<sup>137</sup> Sobre a distinção entre limites internos e limites externos, cfr., com mais detalhe, *infra*, III, 2.2.1.4.1.

<sup>138</sup> Cfr. SALVATORE MASTROPASQUA, *Cultura e scuola nel sistema costituzionale italiano*, p. 38, e CARLOS VIDAL PRADO, *La libertad de cátedra: un estudio comparado*, Madrid, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2001, p. 134.

<sup>139</sup> O relato é sintetizado por RÓMULO DE CARVALHO, *História do Ensino em Portugal*, p. 733.

<sup>140</sup> Cfr. RÓMULO DE CARVALHO, *idem*, p. 741.

que revelassem melhores condições de aproveitamento”<sup>141</sup>. A conjuntura internacional, marcada pela subida de ADOLF HITLER ao poder na Alemanha em 1933<sup>142</sup> e o despontar da Guerra Civil Espanhola em 1936<sup>143</sup>, determinaram que OLIVEIRA SALAZAR, entretanto investido nas funções Presidente do Conselho de Ministros em 1932, com aproveitamento da incumbência do “Estado [de] manter oficialmente escolas primárias, complementares, médias e superiores e institutos de alta cultura”<sup>144</sup>, adoptasse uma política ordenadora e proteccionista não apenas no domínio económico e financeiro mas também no sentido de “defender [a Nação] do tráfego e da circulação de ideias que infectassem o nosso organismo social vitaminando-o com doses maciças de mezinhas de inspiração nacionalista e cristã. Mais do que nunca seria necessário olhar para a escola, afastando dela todos os elementos perigosos instalados no seio do professorado, e aliciar as crianças e os adolescentes com palavras inflamadas de exaltação patriótica e religiosa que fizesse, de cada um, inexpugnável pano de muralha contra as investidas do inimigo traidor e ateu”<sup>145</sup>.

A *primavera marcelista* anunciou fazer *ponto de honra* em inverter esta orientação com a promessa de “assegurar a todos os cidadãos o acesso aos vários graus de ensino e aos bens da cultura sem outra distinção que não (...) a resultante da capacidade e dos méritos, mantendo oficialmente estabelecimentos de ensino, de investigação e de cultura”<sup>146</sup>. São, no entanto, conhecidos os escassos sucessos na concretização das anunciadas intensões de MARCELLO CAETANO em matéria de

---

<sup>141</sup> Cfr. RÓMULO DE CARVALHO, *ibidem*, e Decreto do Governo de 12 de Abril de 1928.

<sup>142</sup> Cfr. *supra*.

<sup>143</sup> Sobre este assunto, cfr. HELLMUTH GÜNTHER DAHMS, *A Guerra Civil de Espanha – 1936-1939*, max. p. 73 e ss.

<sup>144</sup> Cfr. artigo 43.º da *Constituição de 1933*.

<sup>145</sup> A expressão é ainda de RÓMULO DE CARVALHO, *História do Ensino em Portugal*, p. 753.

<sup>146</sup> Cfr. artigo 43.º da *Constituição de 1933*, com a redacção introduzida pela Lei n.º 3/71, de 16 de Agosto.

abertura política e de transição do regime para a democracia<sup>147</sup>. A educação promovida pelo *Estado Novo* não se circunscreveu ao domínio da ciência na medida em que o poder político se preocupou com a educação moral e cívica, ministrada também nos estabelecimentos de ensino, e ainda com a criação da *Mocidade Portuguesa*, “organização nacional e pré-militar” vocacionada para estimular “o desenvolvimento integral da capacidade física da juventude, a formação do carácter e a devoção à Pátria e a colocasse em condições de concorrer eficazmente para a sua defesa”<sup>148</sup>.

O *Estado Novo* assumiu a incumbência de fomentar e proteger a arte e as ciências, bem como o ensino das mesmas, impondo no entanto como limites o respeito pela “Constituição, a hierarquia e a *acção conservadora do Estado*”<sup>149</sup>. A própria liberdade de imprensa, veículo por excelência de divulgação literária, artística e científica, foi um direito fundamental cujo exercício foi grandemente condicionado na medida em que “o enquadramento que a *Constituição de 1933* conferia a este direito fundamental tinha subjacente uma concepção autoritária que fazia depender o seu exercício de uma fiscalização prévia, tendente a verificar a sua conformidade com princípios que poderiam, e foram, na prática, interpretados como garantidores da filosofia política dominante e do aparelho político salazarista-caetanista”<sup>150</sup>.

---

<sup>147</sup> Sobre esta questão, cfr., por todos, ANTÓNIO HENRIQUE DE OLIVEIRA MARQUES, *História de Portugal*, vol. III, *Das revoluções liberais aos nossos dias*, Lisboa, Palas Editores, 1986, p. 403 e ss.

<sup>148</sup> Cfr. RÓMULO DE CARVALHO, *idem*, p. 755.

<sup>149</sup> Cfr. artigo 43.º, n.º 2, da Constituição de 1933, itálico nosso, e, no plano doutrinário, EDUARDO ANDRÉ FOLQUE FERREIRA, *Liberdade de criação artística, liberdade de expressão e sentimentos religiosos*, in *Revista da Faculdade de Direito de Lisboa*, Lisboa, Coimbra Editora, 2001, p. 234.

<sup>150</sup> Cfr. RICARDO LEITE PINTO, *Liberdade de imprensa e vida privada*, in *Revista da Ordem dos Advogados*, Lisboa, Centro Editor Livreiro da Ordem dos Advogados, ano 54, 1994, p. 47, e EDUARDO ANDRÉ FOLQUE FERREIRA, *ibidem*; para uma análise do fenómeno paralelo na Itália *fascista*, cfr. STEFANO MERLINI, *La Promozione della Cultura e della Scienza nella Costituzione Italiana*, p. 386 e ss.

## 1.6. Um Estado pós-moderno? *A superação da instrumentalidade da cultura rumo à sua assunção como fim do Estado?*

Actualmente, a doutrina, e em certa medida as elites políticas, assim como a opinião pública, atravessam uma fase de profunda reflexão sobre *o estado a que o Estado chegou*, isto é, sobre as funções que o Estado deve fundamentadamente assumir na presente conjuntura histórica, situando-se o epicentro do debate, em última análise e subindo o discurso uns degraus rumo ao patamar da metafísica, na dúvida metódica acerca do *paradeiro* da Humanidade na dinâmica da História. Em suma, a Humanidade questiona *se continuamos a construir a História do Estado* ou *se*, pelo contrário, *estamos a deixar o Estado passar à História*<sup>151</sup>. Ou, colocando o problema noutros moldes, podemos afirmar que a dúvida metódica da Humanidade no momento presente consiste em indagar se (já) transitamos irreversivelmente para a era *pós-moderna* ou se vivemos ainda sob o lema da *modernidade*.

Conforme sustentamos anteriormente, na esteira de BARRY SMART, a atitude dos *pós-modernos* tem representado, pelo menos até ao presente, mais um novo modo de abordar as estruturas políticas, económicas, sociais e culturais da *modernidade* que uma alteração ou substituição das mesmas<sup>152</sup> e por esse motivo as reflexões sobre o Estado e as *funções* que lhe incumbem *de jure constituendo* continuam a constituir um acto de cultura e, de certo modo, também de cidadania. Certo e seguro é que o Estado

---

<sup>151</sup> A dúvida metódica enunciada no texto acerca do Estado encontra inspiração remota numa questão suscitada por FRANCIS FUKUYAMA acerca dos *regimes políticos*: atingimos “o fim da História?” Questão que o autor especifica referir-se não à História como “ocorrência de acontecimentos” mas “a História compreendida como um processo singular, coerente e evolutivo, tendo em conta a experiência de todos os povos em todos os tempos” (*O fim da História e o último Homem*, p. 13/14); seguro é que independentemente das dúvidas que o decurso da investigação vem acumulando quando a expectativa é sempre a do respectivo esclarecimento, não vamos embarcar, na sequência da investigação, no postulado do autor segundo o qual “o século XX fez de todos nós profundos pessimistas históricos” (*idem*, p. 27), *aller de l'avant*.

<sup>152</sup> Cfr. *supra*, Introdução, 1.1. e autores aí citados.

não desapareceu, nem apresenta sinais de ameaça de uma eventual *sublimação* como modelo de organização política, permanecendo *omnipresente de pedra e cal* no quotidiano das comunidades humanas. Sem embargo das múltiplas posições sustentadas sobre a natureza, o conteúdo e a extensão que assume *de jure condicto*, ou que deveria assumir *de jure constituendo*, a *presença* do Estado na Sociedade Civil, a doutrina, as elites políticas e dentro da medida do cognoscível o próprio *senso comum*, aceitam pacificamente que *o Estado já não é o que era* em meados do século XX quando desempenhava com a pujança que a História nos relata a sua tarefa de “conformação da sociedade”<sup>153</sup>. Contudo, não podemos olvidar que permanece uma questão essencial: *que coisa é hoje o Estado?*<sup>154</sup>

Abstraindo a presente investigação de mais considerações teóricas e colocando a questão em termos indexados ao funcionamento quotidiano das instituições político-administrativas, consideramos pertinentes e actuais as questões colocadas por GOMES CANOTILHO sobre “os problemas em torno das tarefas do Estado”<sup>155</sup>. Assim, assumimos como estimulante hipótese de trabalho no âmbito da presente investigação, os quesitos que o *lente coimbrão* enuncia nos seguintes termos: (i) “pode o legislador decidir discricionariamente sobre quais as tarefas que são ou que não são da competência do Estado?”<sup>156</sup>, (ii) “deve o próprio Estado assumir a produção autónoma

---

<sup>153</sup> A expressão é de ROGÉRIO SOARES, *Direito Público e Sociedade Técnica*, v. g., p. 168.

<sup>154</sup> O conteúdo da dúvida metódica colocada no texto numa formulação temporalmente delimitada é inspirado num quesito suscitado, embora em termos intemporais, por J. J. GOMES CANOTILHO, *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*, 2003, p. 89; a questão *ad probandum* pressupõe a existência do Estado como categoria *viva* e constitui ponto de partida para o *aggiornamento* da respectiva caracterização, pelo que nos recusamos a embarcar numa hipotética metodologia de “procura de um Estado perdido” que GOMES CANOTILHO acusou (sem qualquer juízo de valor da nossa parte neste momento) LUCAS PIRES de adoptar, *Teoria da Constituição de 1976: Desenvolvimento ou revisionismo constitucional?*, in *Boletim da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra*, vol. LXV, Coimbra, Coimbra Editora, 1989, p. 22 (a indicação da página segue a numeração de uma separata).

<sup>155</sup> Cfr. GOMES CANOTILHO, *O Direito Constitucional passa e o Direito Administrativo passa também*, in *Estudos em Homenagem ao Professor Doutor Rogério Soares*, Coimbra, Coimbra Editora, 2002, p. 715.

<sup>156</sup> Cfr. GOMES CANOTILHO, *ibidem*.

de bens e serviços?”<sup>157</sup> e (iii) “deve uma tarefa erguida a tarefa pública ser obrigatoriamente prosseguida, de forma directa pela própria Administração pública?”<sup>158</sup>

### **1.6.1. A recuperação doutrinária do conceito de *Kulturstaat***

A componente *cultural* do Estado social de Direito que, conforme mencionamos anteriormente<sup>159</sup>, o poder político necessitou de preterir numa fase inicial do seu projecto de melhoramento da Sociedade Civil por imperativo de resolver prioritariamente a decepcionante e paupérrima conjuntura económica e social resultante da crise económica de 1929 e de duas guerras mundiais, ocorridas com um intervalo de precisamente duas décadas<sup>160</sup>, começou a merecer algumas reflexões doutrinárias entre os finais da década de cinquenta e o início da década de sessenta do século XX pelo labor intelectual de ERNST RUDOLF HUBER, na Alemanha<sup>161</sup>, e de ENRICO SPAGNA MUSSO, em Itália<sup>162</sup>. O tema voltou a ser captado pelo foco das *luzes da ribalta* guiado pelo duplo impulso a que fizemos referência e ainda pela sagacidade de PETER HÄBERLE, para quem o tema tem constituído o centro de interesses

---

<sup>157</sup> Cfr. GOMES CANOTILHO, *idem*, p. 716; a questão em apreço só assume autonomia no caso de ser debatida no plano constitucional pois na hipótese do debate baixar ao nível legislativo a questão fica *absorvida* pela primeira.

<sup>158</sup> Cfr. GOMES CANOTILHO, *ibidem*.

<sup>159</sup> Cfr. *supra*, I, 1.4.

<sup>160</sup> Para um balanço da realização dos fins culturais em vários sistemas políticos no período que medeia entre o termo da II Guerra Mundial e os finais dos anos sessenta do século XX, cfr. WOLFGANG ABENDROTH, *El Estado de Derecho Democrático y Social como proyecto político*, trad. castelhana de José Puente Egado, in WOLFGANG ABENDROTH, ERNST FORSTHOFF e KARL DOEHRING (org.), *El Estado social*, Madrid, Centro de Estudios Constitucionales, 1986, p. 38 e ss.

<sup>161</sup> ERNST RUDOLF HUBER, *Zur Problematik des Kulturstaats*, Tübingen, Mohr Verlag, 1958, republicado sob a denominação ERNST RUDOLF HUBER, *Zur Problematik des Kulturstaats*, in PETER HÄBERLE (org.), *Kulturstaatlichkeit und Kulturverfassungsrecht*, Darmstadt, Wissenschaftliche Buchgesellschaft, 1982, p. 122 a 145; a título meramente histórico, recordamos que ERNST R. HUBER, paradoxalmente, era um antigo discípulo de CARL SCHMITT que, embora afastado compulsivamente do ensino em 1945, ao contrário do sucedido com seu mestre, foi readmitido na sua cátedra, na Universidade de Freiburg, em 1952, cfr. [http://de.wikipedia.org/wiki/Ernst\\_Rudolf\\_Huber](http://de.wikipedia.org/wiki/Ernst_Rudolf_Huber).

<sup>162</sup> ENRICO SPAGNA MUSSO, *Lo Stato di cultura nella Costituzione italiana*.

privilegiado de uma carreira académica intensa e reconhecidamente meritória<sup>163</sup>. Atendendo à crescente atenção que a doutrina vem dispensando ao assunto, podemos afirmar sem correr o risco de *pecar por excesso* que este consubstancia uma das *quaestio disputate* que vieram agitar “um mar de encapeladas discussões”<sup>164</sup> no debate científico referente ao fenómeno Estado durante a segunda metade do século XX e que se prolongou pelos alvares do século XXI.

O relançamento do debate foi propulsionado pela recuperação do promissor conceito de *Kulturstaat*, elaborado na época áurea do idealismo alemão por JOHANN GOTTLIEB FICHTE<sup>165</sup> mas entretanto ultrapassado pela dinâmica dos factos políticos. A concepção germânica do *Kulturstaat*, recuperada pelo *espírito renovado* de ERNST RUDOLF HUBER, compreendia as seguintes máximas: (i) *o Estado de liberdade cultural*, isto é, a afirmação da autonomia da cultura ou deixar a vida cultural entregue a si própria, o que significa, em última análise, deixá-la entregue à sociedade, (ii) *o serviço público para a cultura*, na medida em que o Estado está obrigado a intervir para assegurar o reconhecimento da autonomia da cultura, (iii) *o impedimento do Estado moldar a cultura*, o que significa que sempre que o Estado intervenha directamente sobre o desenvolvimento cultural está a actuar em domínio alheio e não em causa própria, (iv) *o poder da Sociedade Civil para moldar a cultura do Estado*, isto é, a cultura impregna a actividade do Estado e submete-o à moralidade e à verdade, e (v) *o*

---

<sup>163</sup> Cfr. PETER HÄBERLE, *Teoría de la Constitución como ciencia de la cultura; La Constitución como cultura; El Estado Constitucional e Cultura dei diritti e diritto della cultura nelli spazio costituzionale europeo*, trad. italiana de Luca Pirozzi, Milano, Giuffrè Editore, 2003.

<sup>164</sup> Usamos uma sugestiva expressão de ROGÉRIO SOARES, *Princípio da Legalidade e Administração Constitutiva*, in *Boletim da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra*, vol. LVII, Coimbra, Coimbra Editora, 1981, p. 188.

<sup>165</sup> Cfr. *supra*, 1.3.



*Estado como uma entidade cultural*, ou seja, o Estado é concebido como entidade cultural, ou seja, como a representação da mesma cultura<sup>166</sup>.

À frieza teutónica expressa na caracterização objectiva ou estatocêntrica do *Kulturstaat* mediante a formulação de um conjunto de princípios modeladores, ENRICO SPAGNA MUSSO contrapõe a emotividade personalista transalpina com a inserção do conceito de *Stato di Cultura* na dinâmica evolutiva do Estado de Direito democrático, que ao acentuar a sua actividade no domínio cultural, caminha mais um passo, diríamos que *um pequeno passo para o autor mas um grande passo para a Humanidade*, rumo ao seu aperfeiçoamento no sentido de lhe conferir um sentido mais antropocêntrico. A cultura surge assim como a *essência qualitativa da democracia*, porque, segundo *il maestro bolognese*, “a democraticidade de um ordenamento estatal é garantida pela efectividade da participação dos cidadãos nas escolhas dos fins últimos da acção estatal, contudo a efectividade dessa participação carece de dois pressupostos: (i) sob o ponto de vista quantitativo e externo, a intervenção de todos os cidadãos sem distinção e, (ii) sob o ponto de vista qualitativo e interno, ao invés, a liberdade e a maturidade da participação, isto é, a possibilidade de cada cidadão realizar uma escolha livre e consciente entre as várias opções políticas apresentadas”<sup>167</sup>. ENRICO SPAGNA MUSSO não circunscreve a sua concepção ao domínio da liberdade, introduzindo uma componente de natureza social como pressuposto para a existência de um Estado de

---

<sup>166</sup> Cfr. ERNST RUDOLF HUBER, *Zur Problematik des Kulturstaats*, max. p. 125 e ss.; cfr. ainda a resenha elaborada por JOAQUÍN ABELLAN GARCIA, *El pensamiento político de Guillermo von Humboldt*, p. 250 e ss.

<sup>167</sup> Cfr. ENRICO SPAGNA MUSSO, *Lo Stato di cultura nella Costituzione italiana*, p. 47, segmentação do texto nossa; no mesmo sentido ALEXIS DE TOCQUEVILLE, *Da democracia na América*, trad. portuguesa de Carlos Correia Monteiro de Oliveira, Cascais, Principia, 2001, p. 352 e ss., JAVIER TAJADURA, *La Constitución Cultural*, p. 128, e MIGUEL JESÚS AGUDO ZAMORA, *El contenido del derecho a la universitaria en la Ley Orgánica de Universidades*, in *Revista Vasca de Administración Pública / Herri-Arduralaritzako Euskal Aldizkaria*, Logroño, I.V.A.P. – Instituto Vasco de Administración Pública / Dialnet, 2004, n.º 70, disponível na internet em [http://dialnet.unirioja.es/servlet/listaarticulos?tipo\\_busqueda=EJEMPLAR&revista\\_busqueda=1255&clave\\_busqueda=108278](http://dialnet.unirioja.es/servlet/listaarticulos?tipo_busqueda=EJEMPLAR&revista_busqueda=1255&clave_busqueda=108278), p. 1.

cultura ao alertar para a circunstância “de o pleno desenvolvimento da pessoa humana e a efectiva participação dos cidadãos na vida organizacional estarem dependentes da remoção dos obstáculos de âmbito económico e social”<sup>168</sup> pois considera que “com vista a garantir plenamente a democraticidade de um ordenamento, não basta que esteja assegurada a liberdade de manifestação do pensamento, é também necessário que seja garantida a plenitude e a liberdade de aprendizagem da pessoa humana durante o seu procedimento educativo”<sup>169</sup>. Conclui que “para atingir os objectivos mencionados é indispensável mas não suficiente o respeito pela liberdade de manifestação do pensamento e, neste âmbito, o reconhecimento<sup>170</sup> de um conjunto de direitos económicos e sociais é pressuposto para a remoção de alguns dos obstáculos que impedem a sua realização”<sup>171</sup> e, em última análise, que “as formas de regulação jurídica do ensino e da educação, assim como em geral de qualquer actividade especificamente cultural, estejam em directa relação com a forma democrática do Estado”<sup>172</sup>. Em suma, no entender de SPAGNA MUSSO, “o Estado democrático, na base dos elementos constitutivos da sua forma, é chamado a assegurar a cultura, por um lado, na perspectiva do *desenvolvimento* e, por outro lado, na perspectiva da *liberdade* (...) e só poderá

---

<sup>168</sup> Cfr. ENRICO SPAGNA MUSSO, *idem*, p. 49.

<sup>169</sup> Cfr. ENRICO SPAGNA MUSSO, *idem*, p. 50.

<sup>170</sup> Ao que acrescentaríamos: *e satisfação efectiva*.

<sup>171</sup> Cfr. ENRICO SPAGNA MUSSO, *ibidem*; no mesmo sentido WOLFGANG ABENDROTH afirma categoricamente que “quando se inventou a fórmula do Estado de Direito democrático e social e, em virtude deste, a sociedade pode e deve decidir democraticamente sobre a sua estrutura económica e social, tornou-se igualmente evidente que este [modelo de organização do poder político] somente tem sentido se abarcar não apenas os aspectos económicos mas também os educativos; isto é, se conferir a todos as mesmas oportunidades educativas e se destinar abundantes meios públicos a fins educativos. Neste campo apenas se pode conseguir algo – não obstante as liberdades formais do Ocidente – quando todos os grupos sociais (...) estiverem aptos a exercer pressão”, *El Estado de Derecho Democrático y Social como proyecto político*, p. 37.

<sup>172</sup> Cfr. ENRICO SPAGNA MUSSO, *idem*, p. 51; no mesmo sentido, FRANCIS FUKUYAMA sustenta, com arrimo em estudos sociológicos da autoria de SEYMOR MARTIN LIPSET, “a existência de um altíssimo grau de correlação empírica entre democracia estável e o nível de desenvolvimento económico de um país, bem como com outros indicadores de desenvolvimento económico, tal como o urbanismo, a educação e assim por diante”, *O fim da História e o último Homem*, p. 121.

definir-se como democrático quando assentar sobre a sua cultura, isto é, quando se constitua como Estado de cultura”<sup>173</sup>.

As reflexões pioneiras revitalizadoras do velho conceito idealista de *Estado de cultura* mencionadas produziram reflexos em várias *latitudes* e *longitudes* da doutrina juspublicista e neste âmbito, ANTÓNIO TORRES DEL MORAL sintetiza a relação entre os conceitos de cultura, Estado de Direito, democracia e Estado social nos seguintes termos: “um Estado democrático fará da cultura uma arma libertadora mas para conseguir este objetivo é necessário que o próprio Estado se impregne de cultura, que assuma a cultura como um dos seus objectivos primordiais, que o Estado social e democrático de Direito seja também um Estado de cultura”<sup>174</sup>. MARCOS VAQUER, por seu turno, vai mais longe ao sustentar que, apesar das cláusulas constitucionais *Estado de cultura* e *Estado social* apresentarem alguns aspectos em comum na medida em que constituem “expressão sintética de um ordenamento *substantivo*, que as distingue das cláusulas mais antigas de Estado democrático e de Estado de Direito, nascidas no período liberal mais como fórmulas modais expressivas da *forma* do poder e do ordenamento jurídico ou garantes, em suma, de direitos igualmente formais até à sua radical transformação pelas vivificadoras ideias do Estado social e de cultura”<sup>175</sup>, existe uma diferença qualitativa na transição entre estes dois conceitos. Assim, sustenta o jurista *maiorquino*, que apesar deste aspecto em comum, “a evolução que separa o Estado de cultura da formulação “clássica” do Estado social é, ainda que subtil, importante. A política cultural, em especial a educativa, do Estado social podia ser qualificada como uma política exógena ou instrumental cujo fundamento não residia em si mesma mas no desenvolvimento económico e social. A política cultural do Estado de

---

<sup>173</sup> Cfr. ENRICO SPAGNA MUSSO, *idem*, p. 51, itálicos nossos.

<sup>174</sup> Cfr. ANTONIO TORRES DEL MORAL, *Principios de Derecho Constitucional Español*, p. 636/637.

<sup>175</sup> Cfr. MARCOS VAQUER, *Estado y cultura*, p. 78.

cultura, pelo contrário, é endógena ou finalista (por mandato constitucional) pois constitui um fim em si mesma para os poderes públicos”<sup>176</sup>.

A promissora, e acertada no plano dos princípios, qualificação da cultura como uma tarefa intrínseca ao próprio Estado, beneficiando, dentro dos limites de uma “reserva do financeiramente possível”<sup>177</sup>, do aproveitamento da máquina do Estado social para proporcionar o gozo de bens e de serviços culturais a todos os cidadãos, assinala o ponto de viragem na política cultural, permitindo o reencontro do *Estado* com a sua génese<sup>178</sup>. Contudo, a recuperação do conceito de *Estado de cultura* ocorreu numa fase em que a doutrina iniciava uma profunda reflexão, e a classe dirigente desencadeava uma redefinição, sobre a *ratio essendi* e o funcionamento do Estado social de Direito<sup>179</sup>. O Estado *reencontrou-se* assim com a sua génese cultural mas, contra as expectativas da doutrina melhor intencionada, o reencontro ocorreu em momento de *oscilação* entre (i) uma fase de arranque e subsequente consolidação do Estado social em que, apesar da pujança intervencionista demonstrada pelo poder político, foi inexecutável a concretização de uma política cultural por necessidade de estabelecer prioridades no contexto dos objectivos programáticos estabelecidos nas Constituições de vocação conformadora da sociedade<sup>180</sup> e (ii) uma outra fase de verosímil declínio do *Welfare State* na pureza dos princípios sob os quais foi *desenhado* pelos seus mentores<sup>181</sup>.

---

<sup>176</sup> Cfr. MARCOS VAQUER, *idem*, p. 79.

<sup>177</sup> A expressão é de J. J. GOMES CANOTILHO, *Constituição dirigente e vinculação do legislador – Contributo para a compreensão das normas constitucionais programáticas*, Coimbra, Coimbra Editora, 1982, v. g., p. 172.

<sup>178</sup> Cfr. *supra*, Introdução, 1.1.

<sup>179</sup> Cfr. *infra*, 1.6.3.

<sup>180</sup> Cfr. *infra*, II, 1.2.

<sup>181</sup> Cfr. *supra*, 1.4.

### 1.6.2. O regresso da cultura à enciclopédia jurídica constitui causa adequada para um novo entendimento dos elementos do Estado?

A revitalização da componente cultural do Estado e a sua recolocação no lugar que lhe era devido no âmbito da *enciclopédia jurídica* suscitou no espírito empreendedor de PETER HÄBERLE a questão da “revisão dos elementos do Estado” e do entendimento da *cultura* como um “quarto” elemento<sup>182</sup> a adicionar aos clássicos elementos estruturantes desta comunidade política, isto é, povo, território e poder político<sup>183</sup>. Sobre este assunto, sustenta o jurista de *Göppingen* que “uma “teoria da Constituição” que mereça tal nome necessita buscar o modo de incorporar na Constituição, em qualquer dos seus sentidos que seja, se não o “primeiro” elemento do Estado, pelo menos um elemento essencial, [isto é], a teoria dos elementos do Estado necessita ser plenamente declinada (conjugada) a partir do (...) elemento cultura”<sup>184</sup>. Em suma, “a Constituição é uma parte da cultura; constitui, se quisermos (ou melhor, deve constituir), um “quarto” elemento do Estado”<sup>185</sup>.

A tese descrita não merece o nosso sufrágio pelos motivos que passamos a enunciar. O Estado é uma realidade que adquire existência *ipso facto* desde o momento em que estiverem reunidos os elementos previstos no artigo 1.º da *Convenção sobre direitos e deveres dos Estados*, celebrada em Montevideo, em 26 de Dezembro de 1933, a saber: (i) uma população permanente e estável, (ii) um território determinado, (iii) um

---

<sup>182</sup> Cfr. PETER HÄBERLE, *El Estado Constitucional*, p. 21 e ss.

<sup>183</sup> Sobre os elementos do Estado, cfr. *supra*, Introdução, 1.1., e ainda, (muito) selectivamente, GEORG JELLINEK, *Teoría General del Estado*, p. 368 e ss., REINHOLD ZIPPELIUS, *Teoría Geral do Estado*, p. 37 e ss., LEÓN DUGUIT, *Manual de Derecho Constitucional*, p. 45 e ss., J. J. GOMES CANOTILHO, *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*, p. 89/90, JORGE MIRANDA, *Manual de Direito Constitucional*, tomo III, max. p. 34 e ss., e R. LEITE PINTO, J. MATOS CORREIA e F. ROBOREDO SEARA, *Ciência Política e Direito Constitucional*, p. 90 e ss.

<sup>184</sup> Cfr. PETER HÄBERLE, *El Estado Constitucional*, p. 21

<sup>185</sup> Cfr. PETER HÄBERLE, *ibidem*.

poder político e (iv) a capacidade de estabelecer relações com os demais Estados<sup>186</sup>. Considerando o disposto nesta regra, a doutrina vem sufragando pacificamente a *teoria da efectividade* na formação de novos Estados, isto é, “considera-se que um Estado nasceu para o Direito Internacional quando uma determinada comunidade humana reúne de facto os elementos de identificação da estadualidade mencionados”<sup>187</sup>. Apesar de sufragarmos a afirmação de FERDINAND LASSALLE segundo a qual “a consciência colectiva e a cultura geral do país são um fragmento de Constituição”<sup>188</sup>, esta não integra o conjunto dos elementos constitutivos do Estado pois consiste no primeiro acto de exercício do poder político soberano pelo povo<sup>189</sup>, portanto praticado em momento lógico e cronologicamente subsequente ao *nascimento* do Estado como pessoa colectiva e, nesse sentido, isto é, porque posterior, consubstancia, não um dos seus elementos constitutivos mas o seu *estatuto jurídico*<sup>190</sup>.

A afirmação proferida por PETER HÄBERLE sobre este assunto no sentido de considerar que “os demais elementos do Estado necessitam de ser “preenchidos” desde a perspectiva da ciência cultural”<sup>191</sup>, por um lado, inverte a verdadeira relação de causa e efeito da cultura com cada um dos três elementos do Estado e, por outro lado, permite

---

<sup>186</sup> Cfr. *supra*, Introdução, 1.1., e autores aí citados.

<sup>187</sup> Cfr. FERNANDO MARIÑO, *Derecho Internacional Público*, p. 145/146; no mesmo sentido, NGUYEN QUOC DINH, PATRICK DAILLIER e ALAIN PELLET, *Droit International Public*, p. 551 e ss., JEAN TOUSCOZ, *Direito Internacional*, p. 62 e ss., e IAN BROWNLIE, *Princípios de Direito Internacional Público*, trad. portuguesa de M.<sup>a</sup> Manuela Farrajota, M.<sup>a</sup> João Santos, Victor Richard Stockinger e Patrícia Galvão Telles, Lisboa, Fundação Calouste Gulbenkian, 1997, p. 84 e ss.

<sup>188</sup> Cfr. FERDINAND LASSALLE, *¿Qué es una Constitución?*, trad. castelhana de Eliseo Aja e Wenceslao Roces, Barcelona, Editorial Ariel, 2002, p. 91.

<sup>189</sup> Cfr. *infra*, II, 1.1. e 1.2.

<sup>190</sup> Cfr. GEORG JELLINEK; *Teoría General del Estado*, p. 457, ANTÓNIO CASTANHEIRA NEVES, *A Revolução e o Direito - A situação de crise e o sentido do direito no actual processo revolucionário*, in *Revista da Ordem dos Advogados*, Lisboa, Centro Editor Livreiro da Ordem dos Advogados, ano 36, 1976, p. 229, e *A Redução Política do Pensamento Metodológico-Jurídico*, in *Estudos em Homenagem ao Professor Doutor Afonso Rodrigues Queiró*, vol. II, Coimbra, Imprensa da Universidade, 1993, p. 428, GOMES CANOTILHO, *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*, 2003, p. 1207 e 1435, e JORGE MIRANDA, *Manual de Direito Constitucional*, tomo II, *Constituição*, Coimbra, Wolters Kluwer/Coimbra Editora, 2007, p. 20; em sentido aproximado, cfr. ainda FERDINAND LASSALLE, *¿Qué es una Constitución?*, p. 83/84.

<sup>191</sup> PETER HÄBERLE, *El Estado Constitucional*, p. 21.

a integração da cultura na essência do Estado mas não com a qualidade de elemento identificativo dessa mesma comunidade política. Com efeito, os elementos do Estado não necessitam de ser *preenchidos* pela cultura pois, no momento do *nascimento* de um novo Estado como sujeito de Direito, a população, o território e o poder político, estão previamente *impregnados* por uma determinada cultura em sentido antropológico<sup>192</sup>. Assim, quanto ao *elemento subjectivo* do Estado, (i) a população, ao momento da formação de um Estado em concreto constituía já uma comunidade homogénea, residindo nessa homogeneidade que lhe é subjacente o *leitmotiv* da aspiração à soberania. Aliás, é o próprio PETER HÄBERLE que vem afirmar que “a diversidade de identidades dos povos da Europa é de natureza cultural e é isso que constitui a diversidade cultural da Europa”<sup>193</sup>, admitindo portanto que a cultura é intrínseca, primeiro ao povo e apenas posteriormente ao Estado, na sequência da tese de CHARLES DE MONTESQUIEU segundo a qual as leis estão em relação com os princípios que formam o espírito geral, os costumes e as maneiras de uma nação<sup>194</sup>. Por seu turno, quanto ao *elemento objectivo* do Estado, (ii) o território, que PETER HÄBERLE considera ser “culturalmente formado, “um espaço cultural”, não um *factum brutum*”<sup>195</sup>, vem novamente o autor admitir que estamos perante um fenómeno de *transformação* ou *adaptação* do solo por acção humana que constitui um acto de *cultura*, por oposição a *natura*<sup>196</sup>. Correlativamente, o território é susceptível de determinar a cultura do povo como sustentava CHARLES DE MONTESQUIEU ao mencionar a existência de uma relação das leis com a natureza do clima<sup>197</sup> e com a

---

<sup>192</sup> Sobre o significado deste conceito, cfr. *supra*, Introdução, 1.2.

<sup>193</sup> Cfr. PETER HÄBERLE, *El Estado Constitucional*, p. 21.

<sup>194</sup> Cfr. CHARLES LOUIS DE MONTESQUIEU, *Do Espírito das Leis*, p. 463 e ss.

<sup>195</sup> Cfr. PETER HÄBERLE, *ibidem*.

<sup>196</sup> Cfr. *supra*, Introdução, 1.1.

<sup>197</sup> Cfr. CHARLES LOUIS DE MONTESQUIEU, *Do Espírito das Leis*, p. 383 ss.

natureza do terreno<sup>198</sup>. Por último, quanto ao *elemento institucional* do Estado, (iii) o poder político, que PETER HÄBERLE concebe “como determinado de modo cultural, não actuando de maneira natural, que no Estado constitucional se encontra fundado e limitado normativamente e ao serviço da liberdade cultural”<sup>199</sup>, a determinação cultural da organização e funcionamento do poder político sufragada pelo autor é um reflexo da cultura em sentido antropológico da população e não uma consequência da Constituição, pois é esta última que acolhe o legado antropológico-cultural da comunidade humana que a aprovou e não o inverso. Deste modo, a cultura não parte da Constituição do Estado para os seus *elementos*, como sustenta o jurista de *Göppingen*, mas percorre o trajecto exactamente inverso, tem a sua génese nos elementos do Estado e encontra dignidade de norma jurídico-positiva com a consagração constitucional. Quanto ao segundo dos aspectos que criticamos inicialmente na concepção de PETER HÄBERLE, em consequência das posições que sustentamos até ao momento, a cultura não constitui um elemento autónomo do Estado mas, pelo contrário, é *apenas* um arquétipo de cada um dos seus elementos clássicos, povo, território e poder político.

A concepção de PETER HÄBERLE que, recordamos, assenta na premissa segundo a qual “a teoria dos elementos do Estado necessita ser plenamente declinada (conjugada) a partir do (...) elemento cultura, a Constituição é uma parte da cultura; constitui, se quisermos (ou melhor, deve constituir), um “quarto” elemento”<sup>200</sup> revela-se ainda absolutamente incongruente em casos de *ruptura na ordem constitucional*<sup>201</sup> pois

---

<sup>198</sup> Cfr., CHARLES LOUIS DE MONTESQUIEU, *idem*, p. 439 ss., ALESSANDRO PIZZORUSSO, *Lezioni di Diritto Costituzionale*, p. 181 e ss., JEAN TOUSCOZ, *Direito Internacional*, p. 64 e 95, e JOHN A. HALL e G. JOHN IKENBERRY, *El Estado*, p. 37.

<sup>199</sup> Cfr. PETER HÄBERLE, *El Estado Constitucional*, p. 21/22.

<sup>200</sup> Cfr. *supra*.

<sup>201</sup> Adoptamos o conceito de *ruptura na ordem constitucional* proposto por MARCELO REBELO DE SOUSA, para quem esta figura “corresponde ao exercício do poder constituinte *strictu sensu*, ou seja à feitura de uma nova Constituição escrita” (*Direito Constitucional I*, p. 88), distinguindo-se das *rupturas constitucionais* que consistem em regimes jurídicos constitucionais e legais contrários ao regime geral



nos casos de alteração da Constituição à revelia dos procedimentos de revisão consagrados no próprio texto constitucional<sup>202</sup>, o Estado mantém a sua identidade por força do princípio, de Direito Internacional, da continuidade do Estado<sup>203</sup>. Ao invés, a aceitação da tese de PETER HÄBERLE implicava a alteração de um dos elementos do Estado, a Constituição, e em consequência, *ipso facto*, a descontinuidade do mesmo<sup>204</sup>.

A conclusão que nos merece a análise da tese *häberliana* de “revisão dos elementos do Estado” e do seu entendimento da cultura como *quarto* elemento do Estado vai no sentido de considerarmos que a recuperação do conceito de cultura para o âmbito da Teoria do Estado e das Ciências Jurídicas, que permitiu a *reconciliação* do Estado com a sua génese, não altera a estrutura tripartida dos elementos constitutivos do Estado, apenas os revela *culturalmente conformados*<sup>205</sup>.

### 1.6.3. O fim do Estado social ou um Estado social renovado?

Superada a questão prejudicial da qualificação da relação estabelecida entre a cultura e os elementos do Estado, importa retomar as vicissitudes da problemática inerente à conjuntura histórica em que o fenómeno cultural foi reintroduzido na enciclopédia jurídica. Com efeito, a humanidade assiste a uma “crise da arquitectura

---

consagrado no texto constitucional mas admitidos por este (*idem*, p. 85/86); sobre este assunto, cfr. ainda GOMES CANOTILHO, *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*, 2003, p. 1060 e 1077, e JORGE MIRANDA, *Manual de Direito Constitucional*, tomo II, p. 160 e ss.

<sup>202</sup> O caso paradigmático revelado pela História Constitucional é a aprovação de uma nova Constituição na sequência de acto revolucionário.

<sup>203</sup> Cfr. FERNANDO MARIÑO, *Derecho Internacional Público*, p. 157 e ss., e IAN BROWNLIE, *Princípios de Direito Internacional Público*, p. 94.

<sup>204</sup> Certamente que não está nas cogitações de um espírito *neo-kantiano* como o de PETER HÄBERLE recuperar uma teoria como a *maquiavelizada* por VLADIMIR ILYICH ULYANOV, segundo a qual o Estado Soviético, após a Revolução de Outubro de 1917, mudou de identidade em consequência de alteração do poder político (um dos elementos do Estado pacificamente reconhecido como tal); sobre esta questão, cfr., por todos, FERNANDO MARIÑO, *idem*, p. 157/158.

<sup>205</sup> Em sentido aproximado ao sustentado no texto, cfr. GERARDO RUIZ-RICO RUIZ quando sustenta que “a exploração do protótipo constitucional adoptado para organizar territorialmente o Estado não pode ignorar a influência que tem, no momento fundacional, a existência de elementos culturais diferenciados”, *Introducción metodológica sobre el estudio de la cultura por el Derecho Constitucional*, in GERARDO RUIZ-RICO RUIZ e NICOLÁS PÉREZ SOLA (org.), *Constitución y cultura – Retos del Derecho Constitucional en el siglo XXI*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2005, p. 23/24.

estadual”<sup>206</sup>, em que a *geometria* começa a ceder o lugar à *subtileza*<sup>207</sup>, e em que a juspublicística vem buscando alternativas adequadas à “reconfiguração das [respectivas] estruturas”<sup>208</sup> com intuito de adaptar esta forma de organização das comunidades humanas que a modernidade denominou por Estado à nova conjuntura política e económica, quer nacional, quer internacional. Conforme mencionamos anteriormente, o jurista depara quotidianamente com fenómenos de interacção, ou interdependência, entre o *Estado* e novas formas de organização, quer das comunidades humanas, quer do poder político, que se traduzem, por um lado, na integração em grandes espaços políticos e/ou económicos *supra-estaduais* e, por outro lado, nas reivindicações autonomistas dos grupos *infra-estaduais*, quer territoriais, quer corporativos<sup>209</sup>. Além do mais, começaram a verificar-se dentro do próprio *Estado-poder* a propulsão de alguns fenómenos de neutralização política das suas funções soberanas clássicas e que simultaneamente colocaram em causa o *sacrossanto* princípio da tripartição *pura e dura* dos poderes de Estado, como é o caso do *Provedor de Justiça, órgão parlamentar independente* que actua no âmbito da função política, das *autoridades administrativas independentes* ao nível da função administrativa, para além do “dualismo” ou “pluralismo legislativo” que exprime a partilha, em maior ou menor medida, da função legislativa do Estado, respectivamente, entre Parlamento e Governo e entre Parlamento, Governo e órgãos de comunidades autónomas, se for o caso<sup>210</sup>.

Se o Estado, como modo de organização das comunidades humanas, *oscila* actualmente entre o *status quo* da modernidade e os ventos de mudança que sopram dos movimentos pós-modernos, então poderíamos afirmar que o Estado social atravessa a

---

<sup>206</sup> A expressão é de JACQUES CHEVALIER, *L'État post moderne*, p. 19.

<sup>207</sup> Neste sentido, PAUL SABOURIN, *Les autorités administratives indépendantes, une catégorie nouvelle*, in *L'Actualité Juridique Droit Administratif*, 1983, n.º 5, p. 275.

<sup>208</sup> A expressão é ainda de JACQUES CHEVALIER, *L'État post moderne*, p. 19.

<sup>209</sup> Cfr. *supra*, Introdução, 1.1.

<sup>210</sup> Cfr. *ibidem*.

*crise da meia-idade* quando a humanidade havia criado uma forte expectativa de o encontrar confortavelmente *instalado numa fase de maturação da ternura dos quarenta*. O jurista não pode ignorar que o período áureo do Estado social, que JOHN HALL & JOHN IKENBERRY recordam como “uma época [que] presenciou um crescimento económico fabuloso, as energias produtivas do capitalismo permitiram uma subida espectacular do nível de vida e, [consequentemente], o leque dos direitos sociais dos cidadãos foi alargado, proporcionando uma pacificação sistemática da sociedade capitalista e um aumento de oportunidades para os mais desfavorecidos”<sup>211</sup>, já integra a História. O Estado dos finais do século XX, isto é, correspondente a um período histórico iniciado nos finais dos anos setenta com as reformas políticas e administrativas empreendidas por RONALD REAGEN, nos Estados Unidos da América<sup>212</sup>, e por MARGARET THATCHER, no Reino Unido da Grã Bretanha e Irlanda do Norte<sup>213</sup>, não corresponde mais à ideia do Estado *provedor, prestador ou produtor e distribuidor* de bens e serviços que despontou no primeiro quartel do século XX e que vingou generalizadamente nas sociedades ocidentais após o termo da II Guerra Mundial. Como advertidamente sugere FRANCIS FUKUYAMA, longe vão os meados do século XX em que FRIEDRICH HAYEK “foi crucificado por ter sugerido que havia uma ligação entre o totalitarismo e o moderno Estado providência”<sup>214</sup>.

---

<sup>211</sup> Cfr. JOHN A. HALL & G. JOHN IKENBERRY, *El Estado*, p. 139/140.

<sup>212</sup> Cfr. JOSÉ LUCAS CARDOSO, *Autoridades administrativas independentes e Constituição*, p. 46, JACQUES CHEVALIER, *L'État post moderne*, p. 24/25, e MARIO LOSANO, *Las teorías del solidarismo y su influencia en la formulación de los derechos fundamentales económicos*, p. 55 e ss., max. 59 e ss.

<sup>213</sup> Cfr. JOSÉ LUCAS CARDOSO, *idem*, p. 69 e ss., JACQUES CHEVALIER, *ibidem*, e MARIO LOSANO, *ibidem*.

<sup>214</sup> Cfr. FRANCIS FUKUYAMA, *A construção de Estados*, p. 17/18; no mesmo sentido, JORDI SÀNCHEZ afirma que “no início dos anos setenta, o ciclo de prosperidade económica iniciado na década de cinquenta chegou ao seu fim, dois factores concorreram para a origem da recessão económica. Em primeiro lugar, a decisão dos Estados Unidos de não manterem a convertibilidade da sua moeda em ouro (...), as turbulências desta decisão prolongaram-se até coincidirem com a crise do petróleo de 1973. Perante esta nova situação, os Governos começaram a sentir dificuldades para continuar a implementar as suas políticas económicas *keynesianas*”, *El Estado de Bienestar*, p. 248.

Sobre este assunto, a doutrina tem permanecido atenta à denominada “crise do Estado providência”<sup>215</sup> que assume tripla dimensão: de racionalidade, de legitimidade e de motivação<sup>216</sup>. Apesar de condicionado pela dinâmica dos factos económicos e sociais dos finais do século XX, “o Estado como modelo de organização política não está ultrapassado”<sup>217</sup>, nem tão pouco o está o Estado de Direito democrático e social. Contudo, o mesmo Estado foi paulatinamente abandonando, ou pelo menos reduzindo, a sua actividade prestacional e, em virtude da alteração da natureza das tarefas que lhe estão confiadas<sup>218</sup>, assistimos à sua progressiva conversão em *Estado activador* ou *Estado de activação*<sup>219</sup>, *Estado infra-estrutural*<sup>220</sup> ou *Estado regulador*<sup>221</sup>. Assim, o *remodelado* Estado social, nesta sua nova configuração, caracteriza-se, segundo a óptica de JACQUES CHEVALIER, pela modelação em conformidade com um princípio fundamental de *subsidiariedade*, isto é, “a intervenção do Estado só é legítima em caso

---

<sup>215</sup> A expressão é de PIERRE ROSANVALLON, *La crise de l'État-providence*, Paris, 1981, e foi introduzida na doutrina portuguesa por GUILHERME D'OLIVEIRA MARTINS, *Constituição financeira*, p. 185.

<sup>216</sup> Cfr. GUILHERME D'OLIVEIRA MARTINS, *idem*, p. 196; em sentido aproximado, JOHN A. HALL e G. JOHN IKENBERRY sustentam que “quando o crescimento económico se tornou mais difícil de alcançar nos anos setenta, muitos tiveram que aceitar que grupos organizados, em particular a classe operária, libertos pelos direitos de participação política, se haviam tornado tão agressivos que um Estado “sobrecarregado” enfrentava uma “crise de racionalidade” porque não tinha margem para “governar o sistema””, *El Estado*, p. 140, cfr. ainda JORDI SÀNCHEZ, *El Estado de Bienestar*, p. 248 e ss. Sobre a necessidade de *motivação* para a satisfação dos direitos económicos sociais e culturais, cfr. MANUEL CLEMENTE, *Incidência da Doutrina Social da Igreja nos Direitos Económicos e Sociais*, in RUI MOURA RAMOS, (org.), *35.º aniversário da Constituição de 1976*, vol. I, Coimbra, Coimbra Editora, 2012, p. 58.

<sup>217</sup> A expressão é de JACQUES CHEVALIER, *L'État post moderne*, p. 19.

<sup>218</sup> Cfr. JACQUES CHEVALIER, *idem*, p. 50 e ss.

<sup>219</sup> Ambas as formulações da expressão são empregues por JOÃO LOUREIRO, *Adeus ao Estado social? – A segurança social entre o crocodilo da economia e a medusa da ideologia dos “direitos adquiridos”*, Coimbra, Wolters Kluwer/Coimbra Editora, 2010, p. 96/97.

<sup>220</sup> A expressão é imputável a GEORG HERMES, *Staatliche Infrastrukturverantwortung – Rechtliche Grundstrukturen netzgebundener Transport und Übertragungssysteme zwischen Daseinsvorsorge und Wettbewerbsregulierung am Beispiel der leitungsgebundenen Energieversorgung in Europa*, Tübingen, Mohr Siebeck Verlag, 1998, p. 323 e ss.; sobre a articulação entre “a forma da *infra-estrutura*, do *bem fornecido* e do *suporte estrutural* para o seu processamento” no *Estado infra-estrutural*, cfr. J. J. GOMES CANOTILHO, *O Direito Constitucional passa e o Direito Administrativo passa também*, p. 712.

<sup>221</sup> Cfr. JACQUES CHEVALIER, *L'État post-moderne*, p. 123 e ss., JOSÉ LUCAS CARDOSO, *Autoridades administrativas independentes e Constituição*, max. p. 415/416, e SUZANA TAVARES DA SILVA, *Direitos fundamentais na arena global*, Coimbra, Imprensa da Universidade de Coimbra, 2011, p. 110.

de insuficiência ou falha dos mecanismos de auto-regulação social (suplência), na medida em que se considera preferível a intervenção dos centros de decisão mais próximos dos problemas carentes de resolução (proximidade), assim como a solicitação da colaboração dos actores sociais (parceria); portanto no âmbito de uma pós-modernidade colocada sob os signos do pluralismo e da diversidade”<sup>222</sup>. O princípio fundamental ou genérico da *subsidiariedade* incorpora, conforme denunciado na respectiva enunciação, as vertentes da (i) *supletividade* “que implica que o Estado, em vez de se substituir aos actores sociais, estimula as iniciativas que estes possam adoptar com vista à gestão das funções colectivas (mecenato, voluntariado, associativismo, economia social...) e apoia os acordos que eles celebrem a fim de regular as suas relações de colaboração”<sup>223</sup>, da (ii) *proximidade* “que pressupõe que os problemas sejam tratados em primeiro lugar ao nível em que surgem e pelos próprios interessados, evitando a subida sistemática dos assuntos a níveis de decisão mais elevados”<sup>224</sup>, e, por último, da (iii) *parceria* “que consiste na associação dos actores sociais à realização de actividades públicas, distribuindo [ou descentrando<sup>225</sup>] a gestão das tarefas por todos os níveis de decisão (nacional e local), por todos os serviços (económicos, sociais e culturais) e ainda mediante parcerias público-privadas mediante as quais as entidades públicas associam entidades privadas ao financiamento, à concepção ou à realização de equipamentos, de infra-estruturas, de bens ou de serviços”<sup>226</sup>.

---

<sup>222</sup> Cfr. JACQUES CHEVALIER, *idem*, p. 51.

<sup>223</sup> Cfr. JACQUES CHEVALIER, *ibidem*.

<sup>224</sup> Cfr. JACQUES CHEVALIER, *ibidem*.

<sup>225</sup> Sobre o “(super) conceito” de *descentração*, JOSÉ CASALTA NABAIS sustenta consistir numa figura que incorpora simultaneamente mecanismos, quer de descentralização, quer de desconcentração, quer em ambos os casos pode ser política ou administrativa, *A autonomia local*, in *Estudos em Homenagem ao Professor Doutor Afonso Rodrigues Queiró*, vol. II, Coimbra, Imprensa da Universidade, 1993, p. 178.

<sup>226</sup> Cfr. JACQUES CHEVALIER, *L'État post-moderne*, p. 51; para uma análise sintética mas concisa dos métodos possíveis de satisfação dos direitos económicos, sociais e culturais no Estado dos tempos actuais, cfr. JORDI SÀNCHEZ, *El Estado de Bienestar* p. 257/258, e J. J. GOMES CANOTILHO, *Estado de Direito*, p. 13/14.

O *renovado* Estado, que já envergou sucessivamente as vestes de autoritário, de abstencionista, de produtor e de distribuidor de bens e de serviços, enfrenta agora o desafio de exercer as funções de (i) *garante*, de (ii) *supervisor* e de (iii) *protector*<sup>227</sup>. Assim, actualmente o Estado desempenha, em primeiro lugar, a tarefa de (i) *garante* da ( $\alpha$ ) *coesão social* perante a dinâmica da globalização e da ( $\beta$ ) *segurança* que, embora seja uma função clássica do Estado, enfrenta agora as ameaças trazidas pela sociedade de risco<sup>228</sup>. Por outro lado, o Estado passou a ser um (ii) *supervisor* das actividades económicas, sociais e culturais pois ( $\alpha$ ) com o abrandamento da sua actividade de operador económico, associada à substituição do clássico serviço público pelo *serviço de interesse geral*<sup>229</sup> e o consequente funcionamento das actividades económicas, sociais e culturais, anteriormente monopolizadas, em regime de concorrência, ou de

<sup>227</sup> Cfr. JACQUES CHEVALIER, *idem*, p. 52 e ss.

<sup>228</sup> A expressão “sociedade de risco” corresponde ao título da monografia de ULRICH BECK, *Sociedade de Risco – Rumo a uma outra modernidade*, trad. portuguesa de Sebastião Nascimento, São Paulo, Editora 34, 2010. Segundo JOÃO LOUREIRO, “no núcleo da “sociedade de risco” está (...) a “tecnociência”, a pressupor a imbricação da técnica e da ciência; o seu correlato é a plasticidade do objecto a manipular (quer se trate de matéria física, viva ou pensante); a verdade é reduzida a “eficiência tecnofísica, certeza e potência da acção”. Na verdade, o desencantamento do mundo abriu as portas à sua manipulação, de acordo com a máxima baconiana *scientia est potentia*”, *Da sociedade técnica de massas à sociedade de risco: prevenção, precaução e tecnociência*, p. 811; para uma síntese detalhada das características da *sociedade de risco*, cfr. p. 877 e ss.

<sup>229</sup> O conceito de *serviço de interesse geral* foi introduzido na ordem jurídica portuguesa pelo Direito da União Europeia, constituindo actualmente a sua fonte jurídico-positiva o *Protocolo relativo aos serviços de interesse geral* e o *Protocolo relativo aos privilégios e imunidades da União Europeia*, ambos anexos ao *Tratado da União Europeia* e ao *Tratado sobre o funcionamento da União Europeia*; o Direito da União Europeia distingue *serviços de interesse económico geral* (v. g. artigos 14.º e 106.º do *Tratado sobre o funcionamento da União Europeia*) de *serviços de interesse geral não económicos* (v. g. artigo 2.º do *Protocolo relativo aos serviços de interesse geral*) segundo o critério da actividade que exercem. Contudo, tratam-se de duas espécies de um género comum que o ordenamento comunitário distingue apenas para efeitos de sujeição a regimes jurídicos diversos. O conceito de *serviço de interesse geral*, apesar de bastante difundido nos textos e no *jargão* comunitários, não é suportado por uma definição normativa ou doutrinária consolidada; no entanto, a Comissão das Comunidades Europeias, em publicação de carácter meramente didáctico, enumera as várias características que uma actividade de carácter económico, social ou cultural deverá reunir para lograr a qualificação como *serviço de interesse geral*, a saber “(i) serviço universal, (ii) continuidade, (iii) qualidade do serviço, (iv) acessibilidade de preços e (v) protecção do utilizador e do consumidor”, cfr. *Livro verde sobre serviços de interesse geral*, Bruxelas, 2003, o texto integral do documento pode ser consultado na internet em <http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=COM:2003:0270:FIN:PT:PDF>, p. 16 e ss.; cfr. ainda MARCOS VAQUER, *Los problemas de la contraposición entre económico y social en la doctrina europea de los servicios de interés general*, in *Revista General de Derecho Administrativo*, n.º 8, 2005, disponível na internet em [www.iustel.com/v2/revistas/detalle\\_revista.asp?id=1&numero=8](http://www.iustel.com/v2/revistas/detalle_revista.asp?id=1&numero=8), e RODRIGO GOUVEIA, *Os serviços de interesse geral em Portugal*, Coimbra, Coimbra Editora/Centro de Estudos de Direito Público e Regulação, 2001, p. 15 e ss.

mercado<sup>230</sup>, passou a ser necessário o exercício de uma função de regulação pelo Estado com vista a garantir o regular funcionamento do mercado sem esquecer a verificação do cumprimento das obrigações de serviço público pelos operadores encarregues da satisfação das *public utilities*<sup>231</sup>. Simultaneamente, (β) o Estado abandonou a sua vocação dirigista para passar a assumir o papel de estratega, isto é, a concentrar-se nas actividades de estudo dos problemas que afectam a Sociedade Civil e de planeamento de soluções para os mesmos<sup>232</sup>. Por último, o Estado é ainda, num aparente paradoxo, um (iii) *protector* contra o desmantelamento do Estado social, nomeadamente dos sistemas de segurança social edificados no seu advento, mediante uma (α) reavaliação das políticas do *Welfare State*, privilegiando uma (β) lógica de solidariedade.

A conjuntura política e económica agora descrita, por paradoxal que eventualmente possa parecer numa primeira análise, meramente superficial, do assunto, mais do que em qualquer outro momento histórico, revela-se favorável (i) a *permitir ao Estado o cumprimento das suas tarefas culturais* e simultaneamente (ii) a *conferir exequibilidade ao princípio da autonomia da cultura*. Assim, (i) estão reunidos os pressupostos que conferem ao Estado a necessária *disponibilidade para se dedicar à promoção da cultura* na medida em que o Estado social está qualitativamente realizado

---

<sup>230</sup> Sobre esta questão, cfr., por todos, RUI CHANCERELLE DE MACHETE, *A evolução do conceito de serviço público e a natureza das relações entre concessionário ou autorizado e o utente*, in *Estudos de Direito Público*, Coimbra, Coimbra Editora, 2004, p. 173 a 187.

<sup>231</sup> Cfr. JOSÉ LUCAS CARDOSO, *Autoridades administrativas independentes e Constituição*, p. 42/43, a ideia nuclear da teoria da *regulação económica*, nos termos em que foi desenvolvida nos Estados Unidos da América, consiste numa tentativa de encontrar um ponto de equilíbrio entre a necessidade de alguma intervenção do Estado destinada a suprir as insuficiências do funcionamento do mercado e a intenção de valorizar a iniciativa económica privada grata ao espírito americano; neste sentido, MICHAELA MANETTI que estabelece o paralelo entre a atitude dos Estados do continente europeu, que na mesma fase da História procederam à estatização ou à municipalização dos serviços públicos, e a atitude dos Estados Unidos da América que preferiram permitir que a actividade económica continuasse a ser desenvolvida pelos agentes privados embora o Estado passasse a definir as regras do jogo, *Poteri neutrali e Costituzione*, Milano, Giuffrè Editore, 1994, p. 61, cfr. ainda FRIEDRICH HAYEK, *O caminho para a servidão*, p. 233 e ss., SABINO CASSESE, *Regulation e Deregulation*, in *Rivista Trimestrale di Diritto Pubblico*, Milano, Giuffrè Editore, 1983, p. 718/719, e GOMES CANOTILHO, *Estado de Direito*, p. 13.

<sup>232</sup> Sobre esta questão, cfr., em sentido concordante com o sufragado no texto, MANUEL GARCÍA-PELAYO, *Las transformaciones del Estado contemporáneo*, p. 35.

nas suas vertentes económica e social *strictu sensu*, ainda que o modo de realização das prestações destinadas à satisfação dos direitos económicos e sociais haja passado de um modelo de serviço público monopolístico para um modelo de serviço de interesse geral em regime concorrencial e ainda mesmo que, do ponto de vista quantitativo, a medida dessas mesmas prestações possa variar conjunturalmente em virtude de estar subordinada a uma “reserva do financeiramente possível”<sup>233</sup>. Atendendo aos sub-princípios da *segurança jurídica e da protecção da confiança*, concretizadores do princípio do Estado de Direito material<sup>234</sup>, a jurisprudência do Tribunal Constitucional orienta-se no sentido de admitir o *retrocesso social* apenas até ao limite do respeito pelo núcleo essencial do *direito a um mínimo de existência condigna* inerente ao princípio do respeito da dignidade humana<sup>235</sup>. Por outro lado, a mencionada integração do Estado em grandes espaços políticos e/ou económicos<sup>236</sup> provocou a *globalização* das actividades económicas pois, como afirma ROLF STOBER, se “é certo que cada Estado pode decidir por si próprio, com base na sua *soberania de Direito Internacional Público* e no princípio da *igualdade de direitos*, sobre a sua ordem económica e sobre a abertura económica a outros Estados, simultaneamente, os Estados estão em *concorrência, a nível mundial, de localização e de regulação*. A crescente *regionalização e globalização da economia* obrigam, cada vez mais, os Estados a aceitar, no interesse da simplificação e do fomento das transacções económicas internacionais, limitações aos

---

<sup>233</sup> Usamos novamente uma expressão de J. J. GOMES CANOTILHO, *Constituição dirigente e vinculação do legislador*, p. 172.

<sup>234</sup> Sobre estes sub-princípios concretizadores do Estado de Direito em sentido material, cfr. J. J. GOMES CANOTILHO, *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*, 2003, p. 257 e ss.

<sup>235</sup> Cfr. acórdão do Tribunal Constitucional (Ac. TC) n.º 509/2002, § 16; o texto integral do acórdão pode ser consultado na *internet* em [www.tribunalconstitucional.pt/tc/acordaos/20020509.html](http://www.tribunalconstitucional.pt/tc/acordaos/20020509.html).

<sup>236</sup> Cfr. *supra*, Introdução 1.1.



Direitos nacionais de soberania na área económica”<sup>237</sup>. Neste contexto, o Estado social deixou de poder invocar o *alibi* das prioridades conjunturais existentes aquando do seu advento e está assim liberto para direccionar a sua actuação no sentido da realização das tarefas culturais anatemizadas desde então.

Acresce a estes fenómenos que o empenho do Estado nas suas tarefas culturais não resulta apenas em assegurar, directa ou indirectamente, o acesso dos cidadãos ao disfrute de bens culturais como constitui simultaneamente a única medida objectivamente adequada à preservação da sua própria identidade nacional<sup>238</sup> perante o cenário internacional da tendência para a integração das comunidades estaduais em blocos político-económicos regionais, isto é, à escala continental<sup>239</sup>. Com efeito, as tarefas que incumbem ao Estado Português de “proteger e valorizar o património cultural do povo português”<sup>240</sup>, de “defender a natureza e o ambiente, preservar os recursos naturais”<sup>241</sup> e de “defender o uso e promover a difusão internacional da língua portuguesa”<sup>242</sup>, além de se destinarem a proporcionar aos cidadãos o gozo de direitos fundamentais seus, revestem ainda uma componente objectiva de preservação da identidade da própria comunidade nacional no contexto de uma Sociedade Internacional cada vez mais globalizada.

A conjuntura revela-se ainda a mais favorável que a Humanidade conheceu até ao momento no que concerne à questão da (ii) *exequibilidade do princípio da autonomia da cultura* porque, por um lado, a *ratio essendi* do Estado social continua a de assegurar, directa ou indirectamente, o acesso das *massas* ao disfrute de bens e

---

<sup>237</sup> Cfr. ROLF STOBER, *Direito Administrativo Económico Geral – Fundamentos e princípios. Direito Constitucional Económico*, trad. portuguesa de António Francisco de Sousa, Lisboa, Universidade Lusíada Editora, 2008, p. 49, cfr. ainda p. 54 e ss.

<sup>238</sup> Cfr. *supra*, Introdução, 1.1.

<sup>239</sup> Cfr. ainda *supra*, Introdução, 1.1.

<sup>240</sup> Cfr. artigo 9.º, e), 1.ª parte, da CRP.

<sup>241</sup> Cfr. *idem*, 2.ª parte.

<sup>242</sup> Cfr. artigo 9.º, f), 2.ª parte, da CRP.

serviços culturais. Além disso, por força da transmutação da sua vocação *dirigista* em *estratega*, o Estado, apesar de continuar incumbido de zelar para que os bens e serviços culturais cheguem ao *espaço vital efectivo* dos cidadãos<sup>243</sup>, não tem mais o controlo sobre o conteúdo dos mesmos porque, *de facto*, a circunstância dos bens e serviços culturais serem agora, também eles, fornecidos em regime de mercado, permite alternativas de escolha aos cidadãos, e, *de Direito*, a proibição, imposta pelo legislador constituinte, aos órgãos do Estado de “programar a educação e a cultura segundo quaisquer directrizes filosóficas, estéticas, políticas, ideológicas ou religiosas”<sup>244</sup>, assegura igualmente o pluralismo.

#### **1.6.4. Estado de cultura: o paradoxo involuntário da expressão**

A análise da questão terminológica, nomeadamente do alcance efectivo da expressão, afigura-se-nos necessária para *completar* a abordagem do denominado *Estado de cultura*. O conceito, apesar de largamente difundido desde a sua elaboração no auge do idealismo alemão<sup>245</sup> e de haver passado por épocas de maior ou de menor popularidade ou divulgação<sup>246</sup>, nunca deixou de suscitar *anti-corpos* na doutrina.

Os subscritores do conceito de *Estado de cultura* invocam como *pedra de toque* o argumento segundo o qual o conceito de *Estado social* privilegia as componentes económica e social da actividade do Estado e, assim sendo, não abrange todos os domínios da vida em sociedade. Consideram estes autores, numa enunciação mais detalhada desta orientação argumentativa, que mesmo a expressão clássica *Estado de*

---

<sup>243</sup> A expressão é usada por ERNST FORSTHOFF para descrever o espaço “em que decorre efectivamente a existência dos indivíduos”, por oposição ao *espaço vital dominado* que “é aquele que está atribuído de modo tão intenso ao indivíduo de modo que possa dispor dele ou, pelo menos, que esteja autorizado a utilizá-lo permanentemente”, *El Estado de la sociedad industrial*, p. 120; a mesma construção é desenvolvida pelo autor em *Problemas constitucionales del Estado Social*, p. 47 e ss.

<sup>244</sup> Cfr. artigo 43.º, n.º 2, da CRP e ainda *infra*, III, 3. e 5.

<sup>245</sup> Cfr. *supra*, 1.3.

<sup>246</sup> Cfr. *supra*, 1.6.

*Direito democrático e social* se revela insuficiente porque, em primeiro lugar, no que concerne ao *Estado de Direito*, as liberdades culturais sempre foram os “parentes pobres das liberdades públicas clássicas”<sup>247</sup>, por outro lado, o *Estado democrático* nunca superou o desafio de “tornar possível a participação de todos os cidadãos na formação da vontade geral”<sup>248</sup> e, por último, “na cláusula de *Estado social* sempre primou a problemática sócio-económica sobre a sócio-cultural”<sup>249</sup>. Ora, por todos estes motivos, os autores regra geral insistem em evidenciar a expressão *Estado de cultura* que, sem negar as cláusulas constitucionais anteriormente mencionadas, “pretende situar no coração das mesmas o valor da cultura como radical princípio da acção do Estado”<sup>250</sup>.

A expressão *Estado de cultura* é, no entanto, objecto de acesa contestação doutrinária. Assim, na juspublicística italiana, FABIO MERUSI considera “a expressão infeliz, porque parece indicar que o Estado prossegue *uma* cultura. Sugere, à primeira vista, experiências constitucionais históricas em que o poder político persegue um certo tipo de cultura contra outra cultura ou uma monocultura imposta de maneira uniforme para a Sociedade Civil, como no caso do Estado totalitário”<sup>251</sup>. Aliás, *Estado de cultura* é uma expressão que, diga-se em abono da verdade, nunca *pegou de estaca* na doutrina portuguesa, sendo até convictamente repudiada por JORGE MIRANDA ao afirmar que “quanto à fórmula Estado de cultura, por melhores que sejam as intenções, justifica-se rejeitá-la pelos riscos inversos, ou de se pôr a cultura ao serviço do Estado ou da

---

<sup>247</sup> A expressão é de JESÚS PRIETO, *Cultura, culturas y Constitución*, p. 219.

<sup>248</sup> A expressão é ainda de JESÚS PRIETO, *idem*, p. 221.

<sup>249</sup> Cfr. novamente JESÚS PRIETO, *idem*, p. 222.

<sup>250</sup> Usamos novamente uma expressão de JESÚS PRIETO, *idem*, p. 223; a tese de JESÚS PRIETO colhe fundamento em PETER HÄBERLE, *El Estado Constitucional*, p. 229 e ss., e em ANDRÉ-HUBERT MESNARD, *Droit et politique de la culture*, p. 177 a 197, e por outro lado, conta com o apoio massivo da comunidade científica espanhola, neste caso protagonizada por MARCOS VAQUER, *Estado y cultura*, p. 76/77, e por BEATRIZ GONZÁLEZ, *Estado de cultura, derechos culturales y libertad religiosa*, p. 39/40.

<sup>251</sup> Cfr. FABIO MERUSI, *Commento sull'articolo 9.º*, in GIUSEPPE BRANCA e ALESSANDRO PIZZORUSSO (org.), *Commentario della Costituzione*, vol. I, *Principi fondamentali*, Roma, Il Foro Italiano, 1975, p. 441.

ideologia dominante no Estado, sacrificando a liberdade de criação e de crítica dos agentes culturais; ou de se pôr o Estado (aparentemente) ao serviço dos agentes culturais, suscitando dependências e secando as iniciativas vindas da Sociedade Civil. E ambos estes riscos estão esconjurados pela *Constituição de 1976*<sup>252</sup>. O *decano lisboeta* reforça a posição mencionada com referência ao disposto em dois preceitos consagrados no texto constitucional. Assim, sustenta que “o primeiro é a norma, segundo a qual o Estado não pode programar a educação e a cultura segundo quaisquer directrizes filosóficas, estéticas, políticas, ideológicas ou religiosas (artigo 43.º, n.º 2). O segundo, o que, para assegurar o acesso de todos os cidadãos à fruição e à criação cultural, chama à colaboração os órgãos de comunicação social, as associações e fundações de fins culturais, as colectividades de cultura e recreio, as associações de defesa do património cultural, as organizações de moradores e os outros agentes culturais (artigos 73.º, n.º 3, e 78.º, n.º 1, corpo, e alínea b)). Por força destas normas, Portugal não poderia ser qualificado de Estado de cultura no sentido que tememos que a esta expressão alguns tenderiam a dar”<sup>253</sup>.

O problema em torno da questão terminológica, em nosso entendimento, reside precisamente e apenas neste último aspecto *focado* por JORGE MIRANDA: o receio do sentido que *alguns* autores possam desejar conferir à expressão. Com efeito, concordamos com JORGE MIRANDA quando o autor teme que a expressão possa ser mais conotada com a política cultural iluminista<sup>254</sup> ou com a actividade cultural dos

---

<sup>252</sup> Cfr. JORGE MIRANDA, *Notas sobre cultura, Constituição e direitos culturais*, p. 8; o entendimento citado afigura-se-nos perfeitamente maturado pelo pensamento de JORGE MIRANDA uma vez que o autor sustentara a mesma posição exactamente uma década antes, embora com muniamento menos pesado, quando afirmou que a fórmula “Estado de cultura” “deveria ser rejeitada por envolver o risco de, implicitamente, pôr a cultura ao serviço do Estado ou toda dependente do auxílio do Estado, marginalizando a Sociedade Civil e podendo sacrificar a liberdade de criação e de crítica dos agentes culturais”, *O património cultural e a Constituição*, p. 256.

<sup>253</sup> Cfr. JORGE MIRANDA, *Notas sobre cultura, Constituição e direitos culturais*, p. 13.

<sup>254</sup> Cfr. *supra*, 1.2.

regimes autoritários e totalitários do século XX<sup>255</sup> que propriamente com o pensamento idealista que a elaborou meticulosamente, numa perspectiva individual, com o objectivo de reivindicar a *autonomia* da cultura perante o poder político e, em consequência, a dignificação da pessoa humana mediante a potencialidade libertadora inerente à cultura e, numa perspectiva comunitária, como a distinção entre Estado e Sociedade Civil<sup>256</sup>. Contudo, não se nos afigura acertado adoptar a prática do *non liquet* perante a qualificação deste *estado* do *Estado*, como faz JORGE MIRANDA, na medida em que é o próprio autor a afirmar expressamente o dever do Estado social, “a par dos direitos económicos como pretensões de realização pessoal e de bem-estar através do trabalho e de direitos sociais como pretensões de segurança na necessidade, introduzir direitos culturais como exigências de acesso à educação e à cultura (...) e que, para os tornar efectivos, prevê múltiplas incumbências dos poderes públicos”<sup>257</sup>. Assim, cremos que a orientação mais sensata será a de definir uma terminologia que não deixe espaço a confusões entre o que poderíamos identificar por *cultura de Estado* e o denominado *Estado de cultura*, um pouco à semelhança da metodologia adoptada por FABIO MERUSI quando, motivado por objectivo análogo àquele que agora nos desafia, sugere como preferível utilizar a expressão “Estado para a cultura”<sup>258</sup>. Se consideramos como adequada a metodologia que consiste em buscar uma identificação para o Estado que prossegue fins culturais subordinado aos princípios constitucionais da liberdade, da solidariedade e do progresso<sup>259</sup>, entendemos ainda necessário aferir qual o conceito de conteúdo ou enunciado mais adequado para identificar o fenómeno em apreço.

---

<sup>255</sup> Cfr. *supra*, 1.5.

<sup>256</sup> Cfr. *supra*, 1.3.

<sup>257</sup> Cfr. JORGE MIRANDA, *O património cultural e a Constituição*, p. 255/256, e *Notas sobre cultura, Constituição e direitos culturais*, p. 6.

<sup>258</sup> Cfr. FABIO MERUSI, *Commento sull'articolo 9.*, p. 441.

<sup>259</sup> Cfr. *infra*, III, 1.1. e 1.3.

Com efeito, se a expressão de *Estado de cultura* é passível de acusação de alguma similitude linguística com o conceito de *Estado de polícia*<sup>260</sup> e nesse sentido transmitir a imagem de um Estado que impõe uma determinada cultura, como receiam os autores em apreço, o conceito de *Estado para a cultura* também não merece o nosso sufrágio porque não aceitamos que o Estado possa existir para prosseguir especificamente um fim de âmbito circunscrito a uma determinada matéria, seja a cultura, a economia, o ambiente ou qualquer outra das suas tarefas, pois toda a actividade do Estado de Direito democrático converge necessariamente para a dignidade da pessoa humana, sendo os demais *fins do Estado* instrumentais relativamente a este<sup>261</sup>. Assim como no domínio político, e em certa medida também no económico, com a decadência do iluminismo e o ocaso do Estado absoluto, a doutrina abandonou o conceito de Estado *de* polícia e com o advento do idealismo e do Estado de Direito começou, pela voz eloquente de FERDINAND LASSALLE, a reivindicar a propulsão de uma *revolução copernicana* na actividade estadual, circunscrevendo-a ao âmbito de um *Estado polícia* ou *Estado guarda-nocturno*<sup>262</sup> ou, se preferirmos, a classe burguesa reivindicou o abandono da onnipresença da polícia em toda a actividade do Estado com fins de defesa dos interesses do monarca, exigindo que esta passasse a funcionar como garante da ordem constitucional instituída, nomeadamente da segurança interna e

---

<sup>260</sup> Segundo J. J. GOMES CANOTILHO, o *Estado de polícia*, típico do período iluminista, isto é, do século XVIII, apresenta as seguintes características: “(i) afirmação da ideia de soberania concentrada no monarca, com o conseqüente predomínio do soberano sobre os restantes estamentos, (ii) extensão do poder soberano ao âmbito religioso, reconhecendo-se ao monarca o direito de “decidir” sobre a religião dos súbditos e de exercer autoridade eclesiástica, (iii) dirigismo económico através da adopção de uma política económica mercantilista, (iv) assunção, no plano teórico dos fins do Estado da *salus publica* (“bem estar”, “felicidade dos súbditos”) como uma das missões fundamentais do soberano (...), (v) a *polícia* abrangia toda a administração interna do Estado e (vi) um *jus eminens* legitimava a restrição dos direitos adquiridos dos particulares (*jura quaesita*) através de medidas do soberano”, *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*, 2003, p. 91/92; cfr. ainda REINHOLD ZIPPELIUS, *Teoria Geral do Estado*, p. 136/137, JORGE MIRANDA, *Manual de Direito Constitucional*, tomo I, p. 87 e ss. e JORGE REIS NOVAIS, *Contributo para uma Teoria do Estado de Direito*, p. 26 e ss.

<sup>261</sup> Cfr. *infra*, II, 1.2., e III, 2.1.4.

<sup>262</sup> Cfr. FERDINAND LASSALLE, *cit.* por GOMES CANOTILHO, *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*, 2003, p. 92.

externa, e do respeito pelos direitos fundamentais dos cidadãos, liberdade individual e propriedade privada<sup>263</sup>, também no domínio cultural se justifica o abandono da clássica expressão Estado *de* cultura por uma outra que identifique a vocação do poder político para assegurar a *vida cultural* sem a querer conformar. Neste contexto, o conceito de *Estado cultural* constitui o enunciado linguístico que, no *idioma de CAMÕES*, melhor identifica o Estado que permite o desenvolvimento das actividades culturais, exercendo apenas uma actividade de *garante, supervisor e protector* da liberdade e do acesso dos cidadãos e das demais pessoas aos bens e serviços culturais e, desse modo, afastada as possíveis conotações do *Estado de cultura* com aquele velho Estado absoluto, iluministicamente moldado, que ambiciona estar omnipresente em toda a vida cultural da Sociedade Civil por forma a exercer uma atitude de *ius imperi* sobre a mesma, normalmente com intuito de doutrinar o povo por forma a tornar os cidadãos mais aptos para desempenharem tarefas no interesse do Estado, *v. g.*, prestação do serviço militar.

#### **1.6.5. O Estado cultural como um Estado de Direito democrático e social antropologicamente configurado**

Sobre a articulação do *Estado cultural* com os demais períodos históricos deste modelo de organização do poder político, somos de entendimento que este não consiste num momento histórico da evolução do Estado que sucedeu no tempo ao Estado social,

---

<sup>263</sup> Sobre esta questão, embora a terminologia do autor não coincida integralmente com a adoptada no texto, *cfr.* MIGUEL GALVÃO TELLES, *Estado de Direito*, col. 1185; no sentido que sustentamos no texto, embora com o pensamento dirigido ao domínio da economia e não propriamente ao da cultura, MICHEL FOUCAULT, a propósito do que denomina por “dupla teoria do Estado de Direito” (*Nascimento da Biopolítica*, trad. portuguesa de Bruno Mações e Pedro Elói Duarte, Lisboa, Edições 70, 2010, p. 219), distingue “dois aspectos do Estado de Direito”, sendo que o primeiro é a (i) a definição do Estado de Direito como “um Estado no qual os actos do poder político não poderão ter valor se não estiverem enquadrados em leis que os limitem previamente” (*ibidem*), enquanto que (ii) em momento posterior (segunda metade do século XIX) “encontramos, na teoria e na política alemãs, uma elaboração mais desenvolvida do conceito de Estado de Direito como um Estado no qual os cidadãos podem e devem recorrer a determinados tribunais contra o poder político” (*idem*, p. 220, embora o autor confira maior destaque aos tribunais, cremos que pela lógica do discurso o mesmo princípio é válido em relação a todos os órgãos e serviços do Estado, como *v. g.* a polícia).

passada a conjuntura do pós-crise económica e do pós-guerra mundial, conforme sustentado maioritariamente pelos autores que assumem este assunto como seu centro de interesses privilegiado<sup>264</sup>. Com efeito, o *Estado cultural* não logrou obter *foros de cidade* que lhe confirmam dignidade suficiente para justificar a *reescrita* da História do Estado periodizada sucessivamente nas seguintes fases: Estado *absoluto*, Estado *liberal*, Estado *social* e Estado *cultural* na medida em que este último constitui *apenas* uma das componentes do *Estado* que na actualidade continua marcado pelo seu carácter *social*.

Sobre este assunto, MARCOS VAQUER sustenta que a conjuntura que obrigou a relegar a componente cultural do Estado social para segundo plano em detrimento do económico e do social *strictu sensu*, “desde aproximadamente os anos cinquenta (...) começou a mudar ao calor de uma paz social e de um desenvolvimento económico relativamente estáveis, permitindo que o “urgente” haja cedido protagonismo ao “importante” e os poderes políticos hajam podido começar a diversificar as suas prioridades, entre as quais se inclui cada vez mais a política cultural e a crítica da concepção quantitativa do progresso e a sua substituição por outra qualitativa, ínsita no conceito de *qualidade de vida*, rompeu com a tradicional vassalagem jurídica do valor cultural ao económico”<sup>265</sup>. Apesar de sufragarmos a tese de MARCOS VAQUER, anteriormente mencionada, segundo a qual as cláusulas constitucionais *Estado de cultura* e *Estado social* apresentam alguns aspectos em comum na medida em que são “expressão sintética de um ordenamento *substantivo*, que as distingue das cláusulas mais antigas de Estado democrático e de Estado de Direito, nascidas no período liberal mais como fórmulas modais expressivas da *forma* do poder e do ordenamento jurídico

---

<sup>264</sup> Cfr. JESÚS PRIETO, *Cultura, culturas y Constitución*, p. 213 e ss., MARCOS VAQUER, *Estado y cultura*, p. 76/77, e BEATRIZ GONZÁLEZ, *Estado de cultura, derechos culturales y libertad religiosa*, p. 39/40, e *supra*, 1.4.

<sup>265</sup> Cfr. MARCOS VAQUER, *idem*, p. 77.



ou garantes, em suma, de direitos igualmente formais até à sua radical transformação pelas vivificadoras ideias do Estado social e de cultura”<sup>266</sup>, já não podemos acompanhar o autor no argumento subsequentemente e decisivo sobre a periodização do *Estado de cultura*. Sustenta MARCOS VAQUER, neste contexto, que “a evolução que separa o Estado de cultura da formulação “clássica” do Estado social é, ainda que subtil, importante. A política cultural, em especial a educativa, do Estado social podia ser qualificada como uma política exógena ou instrumental cujo fundamento não residia em si mesma mas no desenvolvimento económico e social. A política cultural do Estado de cultura, pelo contrário, é endógena ou finalista (por mandato constitucional) pois constitui um fim em si mesma para os poderes públicos”<sup>267</sup>.

Com efeito, se reconhecemos acerto à doutrina do autor *maiorquino* no plano das normas constitucionais<sup>268</sup>, pelo contrário não o podemos acompanhar quando pretende realizar “a articulação do todo social”<sup>269</sup> com a cultura. A nossa contestação fundamenta-se na circunstância de, ao afirmar que a política cultural do Estado social podia ser qualificada como exógena ou instrumental ao desenvolvimento económico e social, MARCOS VAQUER incorrer num paradoxo na medida em que é o próprio a afirmar que a componente cultural no advento do Estado social era, na realidade,

---

<sup>266</sup> Cfr. MARCOS VAQUER, *ibidem*, p. 77/78, e *supra*, 1.6.3.

<sup>267</sup> Cfr. MARCOS VAQUER, *ibidem*.

<sup>268</sup> Segundo MARCOS VAQUER, “a vinculação lógica cultura-educação-produção aparece consagrada na *Constituição Espanhola* de 1931, [especificamente] no artigo 48.º, segundo o qual “o serviço da cultura é atribuição do Estado que o prestará mediante instituições educativas” mas está colocado sistematicamente em capítulo intitulado *Família, economia e cultura* “que alterna economia e cultura com perfeita simetria”, *idem*, p. 79. Se desejarmos estabelecer o paralelismo com o caso português, verificamos que o corpo do artigo 43.º da *Constituição de 1933*, na sua versão inicial, estabelecia que “o Estado manterá oficialmente escolas primárias, complementares e superiores e institutos de alta cultura”, enquanto a revisão constitucional de 1971 veio conferir um enunciado eminentemente personalista ao preceito normativo em questão que passou a dispor “o Estado procurará assegurar a todos os cidadãos o acesso aos vários graus de ensino e aos bens da cultura sem outra distinção que não seja a resultante da capacidade e dos méritos, e manterá oficialmente estabelecimentos de ensino, de investigação e de cultura”; esta última orientação foi mantida, pelo menos no plano das normas constitucionais, na *CRP*, cfr. *infra*, III, 2.3.1.

<sup>269</sup> A expressão é de HERMANN HELLER, *Teoría del Estado*, p. 121.

inexistente, ou pelo menos incipiente, porque o poder político necessitou conferir prioridade às tarefas de reconstrução: dinamização das actividades económicas devastadas pelo conflito armado (componente económica) e dignificação das condições materiais de vida dos cidadãos (componente social)<sup>270</sup>. Assim sendo, não é possível estabelecer a comparação, no plano da referida “articulação do todo social”<sup>271</sup>, entre a política cultural da fase primária do Estado social, *supostamente* “exógena ou instrumental porque o seu fundamento não residia em si mesma mas, pelo contrário, no desenvolvimento sócio-económico”<sup>272</sup>, e a política cultural do denominado Estado cultural, “endógena ou finalista pois constitui um fim em si mesma para os poderes públicos”<sup>273</sup>, porque a concretização do primeiro termo do binómio revestiu carácter meramente aparente e por isso insusceptível de comparação com a realidade.

O nosso entendimento sobre o assunto vai no sentido do (i) *Estado cultural* configurar uma das múltiplas componentes do *Estado de Direito democrático e social* e da (ii) componente cultural do Estado, que apenas foi recuperada, doutrinária e politicamente, quando o Estado social começava a iniciar uma fase de *maturação*, representar um contributo para o *aperfeiçoamento* ou *enriquecimento* do conteúdo deste último. Com efeito, por um lado, o *Estado contemporâneo* ou *Estado pós-moderno*, ou simplesmente *Estado da segunda metade do século XX*<sup>274</sup>, não perdeu as características de Estado social porque a sua *ratio essendi* continua a encontrar fundamento no desiderato de “conformação da sociedade”<sup>275</sup>, apenas com a *nuance* de dispor de mecanismos que lhe permitem a intervenção nas actividades económicas, sociais e

---

<sup>270</sup> Cf. MARCOS VAQUER, *Estado y Cultura*, p. 76/77.

<sup>271</sup> Usamos novamente a clássica expressão de HERMANN HELLER, *Teoría del Estado*, p. 121.

<sup>272</sup> Cf. MARCOS VAQUER, *Estado y Cultura*, p. 79, itálico nosso.

<sup>273</sup> Cf. MARCOS VAQUER, *ibidem*.

<sup>274</sup> A expressão é de DIOGO FREITAS DO AMARAL, *Estado*, col. 1161.

<sup>275</sup> Aludimos novamente à clássica expressão de ROGÉRIO SOARES, *Direito Público e Sociedade Técnica*, v. g., p. 168.

culturais em moldes diversos daqueles que utilizava nos seus primórdios<sup>276</sup>. Por outro lado, o conceito de *Estado social* demonstra aptidão para incorporar as componentes económica, social e cultural do Estado, além de se revelar adequado para acolher as novas componentes resultantes do alargamento dos seus fins como, v. g., a ambiental<sup>277</sup>, a ordenadora do território<sup>278</sup> ou a energética<sup>279</sup>, e, nesse contexto, não tem existência doutrinária o conceito de *Estado económico* ou de *Estado ambiental* como seria lógico e coerente admitir caso não sufragássemos o princípio da *unidade do Estado social* que incorpora um conteúdo tripartido pelos domínios económico, social e cultural.

Em suma, acolhemos o conceito de *Estado cultural*, assim como reconhecemos as respectivas especificidades, mas conferimos-lhe a qualificação de componente antropológica do *Estado de Direito democrático e social* e não de seu momento sucedâneo na dinâmica evolutiva deste modo de organização das comunidades humanas típico da modernidade que denominamos por Estado. Qualificação como componente antropológica do *Estado de Direito democrático e social* que encontra arrimo nas mencionadas proposições de ENRICO SPAGNA MUSSO segundo as quais a cultura introduz um sentido humanista na Constituição na medida em que configura a *essência qualitativa da democracia* sob duas perspectivas: (i) apenas a *liberdade e a maturidade da participação política de todos os cidadãos* asseguram de modo fidedigno a democraticidade do Estado e (ii) o *pleno desenvolvimento da pessoa humana* está dependente da remoção de obstáculos de âmbito económico e social<sup>280</sup>.

---

<sup>276</sup> Sobre este assunto, cremos por insuspeita a observação de GOMES CANOTILHO quando afirma categoricamente que “as tarefas do Estado social, constitucionalmente conformado, não impõem (...) a proibição de um Estado *meramente* regulador”, *O Direito Constitucional passa e o Direito Administrativo passa também*, p. 719, *itálico* nosso.

<sup>277</sup> Cfr. artigo 9.º, d), da *CRP*.

<sup>278</sup> Cfr. *ibidem*.

<sup>279</sup> Cfr. artigo 81.º, l), da *CRP*.

<sup>280</sup> Cfr. *supra*, 1.6.1.

## 2. O Estado cultural no espaço: o pluralismo de estilos

### culturais

*È soltanto con l'affermarsi dello Stato moderno che si ha una effettiva e diretta partecipazione statale alla vita della cultura. Con il venir meno delle strutture feudali e corporative, cui sono collegate la precedente organizzazione della cultura e la svalutazione dell'azione statale, con l'affermarsi della Riforma e la formazione di uno spirito critico ed illuministico che trova consacrazione storica nella rivoluzione francese, lo Stato è portato inevitabilmente ad interessarsi in misura sempre crescente dei problemi dell'istruzione: ne deriva il suo progressivo ed irreversibile inserimento tra i fini dell'azione statale, ed il formarsi nei vari ordinamenti di una legislazione amministrativa che disciplina e promuove lo svolgimento.*

*Naturalmente un simile processo storico si svolge in forme diverse a seconda delle condizioni ambientali ma esse nel loro assetto ultimo possono sempre ricondursi ai principi dello mero controllo o dell'intervento diretto.*

ENRICO SPAGNA MUSSO, *Lo Stato di cultura nella Costituzione italiana*, Napoli, 1961, p. 26/27

### 2.1. Preliminares

“O Estado é uma realidade historicamente situada. Não equivale ao político, é tão só uma manifestação do político que ocorre em certas circunstâncias e se reveste de certas características; ligado a eventos bem conhecidos, adquire diversas configurações consoante os condicionalismos a que se encontra sujeito; pode emergir em qualquer época, lugar ou civilização e subsiste, por um tempo mais ou menos longo, com maiores ou menores alterações”<sup>281</sup>. A análise evolutiva das relações entre *poder político* e *cultura* no âmbito da modernidade permitiu-nos verificar que o *Estado cultural*, na acepção que lhe conferimos<sup>282</sup>, foi o contributo mais recente introduzido no processo histórico de construção, consolidação e aperfeiçoamento do modelo de organização política das comunidades humanas que nos alvares do século XXI denominamos por

<sup>281</sup> Cfr. JORGE MIRANDA, *Manual de Direito Constitucional*, tomo III, p. 11.

<sup>282</sup> Cfr. *supra*, 1.6.5.

*Estado de Direito democrático e social*. Contudo, um procedimento histórico desta natureza é passível de desenvolvimento por modos diversos, dependendo das circunstâncias intrínsecas à cultura, em sentido antropológico, de cada povo e, neste sentido, a História política e constitucional demonstra que à excepção da *primavera dos povos*<sup>283</sup>, movimento generalizado de revoluções de impulso proletário ocorridas no ano de 1848 em vários Estados europeus, estes passaram pelas mais diversas vicissitudes no contexto de cada um dos processos político-constitucionais<sup>284</sup>.

Quando PETER HÄBERLE afirmou que “a comparação jurídica no espaço é de “outra” dimensão – correlativa do Direito comparado no tempo, isto é, da História – que nos permite “perseguir” os processos evolutivos; tempo e espaço são as duas dimensões correlativas, “irmãs”, que a compreensão histórico-evolutiva do Estado constitucional requer”, veio esclarecer a doutrina que, em conformidade com a sua metodologia, “os processos de desenvolvimento do Estado constitucional, em última análise, apenas são passíveis de entendimento se tomarmos em conta o espaço, actualmente a Europa ou até mesmo o mundo”<sup>285</sup>. Assim, consideramos essencial no contexto da presente investigação proceder à análise dos contributos nacionais mais significativos para o estudo das relações entre o poder político e o fenómeno cultural. Contudo, a abordagem comparatística será realizada exclusivamente em obediência a esse mesmo desiderato, o de analisar o contributo específico de cada ordenamento para a configuração do *Estado cultural* sem pretensões de elaborar um estudo descritivo de cada uma das experiências

---

<sup>283</sup> A expressão, originariamente em língua inglesa, *the springtime of peoples*, é de ERIC HOBSBAWM, *Age Of Revolution – 1789-1848*, New York, Vintage Books, 1996, v. g., p. 112.

<sup>284</sup> Cfr. *infra*.

<sup>285</sup> Cfr. PETER HÄBERLE, *El Estado Constitucional*, p. 59; cfr. ainda as considerações tecidas pelo autor sobre a necessidade de completar a análise no tempo das cláusulas constitucionais que tem por objecto matérias culturais com a interpretação comparada, isto é, no espaço, in *La protección constitucional y universal de los bienes culturales: un análisis comparativo*, trad. castelhana de Carlos Ruiz Miguel, in *Revista Española de Derecho Constitucional*, Madrid, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, año 18, n.º 54, 1998, p. 12.

constitucionais, e por maioria de razão administrativas, nesta matéria. Ao invés, privilegiaremos, na medida em que os ordenamentos jurídico-constitucionais respectivos assim o permitirem, a recolha, numa perspectiva *meramente panorâmica*, isto é, com carácter não exaustivo, circunscrita ao contributo específico de cada ordenamento para a construção do *Estado cultural* e preferencialmente àqueles ordenamentos que revelam maior conexão com a experiência portuguesa, os traços específicos sobre os seguintes aspectos: (i) o reconhecimento constitucional das liberdades de criação, transmissão, assimilação e participação culturais, (ii) os direitos e deveres de solidariedade no acesso das pessoas ao disfrute de bens e serviços culturais e (iii) o tratamento que a comunidade nacional está vinculada a dispensar ao seu próprio acervo cultural.

## **2.2. O contributo alemão: *der Kulturstaat und Hochschulreform***

A doutrina alemã foi, conforme verificamos inicialmente, o *berço*, a *incubadora* e o *centro de criopreservação das células estaminais* do *Kulturstaat*<sup>286</sup>. Com efeito, desde a elaboração do conceito por JOHANN G. FICHTE foi trilhado um percurso por outros autores do idealismo, entre os quais JOHANN K. BLUNTSCHLI e WILHELM VON HUMBOLDT que municiaram a fórmula dos argumentos adequados a superar a política educativa do iluminismo e a traçar a, reivindicada pela classe burguesa, *linha*

---

<sup>286</sup> Sobre a experiência constitucional alemã, cfr. selectivamente, CARL SCHMITT, *Teoría de la Constitución*, PETER HÄBERLE, *El Estado Constitucional*, ERNST BENDA, WERNER MAIHOFER, HANS-JOCHEN VOGEL, KONRAD HESSE e WOLFGANG HEYDE (org.), *Manual de Derecho Constitucional*, trad. castelhana de Antonio López de Pina, Madrid, I.V.A.P. – Instituto Vasco de Administración Pública / Marcial Pons, 1996, MAURICE DUVERGER, *Os Grandes Sistemas Políticos*, p. 255 e ss., A. MARQUES GUEDES, *Ideologias e sistemas políticos*, p. 275 e ss., JORGE MIRANDA, *Manual de Direito Constitucional*, tomo I, p. 181 e ss., J. BACELAR GOUVEIA, *Manual de Direito Constitucional*, vol. I, p. 377 e ss., e J. REIS NOVAIS, *Contributo para uma Teoria do Estado de Direito*, p. 150 e ss.

*maginot* entre Estado e Sociedade Civil<sup>287</sup>. Quanto a este último autor, além do legado em sede de produção científica, ainda se distinguiu pelas funções públicas que desempenhou nos Serviços de Educação do Ministério do Interior da Prússia, no exercício das quais empreendeu uma ousada *reforma* da política de ensino prussiana do seu tempo e, em especial, a histórica *reforma* da Universidade<sup>288</sup>, a ponto de ainda hoje ser corrente na doutrina a expressão *modelo humboldtiano de Universidade* para identificar os estabelecimentos de ensino superior que associam a investigação ao ensino<sup>289</sup>. Neste contexto, importa destacar dois aspectos: (i) “o ensino baseava-se numa premissa clara e simples: a base da verdade para o ensino das Faculdades deverá ser a pesquisa científica”<sup>290</sup>, (ii) do ponto de vista organizatório, a Universidade estruturava-se por cátedras, isto é, “para cada disciplina científica haveria um líder intelectual autónomo e responsável tanto pela gestão dos processos administrativos como pela gestão académica dos conteúdos curriculares”<sup>291</sup>. A diferença específica do modelo de *Universidade humboldtiana* reside, na síntese de BOAVENTURA DE SOUSA SANTOS e NAOMAR DE ALMEIDA FILHO, “no modo que a Universidade encontrou para trazer para dentro de si quase que um mandato institucional e político sobre a produção da ciência”<sup>292</sup>, na medida em que, com WILHELM VON HUMBOLDT, “a investigação se afirmou como eixo de integração do ensino superior e

---

<sup>287</sup> Cfr. *supra*, 1.3.

<sup>288</sup> Cfr. FRANCISCO SOSA WAGNER, *El mito de la autonomía universitaria*, p. 58 e ss., e MARCELA AHUMADA CANABES, *La libertad de investigación científica – Fundamentos filosóficos y configuración constitucional*, p. 114 e ss. Sobre o teor do *Relatório Humboldt*, cfr. BOAVENTURA DE SOUSA SANTOS e NAOMAR DE ALMEIDA FILHO, *A Universidade no Século XXI: Para uma Universidade Nova*, Coimbra, Livraria Almedina / Centro de Estudos Sociais, 2008, p. 88.

<sup>289</sup> Sobre este assunto, cfr. a síntese elaborada por JOAQUIN ABELLAN GARCIA, *El pensamiento político de Guillermo von Humboldt*, p. 215 e ss., MARCELA AHUMADA CANABES, *ibidem*, e ainda COMISSÃO DAS COMUNIDADES EUROPEIAS, *O papel das universidades na Europa do conhecimento*, Bruxelas, 2003, disponível na internet em <http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=COM:2003:0058:FIN:pt:pdf>.

<sup>290</sup> Cfr. BOAVENTURA DE SOUSA SANTOS e NAOMAR DE ALMEIDA FILHO, *A Universidade no Século XXI*, p. 88.

<sup>291</sup> Cfr. BOAVENTURA DE SOUSA SANTOS e NAOMAR DE ALMEIDA FILHO, *ibidem*.

<sup>292</sup> Cfr. BOAVENTURA DE SOUSA SANTOS e NAOMAR DE ALMEIDA FILHO, *idem*, p. 89.

o credenciamento sobre o que pode ou não ser ensinado nas Universidades passou a ser definido pela produção científica”<sup>293</sup>. O fundamento teórico desta nova atitude residiu, do ponto de vista antropológico, na ideia segundo a qual “o desenvolvimento e auto-perfeioamento do homem passariam pela *ciência*, tida como actividade incondicionada de procura livre e desinteressada de conhecimentos”<sup>294</sup> e, do ponto de vista organizatório, passou a ser orientada em função do valor da liberdade científica “e não enquanto mero serviço de instrução destinado a ministrar os conhecimentos necessários ao exercício de uma futura profissão, submetida a rigorosas formas de intervenção por parte do Estado interessado em formar dentro de determinados parâmetros, uma elite de futuros dirigentes e funcionários superiores”<sup>295</sup>. A concepção agora descrita de Universidade vingou nos Estados do Norte da Europa a partir do Século XIX<sup>296</sup> e só após a II Guerra Mundial *chegou* à Europa meridional<sup>297</sup>.

O conceito de *Kulturstaat* permaneceu nos anais da doutrina até ao seu desentranhamento por ERNST RUDOLF HUBER, em meados do século XX<sup>298</sup>, e sobretudo aos estudos que nesta área foram lavrados desde então pela dedicada *pena* de PETER HÄBERLE<sup>299</sup>. A este último a comunidade científica é devedora, em primeiro lugar, (i) do alerta que suscitou com vista à necessidade de realizar uma abordagem antropocêntrica dos aspectos culturais insertos nos textos constitucionais quando

---

<sup>293</sup> Cfr. BOAVENTURA DE SOUSA SANTOS e NAOMAR DE ALMEIDA FILHO, *ibidem*.

<sup>294</sup> Cfr. LUÍS PEDRO PEREIRA COUTINHO, *As faculdades normativas universitárias no quadro do direito fundamental à autonomia universitária – O caso das Universidades públicas*, Coimbra, Livraria Almedina, 2004, p. 48.

<sup>295</sup> Cfr. L. PEREIRA COUTINHO, *ibidem*.

<sup>296</sup> Cfr. BOAVENTURA DE SOUSA SANTOS e NAOMAR DE ALMEIDA FILHO, *ibidem*, e FRANCISCO SOSA WAGNER, *El mito de la autonomía universitaria*, p. 61.

<sup>297</sup> Cfr. L. PEREIRA COUTINHO, *As faculdades normativas universitárias no quadro do direito fundamental à autonomia universitária*, p. 54 e ss.

<sup>298</sup> Cfr. *supra*, 1.6.

<sup>299</sup> Cfr., selectivamente, PETER HÄBERLE, *Teoría de la Constitución como ciencia de la cultura; La Constitución como cultura; El Estado Constitucional e Cultura dei diritti e diritto della cultura nello spazio costituzionale europeo*; cfr. a síntese da experiência germânica elaborada por BEATRIZ GONZÁLEZ, *Estado de cultura, derechos culturales y libertad religiosa*, p. 41 e ss.



afirmou que “a protecção (nacional) dos bens culturais começa a converter-se num elemento essencial do Estado constitucional. Sem dúvida que as configurações jurídico-constitucionais mostram uma grande pluralidade [de cláusulas neste sentido]: desde o preâmbulo, passando pelos direitos fundamentais, pelos deveres fundamentais, pelo mandato constitucional, pelo dever de protecção do Estado, até às tarefas ou simples competências do Estado mas [sem deixar de salientar que] é pouco frequente a inclusão da protecção dos bens culturais numa cláusula geral no contexto das liberdades culturais e dos direitos de participação”<sup>300</sup> e, posteriormente, (ii) do impulso *globalizador* conferido ao estudo destes assuntos que difundiu pelos Estados ibéricos e ibero-americanos e pelas novas democracias da Europa de Leste.

Quanto ao ordenamento jurídico-constitucional, a *Gundgesetz* não consagra princípio genérico algum de *Estado Cultural* mas, no âmbito desta matéria e numa descrição em traços gerais, reconhece (i) direitos fundamentais em matéria cultural, como são as liberdades de criação artística e científica, de investigação e de ensino, impondo no entanto a esta última o limite expresso da fidelidade à Constituição<sup>301</sup> e ainda a liberdade de instituir estabelecimentos de ensino privados<sup>302</sup>, reconhece também o (ii) direito dos pais à educação dos filhos mas acompanhado do correlativo dever que qualifica como “obrigação primordial” dos progenitores<sup>303</sup>, consagra (iii) o princípio da subsidiariedade da competência da Federação perante as instituições europeias quando estiver em causa legislação da competência dos *Land* em matéria que tenha por objecto

---

<sup>300</sup> Cfr. PETER HABERLE, *La protección constitucional y universal de los bienes culturales: un análisis comparativo*, trad. castelhana de Carlos Ruiz Miguel, in *Revista Española de Derecho Constitucional*, Madrid, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, año 18, n.º 54, 1998, p. 23.

<sup>301</sup> Cfr. artigo 5.º, n.º 3, da *Gundgesetz*.; aliás segundo KLAUS STERN, “ao nível da Constituição Federal, o ponto cardeal das declarações constitucionais em matéria de cultura está nos direitos fundamentais”, *Los valores culturales en el Derecho Constitucional alemán*, p. 569.

<sup>302</sup> Cfr. artigo 7.º, n.º 4, da *Gundgesetz*.

<sup>303</sup> Cfr. artigo 6.º, n.º 2, da *Gundgesetz*.

educação, cultura ou radiodifusão<sup>304</sup>, estabelece (iv) uma reserva de competência legislativa dos órgãos da Federação sobre a protecção do património cultural alemão contra a evasão para o estrangeiro<sup>305</sup> e incumbe a Federação, em cooperação com os *Land*, de (v) fomentar a investigação científica universitária e extra-universitária<sup>306</sup>.

A cláusula referente ao *Estado de cultura* apenas logrou acolhimento jurídico-positivo expresso na *Constituição do Land da Baviera*, de 1946, cujo artigo 3.º dispõe expressamente que “a Baviera é um Estado de Direito de Cultura e social que serve o bem comum”<sup>307</sup>, pese embora o Tribunal Constitucional Federal aceite que o artigo 5.º, n.º 3, da *Gundgesetz*, que consagra as liberdades de arte, ciência, investigação e ensino, contém uma *cláusula de Estado de cultura implícita*<sup>308</sup>. A cláusula do *Estado de cultura* viria, no entanto, a lograr novamente positividade expressa no *Tratado de Reunificação Alemã*, neste caso, expressamente enunciada como *causa-função* de celebração do *Tratado* na medida em que, segundo as palavras dos próprios plenipotenciários, “durante os anos de divisão, artes e cultura (...) constituíram a base da unidade contínua da nação alemã”<sup>309</sup> e, em certa medida, da reminiscência do ambicionado e histórico ideal teutónico da *Mitteleuropa*.

---

<sup>304</sup> Cfr. artigo 23.º, n.º 6, da *Gundgesetz*.

<sup>305</sup> Cfr. artigo 73.º, n.º 5, da *Gundgesetz*.

<sup>306</sup> Cfr. artigo 91.ºb, n.º 1, da *Gundgesetz*; sobre as cláusulas constitucionais mencionadas no texto, cfr., no plano doutrinário, PETER HÄBERLE, *El Estado Constitucional*, p. 169 e ss., e KLAUS STERN, *Los valores culturales en el Derecho Constitucional alemán*, p. 569 e ss.

<sup>307</sup> Cfr. artigo 3.º, n.º 1, da *Bayerische Verfassung*, disponível na internet em [www.bayern.landtag.de/de/196.php](http://www.bayern.landtag.de/de/196.php); sobre esta cláusula constitucional, cfr., no plano doutrinário, PETER HÄBERLE, *Teoría de la Constitución como ciencia de la cultura*, p. 29, e *La Constitución como cultura*, p. 190, KLAUS STERN, *idem*, p. 563 (para uma listagem de outras referências à cláusula de Estado cultural no Direito interno alemão, cfr. *idem*, p. 568), e JAVIER TAJADURA, *La Constitución Cultural*, p. 104.

<sup>308</sup> Acórdão do Tribunal Constitucional Federal alemão *BVerfGE 36, 321*, disponível na internet em [www.servat.unibe.ch/dfr/bv036321.html](http://www.servat.unibe.ch/dfr/bv036321.html); contudo a relevância prática de “uma cláusula sobre o Estado cultural deduzida da Constituição”, segundo KLAUS STERN, “se bem que identificada de modo engenhoso, não logra produzir algum efeito constitucional a não ser permitir conclusões visionárias sobre presumidas lacunas jurídico-culturais”, *idem*, p. 566.

<sup>309</sup> Cfr. artigo 35.º, n.º 1, do *Vertrag zwischen der Bundesrepublik Deutschland und der Deutschen Demokratischen Republik über die Herstellung der Einheit Deutschlands*, disponível na internet em [www.gesetze-im-internet.de/einigtvtr](http://www.gesetze-im-internet.de/einigtvtr); sobre esta questão, cfr. KLAUS STERN, *idem*, p. 563.

### **2.3. O contributo italiano: *la Costituzione culturale ed i beni culturali***

Apesar da *Università di Bologna* ser a mais antiga do mundo em actividade continuada e, nesse sentido, haver contribuído significativamente para a custódia da arte e da ciência no Ocidente durante a Idade Média<sup>310</sup>, não obstante Itália ser a pátria do *Humanismo* e do *Renascimento*<sup>311</sup>, sem embargo de Itália ser seguramente o Estado da Europa, e provavelmente de todo o planeta, que reúne no seu território o maior acervo de bens culturais materiais, conhecidos e como tal reconhecidos<sup>312</sup>, apenas no início da década de sessenta do século XX a comunidade científica começou a demonstrar sensibilidade para a análise jurídico-política do fenómeno *cultural*<sup>313</sup>. A escassa coincidência de conteúdos científicos e de métodos de trabalho sobre o assunto entre ambas as escolas, a começar pela contestação transalpina da bondade do enunciado

---

<sup>310</sup> Sobre a génese e afirmação das Universidades europeias, cfr. uma visão sumária do assunto em SABINO CASSESE, *L'Università e le istituzioni autonome nello sviluppo politico dell'Europa*, in *Rivista Trimestrale di Diritto Pubblico*, Milano, Giuffrè Editore, 1990, n.º 3, p. 755 e ss., FRANCISCO SOSA WAGNER, *El mito de la autonomía universitaria*, p. 17 e ss., e MARCELO REBELO DE SOUSA que identifica “dois grandes grupos” de Universidades quanto à sua estrutura interna: (i) “o da Escola essencialmente jurídica de *Bologna*, de marcado cunho estudantil, cabendo aos discentes a elaboração dos estatutos, a designação dos reitores, conselheiros, bedéis e até professores” e (ii) “o da Escola Teológica de Paris com o poder concentrado em responsáveis da escolha dos mestres e designação formal das hierarquias da Igreja e, mais tarde, escolhidos por cooptação ou por contratação dos Municípios tutelares” (sobre a evolução da Universidade de Paris, cfr. *infra*, 2.4), *A natureza jurídica da Universidade no Direito português*, p. 16/17.

<sup>311</sup> Cfr. JEAN BÉRENGER, PHILIPPE CONTAMINE, YVES DURAND e FRANCIS RAPP, *História Geral da Europa*, vol. II, p. 159 e ss.

<sup>312</sup> Uma resenha histórica da legislação italiana sobre *bens culturais* pode ser consultada em MASSIMO SEVERO GIANNINI, *I beni culturali*, in *Rivista Trimestrale di Diritto Pubblico*, Milano, Giuffrè Editore, 1976, n.º 1, p. 3 e ss.

<sup>313</sup> Sobre a experiência constitucional italiana, cfr. selectivamente, ALJS VIGNUDELLI, *Diritto costituzionale*, Torino, G. Giappichelli Editore, 2010, ALESSANDRO PIZZORUSSO, *Lezioni di Diritto Costituzionale*, TEMISTOCLE MARTINES, *Diritto Costituzionale*, Milano, Giuffrè Editore, 1994, MAURICE DUVERGER, *Os Grandes Sistemas Políticos*, p. 262 e ss., LIVIO PALADIN, *Diritto Regionale*, ENRICO SPAGNA MUSSO, *Corso de Diritto Regionale*, GUIDO MEALE, *Pincipi di Diritto Regionale*, A. MARQUES GUEDES, *Ideologias e sistemas políticos*, p. 293 e ss., JORGE MIRANDA, *Manual de Direito Constitucional*, tomo I, p. 191/192, J. BACELAR GOUVEIA, *Manual de Direito Constitucional*, vol. I, p. 374 e ss., e J. REIS NOVAIS, *Contributo para uma Teoria do Estado de Direito*, p. 132 e ss.

linguístico germanófilo *Estado de cultura*<sup>314</sup>, não invalida que a doutrina italiana somente haja despontado para a exploração deste novo filão temático após o estímulo provocado pela recepção das concepções doutrinárias acerca do *Kulturstaat* que a juspublicística alemã havia recuperado num passado ainda recente.

Quanto ao disposto na *Costituzione Italiana de 1947*, consagra, em sede de princípios fundamentais, uma norma de natureza programática<sup>315</sup> que dispõe o seguinte: “a República promove o desenvolvimento da cultura e a investigação científica e tecnológica. Tutela a paisagem e o património histórico e artístico da Nação”<sup>316</sup>. Além deste princípio, o mesmo texto constitucional consagra, como direitos fundamentais dos cidadãos italianos, as liberdades de criação artística e científica, de ensino<sup>317</sup> e de criação de escolas particulares<sup>318</sup> e ainda um direito-dever dos cidadãos italianos frequentarem um período de oito anos de ensino, denominado de primeiro grau, assegurando-lhes a correlativa gratuidade do mesmo<sup>319</sup>. Considerando o assunto na perspectiva do poder político, o Estado está incumbido de instituir escolas públicas para todos os níveis e graus de ensino<sup>320</sup> e de prestar apoio aos alunos carentes de meios económicos, desde que competentes e aplicados, no acesso a todos os graus de ensino<sup>321</sup>. Segundo o entendimento doutrinário, “o objecto do conceito de educação”<sup>322</sup> não se circunscreve à criação e funcionamento de escolas (...) mas também ao ensino prestado por qualquer forma, aos seus conteúdos e métodos e, em particular, à

---

<sup>314</sup> Cfr. *supra*, 1.6.2.

<sup>315</sup> Quanto à qualificação do artigo 9.º da *Costituzione Italiana* como norma programática, cfr. FABIO MERUSI, *Commento sull'articolo 9.º*, p. 434.

<sup>316</sup> Cfr. artigo 9.º da *Costituzione Italiana*.

<sup>317</sup> Cfr. artigo 33.º, § 1, da *Costituzione Italiana*.

<sup>318</sup> Cfr. artigo 33.º, § 2, *in fine*, da *Costituzione Italiana*.

<sup>319</sup> Cfr. artigo 34.º, § 1, da *Costituzione Italiana*.

<sup>320</sup> Cfr. artigo 33.º, § 2, *ab initio*, da *Costituzione Italiana*.

<sup>321</sup> Cfr. artigo 34.º, § 2 e 3, da *Costituzione Italiana*.

<sup>322</sup> Consagrado nos termos do artigo 33.º, § 2, *ab initio*.

atividade de promoção da cultura e da investigação científica e tecnológica, mencionadas no artigo 9.º da *Constituição*<sup>323</sup>.

O núcleo de preceitos agora enunciado motivou no espírito de ALESSANDRO PIZZORUSSO a elaboração do conceito de *Costituzione culturale*<sup>324</sup>, que consistiu numa tentativa de apresentar um contributo doutrinário de natureza mais personalista que o conceito teutónico de *Kulturstaat*, e que o autor identifica como um “conjunto de disposições (...) vocacionadas para assegurar uma protecção básica à vida humana considerada como um valor em si mesmo, à margem do uso que possa ser feito dos recursos humanos para fins políticos ou económicos. Assim, se dá início a uma nova dimensão das garantias constitucionais cujo núcleo essencial consiste na protecção da liberdade pessoal e dos demais direitos fundamentais e que se manifesta principalmente, antes de mais, num conjunto de regras gerais destinadas a criar situação ambiental que facilite o mais possível o exercício das liberdades individuais”<sup>325</sup>.

Se o idealismo alemão colocara a *cultura* no centro da luta política como um dos estandartes da *barricada* da Sociedade Civil na resistência contra o Estado<sup>326</sup>, superado o enquadramento jurídico-político das monarquias dualistas<sup>327</sup> a *cultura* haveria de

---

<sup>323</sup> Neste sentido, ALBERTO MURA que fundamenta a sua posição com recurso ao elemento histórico de interpretação, i. é, aos trabalhos da Assembleia Constituinte pois recorda que “não obstante, no texto final, o artigo 9.º estar colocado sistematicamente no âmbito dos princípios fundamentais da Constituição, originariamente foi debatido e votado conjuntamente com os artigos 33.º e 34.º, metodologia que correspondia a um desenho racional da Constituinte: feita a declaração solene mediante a qual se estabelecia inequivocamente que “não existe nem arte nem ciência oficial do Estado”, prosseguia com a determinação das competências dos poderes públicos nestas matérias estreitamente conexas mas todavia distintas, a escola, o património histórico e científico e a investigação científica, desenho que viria a ser alterado de modo um tanto ou quanto arbitrário pela comissão de redacção”, *Scuola, cultura e ricerca scientifica*, in GIULIANO AMATO e AUGUSTO BARBERA (org.), *Manuale di diritto pubblico*, Bologna, Il Mulino, 1986, p. 888; sobre este assunto, cfr. ainda STEFANO MERLINI, *La Promozione della Cultura e della Scienza nella Costituzione Italiana*, 392 e ss.

<sup>324</sup> Cfr. ALESSANDRO PIZZORUSSO, *Lezione di Diritto Costituzionale*, p. 180 e ss., e *infra*, II, 2.

<sup>325</sup> Cfr. ALESSANDRO PIZZORUSSO, *idem*, p. 180.

<sup>326</sup> Cfr. *supra*, 1.3. e 2.2.

<sup>327</sup> A monarquia *dualista* ou *limitada* é a forma de governo em que o monarca *generosamente* abdica de uma parcela do seu poder absoluto a favor do parlamento, representante da Sociedade Civil, mediante a outorga de uma *Carta Constitucional*, permitindo assim a convivência de órgãos legitimados por fonte diversa, monárquica e popular, no exercício do poder, embora com primazia da primeira sobre a segunda;

lograr tratamento pela juspublicística em dimensão mais conforme a sua importância no sistema político-constitucional. Assim, com os trabalhos de ALESSANDRO PIZZORUSSO, a *cultura* obteve as insígnias de dimensão estruturante do ordenamento jurídico como o atesta a relevância conferida pelo autor aos direitos fundamentais em matéria cultural e à vinculação do Estado, e das demais entidades públicas, à tarefa de proporcionar à pessoa humana o ambiente adequado ao exercício dos mesmos.

Outro contributo significativo da doutrina italiana para o Direito da cultura, com expressão que também adquiriu *foros de cidade* na comunidade científica, respeita à definição do conceito de *bem cultural*, que substituiu na enciclopédia jurídica o clássico enunciado “coisa de interesse histórico e artístico”<sup>328</sup>, e à respectiva classificação, resultante do labor da *Commissione d'indagine per la tutela e la valorizzazione del patrimonio storico, archeologico, artistico e del paesaggio*<sup>329</sup>. O conceito de *bem cultural* foi definido pela também denominada *Commissione Franceschini*, através de um conceito jurídico indeterminado<sup>330</sup>, como os bens “que testemunham a História da civilização”<sup>331</sup>, nos quais MASSIMO SEVERO GIANNINI integra “as obras literárias,

---

sobre este conceito, cfr., selectivamente, J. MARNOCO E SOUZA, *Direito Político*, p. 293 e ss., JORGE MIRANDA, *Manual de Direito Constitucional*, tomo I, p. 119/180, J. SÉRVULO CORREIA, *Legalidade e autonomia contratual nos contratos administrativos*, p. 77 e ss., e MANUEL AFONSO VAZ, *Lei e reserva da lei – A causa da lei na Constituição portuguesa de 1976*, Porto, Universidade Católica Portuguesa, 1996, p. 113 e ss.

<sup>328</sup> Neste sentido, BRUNO CAVALLO, *La nozione di bene culturale tra mito e realtà: rilettura critica della prima dichiarazione della Commissione Franceschini*, in *Scritti in onore di Massimo Severo Giannini*, vol. II, Milano, Giuffrè Editore, 1998, p. 113.

<sup>329</sup> A título histórico, recordamos que a comissão foi nomeada em 1964 pelo então Ministro da Educação LUIGI GUI (cfr. Lei n.º 310, 26 de Abril de 1964, *cit.* por MASSIMO SEVERO GIANNINI, *I beni culturali*, p. 5) manteve-se em funções até 1967, sempre sob a presidência de FRANCESCO FRANCESCHINI, no seu elenco integrava, entre outros, um grande nome da ciência do Direito, MASSIMO SEVERO GIANNINI, e os trabalhos culminaram com a publicação das respectivas actas, sob a denominação *Per la salvezza dei beni culturali in Italia*, que constituem ainda, actualmente, a *monografia* por excelência em matéria sobre bens culturais no contexto da enciclopédia jurídica (cfr. COMISSÃO FRANCESCHINI, *Per la salvezza dei beni culturali in Italia*, Roma, Colombo 1967, *cit.* por MASSIMO SEVERO GIANNINI, *ibidem.*)

<sup>330</sup> A qualificação é de MASSIMO SEVERO GIANNINI, *idem*, p. 8.

<sup>331</sup> Cfr. MASSIMO SEVERO GIANNINI, *idem*, p. 6, e VINCENZO CERULLI IRELLI, *Beni culturali, diritti collettivi e proprietà pubblica*, in *Scritti in onore di Massimo Severo Giannini*, vol. I, Milano, Giuffrè Editore, 1998, p. 138.

musicais, os espectáculos e as invenções”<sup>332</sup> e cujo *signal distinctivo* reside no “valor que lhes é intrínseco, que é sempre um valor humano, valor de civilização, no qual se exprime o modo de pensar, sentir e viver dos grupos sociais no tempo e no espaço”<sup>333</sup>.

#### 2.4. O contributo francês: *le mécénat et l'Université impériale*

O Estado francês<sup>334</sup>, em matéria de relacionamento entre o poder político e o fenómeno cultural, paradoxalmente, é o comprovativo da *velha máxima* proferida pelo alemão OTTO MAYER segundo a qual “o Direito Constitucional passa, o Direito Administrativo fica”<sup>335</sup>. Com efeito, os textos constitucionais franceses revelaram-se tardios no acolhimento da matéria cultural, no sentido que aqui cuidamos, isto é, de *cultivar o espírito*. A retrospectiva pela experiência constitucional francesa, mencionada com alguma frequência a propósito da análise da evolução histórica das relações entre o poder político e as actividades culturais<sup>336</sup>, permitiu verificar que as Constituições aprovadas durante o ciclo revolucionário começaram por consagrar o vocábulo *cultura* no sentido de cultivar a terra que coincidia com o primitivo significado do conceito<sup>337</sup>. Acresce a este aspecto histórico a circunstância dos franceses privilegiarem a técnica da

---

<sup>332</sup> Cfr. MASSIMO SEVERO GIANNINI, *ibidem*.

<sup>333</sup> Cfr. VINCENZO CERULLI IRELLI, *Beni culturali, diritti collettivi e proprietà pubblica*, p. 138/139.

<sup>334</sup> Sobre a experiência constitucional francesa, cfr. selectivamente, LEÓN DUGUIT, *Manual de Derecho Constitucional*, MAURICE DUVERGER, *Os Grandes Sistemas Políticos*, p. 268 e ss., BERNARD CHANTEBOUT, *Droit constitutionnel et science politique*, Paris, Armand Colin, 1998, JEAN RIVERO, *Les libertés publiques*, vol. 1, *Les droits de l'homme*, Collection Themis, Paris, Press Universitaires de France, 1987, e *Les libertés publiques*, vol. 2, A. MARQUES GUEDES, *Ideologias e sistemas políticos*, p. 159 e ss., MARCELLO CAETANO, *Manual de Ciência Política e Direito Constitucional*, p. 92 e ss., JORGE MIRANDA, *Manual de Direito Constitucional*, tomo I, p. 156 e ss., J. BACELAR GOUVEIA, *Manual de Direito Constitucional*, vol. I, p. 302 e ss., e HORST DIPPEL, *História do Constitucionalismo Moderno*, p. 79 e ss.

<sup>335</sup> Cfr. OTTO MAYER, *Deutschen Verwaltungsrecht*, vol. I, Berlin, Duncker und Humblot Verlag, 1924, prefácio; a afirmação foi proferida pelo autor no contexto das transições constitucionais ocorridas na Alemanha no início do Século XX, no entanto, não ignoramos que, na presente conjuntura, o Direito Administrativo tem sido objecto de significativas metamorfoses, cfr., por todos, J. J. GOMES CANOTILHO, *O Direito Constitucional passa e o Direito Administrativo passa também*.

<sup>336</sup> Cfr. *supra*, 1.2. a 1.6.

<sup>337</sup> Cfr. *supra*, Introdução, 1.2.

consagração dos direitos fundamentais em *Declarações*, isto é, em textos distintos daqueles que regulam a restante matéria constitucional, *maxime* organização do poder político, como expediente adequado a afirmar a pré-existência dos *direitos civis e políticos* na esfera jurídica pessoal “como modelo para toda a humanidade” e, conseqüentemente, também a sua natureza *inata* ao próprio poder constituinte<sup>338</sup>. A técnica jurídica em apreço contribuiu decisivamente para criar e estabilizar na *praxis* política e administrativa uma atitude de respeito pelos direitos fundamentais, nomeadamente devido às sucessivas rupturas na ordem constitucional<sup>339</sup> em sede de organização do poder político ocorridas em França desde o inesquecível dia 14 de Julho de 1789, data da *tomada da Bastilha*, e que apenas foram apaziguadas com o início da V República por *obra e graça* do carisma de CHARLES DE GAULLE.

Assim, no âmbito do tema *ad probandum*, o texto da *Déclaration de Droits de l’Homme et du Citoyen* limita-se a consagrar as liberdades de expressão e de imprensa<sup>340</sup>, enquanto o preâmbulo da *Constituição de 1946*, que conferiu estatuto jurídico à IV República, consagrou o dever de “a Nação garantir a igualdade de acesso das crianças e adultos à educação, à formação profissional e à cultura”<sup>341</sup>, estabelecendo ainda que “a organização do ensino público, gratuito e laico em todos os níveis é um dever do Estado”<sup>342</sup>. Ambas as disposições estão em vigor por força do disposto no artigo preambular da *Constituição de 1958*, que *fundou* a V República, e a este núcleo se circunscreve a *Constituição cultural* francesa. Deste modo, em França, as actividades e o património cultural são regulados predominantemente pelo Direito administrativo *et pour cause* a doutrina associa frequentemente o estudo das *liberdades públicas* à

<sup>338</sup> Cfr. GREGORIO PECES-BARBA, RAFAEL DE ASÍS e M.<sup>a</sup> DEL CARMEN BARRANCO, *Lecciones de Derechos fundamentales*, p. 102.

<sup>339</sup> Sobre o significado deste conceito, cfr. *supra*, 1.6.1.

<sup>340</sup> Cfr. artigo 11.º da *Déclaration de Droits de l’Homme et du Citoyen*.

<sup>341</sup> Cfr. § 13.º, 1.ª parte, do *Préambule de la Constitution du 27 octobre 1946*.

<sup>342</sup> Cfr. *ibidem*, 2.ª parte.



abordagem dos serviços públicos culturais<sup>343</sup>. Ainda quanto ao tratamento doutrinário da matéria é notória a tendência dos autores para a abordagem em separado, quer em sede de estudos monográficos, quer em sede de manuais, por um lado, das liberdades de criação artística e científica e da protecção do património cultural<sup>344</sup> e, por outro lado, da liberdade de ensino<sup>345</sup>, ignorando portanto, em regra, a relação e, em certa medida a sequência, que consideramos pressuposta entre as várias liberdades insertas nos procedimentos de criação, transmissão, assimilação e participação culturais.

Analisada a experiência gaulesa, numa tentativa de identificar o respectivo contributo para a construção do *Estado cultural*, quanto à questão das liberdades de criação cultural, importa referir a grande tradição existente no que concerne ao mecenato cultural, cuja expressão inicial remonta aos tempos áureos do reinado de LOUIS XIV<sup>346</sup> e que, à época, não assumia, pela natureza do regime político, o *intuitu personnae* de assegurar a subsistência material aos artistas plásticos e homens de letras mas, pelo contrário, o *intuitu materiae* de assegurar aos soberanos a produção das obras artísticas e literárias que corporizavam o seu centro de interesses, o denominado mecenato real privado<sup>347</sup>, ou “de favorecer o desenvolvimento da cultura nacional em sentido humanista”, o mecenato real público<sup>348</sup>. O *status* descrito foi naturalmente invertido com o triunfo do liberalismo quando a possibilidade de intervenção do Estado passou a estar circunscrita à condição de cliente dos artistas ou escritores e à

---

<sup>343</sup> Cfr., selectivamente, ANDRÉ-HUBERT MESNARD, *L'action culturelle des pouvoirs publics e Droit et politique de la culture*, ALAIN RIOU, *Le Droit de la Cultura et le droit à la culture*, Paris, ESF Éditeur, 1996, RÉMI CARON, *L'État et la Culture*, Paris, Economica, 1989, JEAN RIVERO, *Les libertés publiques*, vol.s 1 e 2, e ANDRÉ DE LAUBADÈRE e JEAN-CLAUDE VENEZIA, *Traité de Droit administratif*, tome III.

<sup>344</sup> Abordam preferencialmente esta matéria, v. g., ANDRÉ-HUBERT MESNARD, *idem*, ALAIN RIOU, *idem*, e RÉMI CARON, *idem*.

<sup>345</sup> A matéria é analisada com detalhe, conforme mencionado, v. g., por JEAN RIVERO, *Les libertés publiques*, vol. 2, p. 316 e ss., ANDRÉ DE LAUBADÈRE e JEAN-CLAUDE VENEZIA, *Traité de Droit administratif*, tome III, 309 e ss. e ANTONIO EMBID IRUJO, *Las libertades en la enseñanza*, p. 23 e ss.

<sup>346</sup> Cfr. ANDRÉ-HUBERT MESNARD, *L'action culturelle des pouvoirs publics*, p. 35.

<sup>347</sup> Cfr. ANDRÉ-HUBERT MESNARD, *idem*, p. 39 e ss.

<sup>348</sup> Cfr. ANDRÉ-HUBERT MESNARD, *idem*, p. 42/43.

possibilidade de atribuição de prémios para incentivo de iniciativas individuais<sup>349</sup>. A orientação seria necessariamente revista com o trânsito para o Estado social, que estará mais vocacionado para uma política de “encorajamento dos agentes culturais e da economia da cultura”<sup>350</sup>, numa perspectiva, em primeiro lugar, (i) de auxílio às indústrias culturais através de mecanismos jurídicos de (α) *apoio regulador* (v. g., regulação da concorrência, fixação de preços de bens e serviços culturais), (β) *fiscal* (redução dos encargos tributários na comercialização de bens e serviços culturais, v. g., da taxa do TVA) e ainda (γ) *financeiro* (v. g. apoio à difusão através dos serviços públicos de rádio e televisão)<sup>351</sup>. O Estado social recuperou ainda, por outro lado, a tradição mecenática francesa (ii) de apoio individual à criação e aos agentes criadores culturais através do (α) *incentivo à formação artística*, nomeadamente literária e plástica, de (β) emissão de ordens de compra de bens e serviços culturais para efeitos de *estabilização do mercado*, da (γ) protecção legal dos *direitos de autor e direitos conexos*<sup>352</sup> e da (δ) consagração de *regimes específicos* em matéria *de trabalho e de segurança social*<sup>353</sup>.

Quanto ao domínio da educação, se a experiência alemã revelou o modelo *humboldtiano* de Universidade que abriu novos horizontes no âmbito da política de ensino mediante a atribuição de um carácter utilitarista a este<sup>354</sup>, a experiência francesa, após a conjuntura revolucionária na qual se inseriu a *questão escolar*, que conduziu à destruição de boa parte do *tecido educativo* existente no território francês por motivo dos estabelecimentos serem da titularidade da Igreja Católica, à qual a *Revolução*

---

<sup>349</sup> Cfr. ANDRÉ-HUBERT MESNARD, *idem*, p. 106 e ss.

<sup>350</sup> A expressão é de ANDRÉ-HUBERT MESNARD, *Droit et politique de la culture*, p. 361.

<sup>351</sup> Cfr. ANDRÉ-HUBERT MESNARD, *idem*, p. 361 e ss., e, quanto ao último aspecto citado no texto, RÉMI CARON, *L'État et la culture*, p. 66 e ss.

<sup>352</sup> Cfr. ANDRÉ-HUBERT MESNARD, *idem*, p. 377 e ss., e RÉMI CARON, *idem*, p. 49 e ss.

<sup>353</sup> Cfr. RÉMI CARON, *idem*, p. 49/50.

<sup>354</sup> Cfr. *supra*, 2.2.

desejava retirar influência junto da Sociedade Civil<sup>355</sup>, acabaria por proporcionar a gestação de um modelo organizatório de Universidade até então desconhecido na Europa. Seria o *cabo de guerra* NAPOLEÃO BONAPARTE a “recriar a Universidade em França, numa complexa simbiose, que influenciaria boa parte da Europa continental, entre a herança do Antigo Regime e as promessas da Revolução”<sup>356</sup>. A denominada *Universidade imperial*<sup>357</sup> apresentava-se como “unitária, centralizada, profissionalizante e monopolisticamente pública na linha da Revolução, dotada de um corpo docente composto por funcionários públicos e formada por Faculdades, e estas por cátedras, como sucedera antes da Revolução. Toda ela dependente do *Grand Maître*, escolhido pelo Imperador e com as suas autonomias jurisdicional, administrativa e financeira tolhidas”<sup>358</sup>. Se WILHELM VON HUMBOLDT contribuiu para a renovação do conteúdo do ensino superior e da investigação científica<sup>359</sup>, NAPOLEÃO BONAPARTE contribuiu para a formação de um novo tipo de estabelecimento de ensino de organograma fortemente centralizado e hierarquizado<sup>360</sup>, estruturalmente

---

<sup>355</sup> Cfr. *supra*, 1.3; neste sentido, ANTONIO MARTÍNEZ BLANCO recorda que “no período 1789-1792, se iniciou a política de desmantelamento das escolas da Igreja como parte da política anticlerical que compreendeu ainda a extinção das ordens e congregações religiosas de ensino e o confisco dos seus bens”, *La secularización de la enseñanza*, Madrid, Tecnos, 1999, p. 129.

<sup>356</sup> A síntese é da autoria de MARCELO REBELO DE SOUSA, *A natureza jurídica da Universidade no Direito português*, p. 18, sobre esta questão, cfr. ainda FRANCISCO SOSA WAGNER, *El mito de la autonomía universitaria*, p. 54 e ss.; em sentido mais radical, L. PEREIRA COUTINHO sustenta que Napoleão Bonaparte procedeu a uma “estadualização da Universidade”, *As faculdades normativas universitárias no quadro do direito fundamental à autonomia universitária*, p. 38 e 42.

<sup>357</sup> Cfr. JEAN RIVERO, *Les libertés publiques*, vol. 2, p. 317, e ANDRÉ DE LAUBADÈRE e JEAN-CLAUDE VENEZIA, *Traité de Droit administratif*, tome III, p. 315.

<sup>358</sup> A caracterização é realizada por MARCELO REBELO DE SOUSA, *A natureza jurídica da Universidade no Direito português*, p. 18; no mesmo sentido, ANTONIO MARTÍNEZ BLANCO, *La secularización de la enseñanza*, p. 131/132, e L. PEREIRA COUTINHO, *As faculdades normativas universitárias no quadro do direito fundamental à autonomia universitária*, p. 37/38.

<sup>359</sup> Cfr. *supra*, 2.2.

<sup>360</sup> Aliás, à semelhança de múltiplos aspectos típicos do modelo de organização administrativa erguido em França durante a *monarquia cesarista* (a expressão é de MARCELLO CAETANO, *Manual de Ciência Política e Direito Constitucional*, p. 100); cfr., contudo, a tese de ALEXIS DE TOCQUEVILLE para quem “a centralização administrativa é uma instituição do Antigo Regime e não obra da Revolução nem do Império, como se afirma”, *O Antigo Regime e a Revolução*, trad. portuguesa de Laurinda Bom e Félix Teixeira, Lisboa, Editorial Fragmentos, 1989, p. 47 e ss.

inspirado nos modelos de organização militar gratos ao seu *mentor e arquitecto*<sup>361</sup>, e funcionalmente instrumentalizado à divulgação do compêndio revolucionário<sup>362</sup>. Apesar de algumas aberturas inseridas na legislação escolar, sucessivamente, durante a monarquia orleanista no que concerne ao ensino primário<sup>363</sup>, no período da II República em sede de ensino secundário<sup>364</sup>, nos alvares da III República no domínio do ensino superior<sup>365</sup>, e no início do século XX no domínio do ensino técnico<sup>366</sup>, o *paradigma bonapartista* subsistiu na esfera da educação até à crise académica de 1968, conjuntura em que o Governo procedeu a uma “descentralização funcional”<sup>367</sup> dos serviços académicos, reforçando nomeadamente as competências administrativas do corpo docente das Universidades e reconhecendo ao corpo discente o direito de participar na gestão das mesmas<sup>368</sup>.

---

<sup>361</sup> Sobre as características do modelo *bonapartista* de Administração pública, cfr., por todos, DIOGO FREITAS DO AMARAL *Curso de Direito Administrativo*, vol. I, p. 71 e ss.; modelo, quer de Administração pública em geral, quer de Universidade em especial, que seria difundido pelos Estados da Europa continental com a colaboração dos exércitos franceses, cfr. ANDRÉ DE LAUBADÈRE e JEAN-CLAUDE VENEZIA, *Traité de Droit administratif*, tome III, p. 315., SPAGNA MUSSO, *Lo Stato di cultura nella costituzione italiana*, p. 34, MARCELO REBELO DE SOUSA, *A natureza jurídica da Universidade no Direito português*, p. 18, e JOÃO VASCONCELOS COSTA, *A Universidade no seu labirinto*, Lisboa, Caminho, 2001, p. 153 e ss.

<sup>362</sup> Cfr. *supra*, 1.3., PAULO PULIDO ADRAGÃO, *A liberdade de aprender e a liberdade das escolas particulares*, p. 45 e ss., e L. PEREIRA COUTINHO, *As faculdades normativas universitárias no quadro do direito fundamental à autonomia universitária*, p. 42.

<sup>363</sup> Cfr. ANTONIO EMBID IRUJO, *Las libertades en la enseñanza*, p. 35.

<sup>364</sup> Cfr. ANTONIO EMBID IRUJO, *ibidem*.

<sup>365</sup> Cfr. ANTONIO EMBID IRUJO, *ibidem*, e *supra*, 1.1.

<sup>366</sup> Cfr. ANTONIO EMBID IRUJO, *idem*, p. 36.

<sup>367</sup> Adoptamos o conceito de “descentralização funcional” elaborado por AFONSO RODRIGUES QUEIRO que corresponde ao “destacamento da organização administrativa do Estado de certos serviços especiais, conferindo-lhes individualidade jurídica, competência própria para a tomada de deliberações definitivas, bem como atribuindo-lhes ou reconhecendo-lhes um património juridicamente autónomo em relação ao património geral do Estado”, *Descentralização* in *Dicionário Jurídico da Administração Pública*, Lisboa, Coimbra Editora, vol. III, 1990, p. 572; sobre os motivos da preferência deste conceito ao de “devolução de poderes”, cfr. JOSÉ LUCAS CARDOSO, *Autoridades administrativas independentes e Constituição*, p. 426.

<sup>368</sup> Sobre este assunto, cfr. ANDRÉ DE LAUBADÈRE e JEAN-CLAUDE VENEZIA, *Traité de Droit administratif*, tome III, p. 311. A reforma mencionada no texto foi apenas o marco propulsor da metamorfose do modelo *bonapartista* de Administração pública cujo afloramento de maior alcance foi a política de descentralização territorial realizada na década de oitenta do século XX, cfr. JOSÉ LUCAS CARDOSO, *idem*, p. 119/120 e autores aí citados.

## 2.5. O contributo britânico: *the impetus of civil society and the light University*

O contributo específico fornecido pela experiência constitucional britânica<sup>369</sup> para a análise das relações entre o poder político e o fenómeno cultural centra-se no domínio da educação, havendo a mencionar dois aspectos em especial. Em primeiro lugar, desde os alvares do século XVIII que a Sociedade Civil britânica assumiu *sponte sua* a tarefa inédita de proporcionar a pessoas de todas as classes sociais a oportunidade de aprender. Por outro lado, o desenvolvimento das Universidades não destruiu a estrutura flexível que as caracterizou desde as suas origens e proporcionou assim a formação de um modelo organizatório tipicamente anglo-saxónico.

Assim, quanto ao primeiro assunto, os primórdios da educação institucionalizada no Reino Unido estiveram marcados por dissidências religiosas mas, neste caso, entre a Igreja oficial do Reino e as Igrejas dissidentes. O primeiro tipo de estabelecimentos escolares de que reza a História foram *as escolas de caridade (ragged schools)*, “criadas principalmente durante o reinado de ANA, devido à ausência de qualquer medida pública que favorecesse a educação e o seu objectivo era o de ensinar as classes mais desfavorecidas a viver em harmonia com os princípios da Igreja anglicana”<sup>370</sup>. Outro tipo de estabelecimentos de ensino específico do Reino Unido eram “as denominadas *escolas dominicais (sunday schools)*, também conhecidas por *Universidades dos*

<sup>369</sup> Sobre a experiência constitucional britânica, cfr. JOHN BIFFEN, *Inside Westminster – Behind the scenes at the House of Commons*, London, André Deutsch, 1996, DONALD SHELL e RICHARD HODDER-WILLIAMS (org.), *Churchill to Major – The British Prime Ministership since 1945*, London, Hurst & Company, 1995, I. N. STEVENS, *Constitutional and Administrative Law*, London, Pitman Publications, 1993, A. MARQUES GUEDES, *Ideologias e sistemas políticos*, p. 77 e ss., MARCELLO CAETANO, *Manual de Ciência Política e Direito Constitucional*, p. 45 e ss., MAURICE DUVERGER, *Os grandes sistemas políticos*, p. 223 e ss., JORGE MIRANDA, *Manual de Direito Constitucional*, tomo I, p. 122 e ss., e J. BACELAR GOUVEIA, *Manual de Direito Constitucional*, vol. I, p. 253 e ss.

<sup>370</sup> Neste sentido, ÓSCAR CELADOR ANGÓN, *Proceso secularizador y sistema educativo en el ordenamiento jurídico inglés*, Madrid, Marcial Pons, 2001, p. 21.

*pobres*, que surgiram no início do século XIX, devido ao triunfo dos movimentos filantrópicos dissidentes [da Igreja anglicana] característicos deste período histórico e à tolerância religiosa observada durante o reinado de JORGE III, e denominavam-se por dominicais porque as aulas eram ministradas ao Domingo, uma vez que era este o dia habitual para ministrar a catequese às crianças e aos jovens. O funcionamento das escolas dominicais só foi possível devido ao empenho tanto daqueles que as financiavam como daqueles que estavam aptos a ministrar uma educação religiosa diferente da Igreja oficial sem temor de serem perseguidos”<sup>371</sup>. A primeira iniciativa pública em matéria de educação surgiria apenas em 1833 com a aprovação da *poor law reform* cujo anúncio “objecto era mitigar os efeitos da revolução industrial sobre a qualidade de vida das classes sociais mais desfavorecidas e para o efeito estabeleceu o financiamento da construção de *lares* onde os pobres e as crianças abandonadas fossem atendidos, mediante o fornecimento de refeições, abrigo em dormitórios, bem como mediante assistência médica, educativa e espiritual”<sup>372</sup>. As causas apontadas para a ocorrência desta dilação temporal da intervenção da Coroa na esfera educativa em relação aos demais Estados europeus são as seguintes: “i) o temor de que a intervenção do Estado na prestação da educação, mediante a sua garantia de funcionamento e de financiamento, pusesse em causa a liberdade de pensamento, ii) a suposição de que tal intervenção, que pressuponha uma redução da concorrência e da iniciativa individual, conduziria à ineficácia e ao desperdício de dinheiros públicos por não existirem mecanismos eficazes de inspecção e controlo e iii) o entendimento segundo o qual os pais deveriam custear em alguma medida a educação dos seus filhos, pois caso contrário

---

<sup>371</sup> Cf. ÓSCAR CELADOR ANGÓN, *idem*, p. 23.

<sup>372</sup> Cf. ÓSCAR CELADOR ANGÓN, *idem*, p. 25 e ss.

não apreciariam o valor da educação e acabariam por abandonar a sua própria responsabilidade nesta matéria”<sup>373</sup>.

Contudo, a educação permaneceu quase integralmente circunscrita à esfera privada até à criação do primeiro sistema público de ensino em 1870 quando o Parlamento considerou o sistema anteriormente descrito insuficiente para as exigências da sociedade industrial<sup>374</sup>. A primeira opção para ampliação da rede de ensino existente, que consistia no alargamento da capacidade de acolhimento de alunos pelas escolas eclesiásticas mediante financiamento destas com dinheiros públicos, fracassou na medida em que as confissões religiosas, com destaque para a Igreja anglicana, recusaram a fiscalização pública do ensino como contrapartida do financiamento proposto na medida em que essa medida representava uma intromissão da Coroa em matéria estritamente religiosa<sup>375</sup>. Assim, no âmbito do *sistema dual*<sup>376</sup>, instituído pelo *Elementary Education Act* com objectivo de conciliar, por um lado, as relações entre o poder político e as confissões religiosas e, por outro lado, “as relações entre a Câmara dos Comuns, partidária de criar um modelo educativo no qual o poder político tivesse o controlo absoluto das escolas, independentemente do seu carácter confessional, e a Câmara dos Lordes, relutante em que a Igreja Anglicana perdesse o monopólio no domínio da educação”<sup>377</sup>, o ensino público era de frequência obrigatória entre os cinco e os treze anos<sup>378</sup> mas funcionava apenas a título subsidiário do ensino privado<sup>379</sup>,

---

<sup>373</sup> A síntese é realizada por MARÍA CRUZ LLAMAZARES CALZADILLA, *La libertad de conciencia en el sistema educativo inglés*, Madrid, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2002, p. 38/39.

<sup>374</sup> Neste sentido, MARÍA CRUZ LLAMAZARES CALZADILLA, *idem*, p. 49.

<sup>375</sup> Sobre este assunto, cfr. ÓSCAR CELADOR, *Proceso secularizador y sistema educativo en el ordenamiento jurídico inglés*, p. 28 e ss.

<sup>376</sup> A expressão é de ÓSCAR CELADOR, *idem*, p. 33.

<sup>377</sup> Neste sentido, ÓSCAR CELADOR, *idem*, p. 34.

<sup>378</sup> Cfr. MARÍA CRUZ LLAMAZARES, *La libertad de conciencia en el sistema educativo inglés*, p. 50.

<sup>379</sup> Cfr. ÓSCAR CELADOR, *Proceso secularizador y sistema educativo en el ordenamiento jurídico inglés*, p. 35 e MARÍA CRUZ LLAMAZARES, *idem*, p. 51.

característica que se manteria até à reforma de 1944 quando o Estado, agora social, assumiu como sua a tarefa da educação universal<sup>380</sup>.

Quanto à organização interna, a estrutura das Universidades inglesas sempre contrastou com a organização das suas congéneres dos Estados continentais que, apesar de tudo o que separou *Berlim* de *Paris*, isto é, apesar de tudo o que separou a devoção à ciência de WILHELM VON HUMBOLDT do intuito doutrinador das *massas* que moveu NAPOLEÃO BONAPARTE, do ponto de vista puramente estrutural, podem ser reduzidas a um único modelo organizatório em Faculdades e estas em cátedras<sup>381</sup>. Assim, a característica específica do *modelo departamental* das Universidades anglo-saxónicas reside na sua organização em função de um critério científico<sup>382</sup>, isto é, “mais do que a cursos vocacionais, os departamentos correspondem a áreas consolidadas do saber e, por isso, são geralmente mais numerosos do que as Faculdades de uma Universidade não departamentalizada. Aquilo que é entre nós uma Faculdade de Ciências corresponde a departamentos de biologia, de física, de química, de geologia, *etc.*, todos independentes e sem nenhuma estrutura que os integre. A organização dos cursos cruza matricialmente esta organização em departamentos científicos e os cursos são geralmente interdepartamentais. Um curso de física tem disciplinas de matemática ministrada pelo departamento de matemática, tem disciplinas de física ministradas pelo departamento de física, tem disciplinas de História da ciência ministradas pelo departamento de História”<sup>383</sup>. As carreiras académicas também obedecem a uma lógica diversa na medida em que “os professores são em primeiro lugar investigadores do departamento, não são professores de uma ou outra disciplina. As suas funções

---

<sup>380</sup> Cfr. MARÍA CRUZ LLAMAZARES, *idem*, p. 61.

<sup>381</sup> Cfr. *supra*, 1.3., 2.2. e 2.4.; MARCELO REBELO DE SOUSA estabelece igualmente o contraste entre “o centralismo da Europa Continental durante todo o século XIX (...) coma autonomia das Universidades anglo-saxónicas”, *A natureza jurídica da Universidade no Direito português*, p. 18

<sup>382</sup> Neste sentido, JOÃO VASCONCELOS COSTA, *A Universidade no seu labirinto*, p. 153.

<sup>383</sup> Cfr. JOÃO VASCONCELOS COSTA, *idem*, p. 154.



docentes, em relação aos mais variados cursos, são-lhe atribuídas em função da sua competência específica e não ficam permanentemente afectos a uma disciplina, muito menos a uma licenciatura. Um investigador de bioquímica ensinará a sua especialidade a estudantes de biologia, de química, de medicina, de veterinária, de farmácia. É a perspectiva científica da estrutura universitária, em contraste com o que chamámos a perspectiva vocacional<sup>384</sup>.

---

<sup>384</sup> Cfr. JOÃO VASCONCELOS COSTA, *ibidem*.

## **II**

# **A Constituição Cultural**



# 1. A Constituição em sentido material

*Constitución quiere decir orden jurídico fundamental del Estado y de la sociedad, es decir, incluye a la sociedad constituida, aunque ciertamente no en el sentido de nociones de identidad, es decir, no solo es el Estado el constituido (la Constitución no es sólo Constitución “del Estado”). Este concepto amplio de Constitución comprende las estructuras fundamentales de la sociedad plural, como por ejemplo, la relación de los grupos sociales entre sí y de éstos con el ciudadano (¡tolerancia!). Las estructuras constitutivas a este respecto, como la “eficacia frente a terceros” de los derechos fundamentales, los principios del orden jurídico general o las instituciones para prevenir abusos de poder (¡derecho de la competencia económica o antimonopolios!), se encuentran, sin duda, en sus comienzos, pero ya existen. La división de poderes como principio constituyente se convierte una tarea de la política jurídica.*

PETER HABERLE, *El Estado Constitucional*, trad. castelhana de Héctor Fix-Fierro, México D. F., Universidad Nacional Autónoma de México, 2003, p. 3/4

## 1.1. A génese do constitucionalismo: as *declarações de direitos*

*Constituição e Estado*<sup>1</sup> são indubitavelmente os dois conceitos basilares das ciências que estudam a organização política das comunidades humanas no âmbito da modernidade, nomeadamente da Ciência do Direito e da Ciência Política. Os conceitos em apreço estão unidos como *gêmeos siameses*<sup>2</sup> na medida em que o traço originário da modernidade em sede de organização política das comunidades humanas consistiu na circunstância *do* primeiro acto de afirmação de uma comunidade como um novo Estado soberano<sup>3</sup>, como Estado de Direito<sup>4</sup>, ou simplesmente como Estado dotado de novo

---

<sup>1</sup> Sobre o conceito de *Estado*, cfr. *supra* I.

<sup>2</sup> A expressão é de FRANCISCO LUCAS PIRES, *Introdução ao Direito Constitucional Europeu*, p. 7.

<sup>3</sup> Caso da *Constituição norte-americana* e da antecedente declaração de independência; sobre a experiência constitucional estadunidense, cfr., selectivamente, LAURENCE H. TRIBE, *American Constitutional Law*, Mineola, New York, The Foundation Press, 1988, NUNO ROGEIRO, *A Constituição dos Estados Unidos da América – Anotada e seguida de estudo sobre o sistema constitucional dos Estados Unidos da América*, Lisboa, Gradiva, 1993, A. MARQUES GUEDES, *Ideologias e sistemas políticos*, p. 117 e ss., MARCELLO CAETANO, *Manual de Ciência Política e Direito Constitucional*, p. 66 e ss., MAURICE DUVERGER, *Os Grandes Sistemas Políticos*, p. 288 e ss., JORGE MIRANDA, *Manual de Direito Constitucional*, tomo I, p. 139 e ss., J. BACELAR GOUVEIA, *Manual de Direito Constitucional*, vol. I, p. 276 e ss., e HORST DIPPEL, *História do Constitucionalismo Moderno*, max. p. 1 e ss., 79 e ss. e 141 e ss.

<sup>4</sup> Caso dos textos aprovados na sequência da Revolução Francesa; sobre a experiência constitucional francesa, cfr, *supra*, I, 2.4.

regime político por ruptura na ordem constitucional, v. g., por via revolucionária, com o passado imediatamente anterior<sup>5</sup>, se consubstanciar num documento convencionalmente denominado por *Constituição*<sup>6</sup>. Conceito cuja origem remonta à Antiguidade Clássica, mais concretamente ao Império Romano, quando MARCUS TULLIUS CICERO utilizou pela primeira vez o vocábulo *Constitutio* para “afirmar a santidade das leis da República” que ao povo incumbia defender como “as muralhas da cidade” na medida em que “independentemente dos acontecimentos históricos, a comunidade, pelo facto de existir, tem a sua lei interna que justifica e ordena o exercício do poder”<sup>7</sup>.

Contudo, no contexto da modernidade, *Constituição* e *Estado* começaram por ficar intemporalmente associados no dia 12 de Junho de 1776 com a proclamação do *Bill of Rights of Virginia*, cujo *good people*<sup>8</sup> se antecipou em vinte e dois dias à *Declaração de Independência* proferida pelas colónias inglesas no continente americano, reunidas no seu II *Congresso*, em relação à Coroa inglesa na proclamação

---

<sup>5</sup> Sem necessidade de buscar exemplos mais distantes, a História constitucional portuguesa, tal como a francesa, é composta por uma sucessão de rupturas revolucionárias, cfr., selectivamente, JORGE MIRANDA, *Manual de Direito Constitucional*, tomo I, p. 241 e ss., max. 242, JORGE BACELAR GOUVEIA, *Manual de Direito Constitucional*, vol. I, p. 393 e ss., e PAULO FERREIRA DA CUNHA, *Para uma História Constitucional do Direito Português*, Coimbra, Livraria Almedina, 1995, p. 271 e ss.

<sup>6</sup> No sentido de ser a “Constituição o acto constitutivo do Estado”, cfr. ROGÉRIO SOARES, *Constituição*, in *Dicionário Jurídico da Administração Pública*, vol. II, Lisboa, Coimbra Editora, 1990, p. 673, itálico nosso, e BERNARD CHANTEBOUT, *Droit constitutionnel et science politique*, p. 33; por esse motivo, alguns autores utilizam a expressão “pactos fundadores”, v. g., GOMES CANOTILHO, *Mal-estar da Constituição e pessimismo pós-moderno*, p. 59.

<sup>7</sup> Cfr. ainda ROGÉRIO SOARES, *O conceito ocidental de Constituição*, in *Revista de Legislação e Jurisprudência*, Coimbra, Coimbra Editora, ano 119.º, 1986/1987, n.ºs 3743, p. 37, itálico nosso; DIETER GRIMM sustenta uma génese diversa do conceito quando afirma que “o termo Constituição (...) foi inicialmente um conceito empírico que passou do âmbito da descrição de um país, a forma em que este foi configurado mediante as características do seu território e dos seus habitantes, a sua evolução histórica e as relações de poder nele existentes, as suas normas jurídicas e instituições políticas. Sem embargo, com o esforço por limitar o poder do Estado em prol da liberdade dos súbditos que penetrou desde meados do século XVIII na doutrina do Direito natural, estreitou-se progressivamente o conceito de Constituição, eliminando-se gradualmente os elementos não normativos até que a Constituição apareceu unicamente como a situação determinada pelo Direito público. Somente com as revoluções de finais do século XVIII na América do Norte e em França, que aboliram pela força a soberania hereditária e ergueram uma nova sobre a base da planificação racional e a determinação estrita do Direito, se consumou a transição de um conceito de ser para um conceito de dever ser”, *Constitucionalismo y derechos fundamentales*, trad. castelhana de Raúl Sanz Burgos e José Luis Muñoz de Baena Simón, Madrid, Editorial Trotta, 2006, p. 27/28.

<sup>8</sup> Usamos a expressão constante do preâmbulo do documento.

dos direitos da pessoa humana, assim como na definição dos princípios de governo e continuou por mais de uma década com a emanação de várias Declarações de direitos e Constituições estaduais até à aprovação da *Constituição dos Estados Unidos da América* em 1787<sup>9</sup>. Assim aconteceu também com os revolucionários franceses de 1789 que, nas semanas seguintes ao mítico dia 14 de Julho, data da *tomada da Bastilha*, fizeram aprovar na Assembleia Nacional a *Déclaration de Droits de l'Homme et du Citoyen*, já cognominada como a *Magna Charta do terceiro estado*<sup>10</sup>, dando assim início a um processo que seria concluso com a aprovação da *Constituição de 1791*<sup>11</sup>. A *Déclaration de Droits de l'Homme et du Citoyen* era um documento que, pese embora em determinados aspectos, como sejam o elenco e o conteúdo dos direitos da pessoa humana, contivesse soluções diversas dos textos norte-americanos<sup>12</sup>, coincidia com estes últimos em dois assuntos essenciais: a obrigatoriedade de qualquer comunidade política (i) reconhecer os direitos *inatos* da pessoa humana<sup>13</sup> e de (ii) consagrar mecanismos de separação dos poderes do Estado adequados a limitar o poder absoluto

---

<sup>9</sup> Neste sentido, ROGÉRIO SOARES, *O conceito ocidental de Constituição*, p. 69; para uma análise detalhada da “formação do sistema dos direitos do homem e do cidadão durante a Revolução americana”, cfr. GEORG JELLINEK, *La declaración de los derechos del hombre y del ciudadano*, p. 91 e ss.

<sup>10</sup> A expressão é de ERNST FORSTHOFF, *El Estado de la sociedad industrial*, p. 249; com maior exactidão, a *Déclaration de Droits de l'Homme et du Citoyen* foi aprovada no dia 26 de Agosto de 1789, sobre os debates na Assembleia Nacional, preparatórios deste diploma, cfr. DIETER GRIMM, *Constitucionalismo y derechos fundamentales*, p. 90 e ss.

<sup>11</sup> Cfr. JACQUES MOURGEON, *Os direitos do homem*, trad. portuguesa de Ângelo d'Almeida Ribeiro e M.<sup>a</sup> Helena Martins Alves, Lisboa, Publicações Europa-América, 1982, p. 55, e BERNARD CHANTEBOUT, *Droit constitutionnel et science politique*, p. 36.

<sup>12</sup> Para uma comparação detalhada entre o conteúdo da *Déclaration de Droits de l'Homme et du Citoyen* e o articulado das *Declarações* dos novéis Estados do continente americano, cfr., por todos, GEORG JELLINEK, *La declaración de los derechos del hombre y del ciudadano*, p. 59 e ss., e GREGORIO PECES-BARBA, RAFAEL DE ASÍS e M.<sup>a</sup> DEL CARMEN BARRANCO, *Lecciones de Derechos fundamentales*, p. 94 e ss.

<sup>13</sup> Segundo DIOGO FREITAS DO AMARAL, são “direitos do homem, anteriores e superiores ao Estado, que este deve respeitar”, *Estado*, col. 1611; no mesmo sentido, ANTÓNIO BARBOSA DE MELO afirma que “no plano ético-político os direitos fundamentais gozam de *anterioridade* relativamente ao Estado e à Sociedade: pertencem à ordem moral e cultural donde um e outra tiram a sua justificação e fundamento”, *Democracia e Utopia*, p. 29.

dos monarcas reinantes<sup>14</sup>. Aspectos que na realidade não passam de *duas faces da mesma moeda* pois, como afirma LUIS MARÍA DíEZ-PICAZO, “o constitucionalismo moderno formulou os limites jurídicos ao poder político pelo reconhecimento de direitos subjectivos”<sup>15</sup>. Ainda na óptica do autor, mesmo considerando que havia a possibilidade de atingir desiderato de efeito equivalente com “simples normas de Direito objectivo”, por influência do “jusnaturalismo racionalista, que surge com a *Reforma*, passou a aceitar-se que o Direito natural já não podia ser concebido como uma emanção da verdade revelada mas, pelo contrário, havia de fundamentar-se sobre o único aspecto que todos os homens têm em comum uma vez desaparecida a unidade religiosa da Europa ocidental: a razão. A consciência individual passa a ser o último árbitro nos assuntos morais e políticos, afirmando-se a prioridade do indivíduo sobre quaisquer entidades colectivas (...). O Direito natural, entendido como ideal de justiça, fica centrado sobre o indivíduo e, assim, não é de estranhar que tenda a ser formulado como um conjunto de faculdades que esse mesmo indivíduo pode fazer valer para se proteger frente à comunidade. E mais: o próprio conceito de direito subjectivo procede do jusnaturalismo racionalista”<sup>16</sup>. Assim, ao invés do entendimento prevalecente durante cerca de dois séculos, o constitucionalismo assumiu desde a sua génese natureza antropocêntrica que se encontra expressa taxativamente no artigo 2.º da *Déclaration de Droits de l’Homme et du Citoyen*: “A finalidade de toda a associação política é a

---

<sup>14</sup> Cfr. artigo 16.º da *Déclaration de Droits de l’Homme et du Citoyen*, de 26 de Agosto de 1789 e *infra*; neste preciso sentido, GEORG JELLINEK, *La declaración de los derechos del hombre y del ciudadano*, p. 68.

<sup>15</sup> Cfr. LUIS MARÍA DíEZ-PICAZO, *Sistema de derechos fundamentales*, Cizur Menor – Navarra, Thomson/Civitas, 2008, p. 33.

<sup>16</sup> Cfr. LUIS MARÍA DíEZ-PICAZO, *idem*, p. 33/34.

conservação dos direitos naturais e imprescritíveis do homem. Esses direitos são a liberdade, a prosperidade, a segurança e a resistência à opressão”<sup>17</sup>.

Quanto ao caso norte-americano, os textos mencionados formalizaram juridicamente a criação, no novo continente, de (treze) novos Estados *à imagem e semelhança* dos Estados existentes no continente europeu, usualmente denominados pela doutrina por Estado *moderno* ou *europeu*<sup>18</sup>, e posteriormente da União ou Federação<sup>19</sup>, iniciando o processo de construção do “euro-mundo”<sup>20</sup>, assim como de um novo ramo de Direito, seu companheiro inseparável por todos os trilhos e em todos os momentos do percurso da modernidade, o *Direito Constitucional*<sup>21</sup>. Ora, se no caso francês a *Déclaration de Droits de l’Homme et du Citoyen* aparentemente logrou alcance mais reduzido nas relações internacionais na medida em que a *Révolution* não criou um novo Estado, limitando-se a colocar termo ao *ancien régime*, nem por isso se revelou menos ambicioso, nem de menor impacto na efectivação do princípio da dignidade da pessoa humana, porque operou *ex novo* no velho continente europeu a *transição* do Estado absoluto para o *Estado de Direito*, isto é, para um Estado em que o poder político está submetido a regras jurídicas<sup>22</sup>, *máxime* de Direito Constitucional<sup>23</sup>.

A partir da ocorrência destes dois acontecimentos, aos quais não podemos deixar de associar a experiência acumulada no Reino Unido da Grã-Bretanha e da Irlanda do

---

<sup>17</sup> Segundo ÁNGEL GARROBENA MORALES, o preceito em apreço vem “incorporar na ideologia Constitucional a convicção segundo a qual os homens são titulares de direitos anteriores à sociedade, dos quais, portanto, esta não os pode despojar”, *Una primera lección de Derecho Constitucional: La formación de la idea de Constitución*, in *Estudios em homenagem ao Prof. Doutor José Joaquim Gomes Canotilho*, vol. V, Coimbra, Coimbra Editora, 2012, p. 130.

<sup>18</sup> Sobre a questão terminológica e o carácter pleonástico desta expressão, cfr. *supra*, Introdução, 1.1.

<sup>19</sup> Cfr. LAURENCE H. TRIBE, *American Constitutional Law*, p. 401 e ss.

<sup>20</sup> A expressão é de ADRIANO MOREIRA, *Ciência Política*, p. 405.

<sup>21</sup> Neste preciso sentido, F. LUCAS PIRES, *Introdução ao Direito Constitucional Europeu*, p. 7.

<sup>22</sup> Sobre o conceito de Estado de Direito, cfr., *supra*, I.

<sup>23</sup> Segundo ROGÉRIO SOARES, “a Constituição de que agora se fala já não é o modo por que está ordenada a sociedade, é o acto constitutivo dessa ordenação no plano sensível. Com tudo isto a ideia constitucional transformou-se num princípio ético político, numa negação do absolutismo. Já não se afirma que todo o Estado tem a sua Constituição, exige-se que todo o Estado deva ter a sua Constituição”, *O conceito ocidental de Constituição*, p. 39.



Norte<sup>24</sup> desde os tempos em que *Westminster* impôs a *Magna Charta* ao Rei JOÃO SEM TERRA<sup>25</sup>, movimento que, no entanto, assumiu maior impacto político na sequência dos acontecimentos associados à *Glorious Revolution*<sup>26</sup>, em matéria de documentos garantísticos dos direitos dos súbditos de Sua Majestade e simultaneamente de documentos reguladores do exercício do poder político nos reinos de além *Mancha*<sup>27</sup>, a História da humanidade coincidiu com a afirmação do *constitucionalismo* ou dos *movimentos constitucionais*<sup>28</sup>, isto é, da “teoria (ou ideologia) que ergue o princípio do governo limitado indispensável à garantia dos direitos em dimensão estruturante da organização político-social de uma comunidade”<sup>29</sup>. Assim sucedeu na medida em que actualmente todos os territórios humanamente habitáveis do planeta estão integralmente repartidos por Estados, por definição constitucionalmente ordenados<sup>30</sup>.

---

<sup>24</sup> Curiosa a dúvida metódica suscitada por JÜRGEN HABERMAS a propósito des assunto quando afirma que “ainda está por esclarecer porque, tão mais cedo em Inglaterra que noutros países, ocorreram certos conflitos que contaram com a participação do público. Como instância apelável no continente europeu também existe uma esfera pública literária. Aí, no entanto, ela só se torna politicamente activa quando, graças ao mercantilismo, a imposição do modo de produção capitalista já avançou tanto quanto em Inglaterra após a Gloriosa Revolução”, *Mudança estrutural da esfera pública*, p. 75.

<sup>25</sup> Sobre esta questão, cfr. MARCELLO CAETANO, *Manual de Ciência Política e Direito Constitucional*, p. 45 e ss., JORGE MIRANDA, *Manual de Direito Constitucional*, tomo I, p. 122 e ss., e J. BACELAR GOUVEIA, *Manual de Direito Constitucional*, vol. I, p. 253 e ss.

<sup>26</sup> Segundo PETER HÄBERLE, “historicamente pode dizer-se que de um ou de outro modo todos os Estados europeus contribuíram para o Estado constitucional”, discriminando os contributos mais significativos de cada experiência constitucional, *La Constitución como cultura*, p. 181; para uma análise abrangente e minuciosa da “génese e evolução dos direitos humanos” no âmbito da modernidade, cfr., por todos, JEAN RIVERO, *Les libertés publiques*, vol. 1, p. 43 e ss.

<sup>27</sup> Sobre a experiência constitucional britânica, cfr. *supra*, I.

<sup>28</sup> A expressão é proferida por GOMES CANOTILHO com vista a ilustrar a pluralidade de origens do constitucionalismo e a respectiva variedade de modos de afirmação, *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*, 2003, p. 51.

<sup>29</sup> Ainda segundo GOMES CANOTILHO, “neste sentido, o constitucionalismo moderno representará uma *técnica específica de limitação do poder com fins garantísticos*. O conceito de constitucionalismo transporta, assim, um claro juízo de valor. É, no fundo, uma *teoria normativa da política*, tal como a teoria da democracia ou a teoria do liberalismo”, *ibidem*.

<sup>30</sup> A provar a posição sustentada no texto está o facto de cerca de duzentos e vinte anos após a aprovação da mais antiga Constituição em vigor (Estados Unidos da América, 1787) todos os Estados do planeta, à excepção do Reino Unido da Grã-Bretanha e da Irlanda do Norte, estarem dotados de uma Constituição não apenas escrita mas sistematizada num único documento, ou num conjunto restrito de documentos identificado no respectivo ordenamento jurídico pela sua força normativa suprema que correspondem, respectivamente, aos conceitos de *Constituição em sentido documental* e de *Constituição em sentido formal* (cfr. *infra*); apesar de algum extravasamento relativamente ao conteúdo essencial da presente dissertação, cremos ser o momento próprio para manifestar a nossa discordância em relação à doutrina

A genética unitária entre *Estado* e *Constituição*<sup>31</sup> motivou que FRANCISCO LUCAS PIRES, no estilo sublime e metafórico a que nos habituou a sua inesgotável *pena*, tivesse qualificado a *Constituição* como “a fundação, o fundamento e o fundamental” do *Estado de Direito*<sup>32</sup>. Uma fórmula *tridimensional* que pode ser descodificada nos seguintes termos: a *Constituição* é a “fundação” do Estado porque consubstancia o primeiro acto jurídico mediante qual o povo afirma a respectiva soberania, a *Constituição* é o “fundamento” do poder político porque a legitimidade de qualquer dos poderes do Estado, *agora de Direito*, tem origem nos termos da sua *Constituição*<sup>33</sup> e, por último, a *Constituição* é o “fundamental” do ordenamento jurídico do Estado porque contém as regras básicas e essenciais para a vida *da* e *em* comunidade<sup>34</sup>. Se os vértices “fundação” e “fundamento” se afiguram suficientemente claros à intuição do jurista e além do mais os acabamos de descrever, embora em termos sucintos, já o carácter “fundamental”, que completa a tríade, carece de especificação mediante a busca da verdadeira *substância*, ou *essência*, *constitucional*. Com efeito, o contexto da presente investigação propicia que concentremos a nossa atenção na *substância*, *essência* ou *matéria constitucional*, embora não olvidemos que, tradicional e fundadamente, a juspublicística identifica três sentidos ou dimensões da *Constituição*:

---

maioritária quando sustenta que o Reino Unido não tem uma *Constituição* escrita (cfr., por todos, HORST DIPPEL, *História do Constitucionalismo Moderno*, p. 1), na medida em que o povo britânico, à semelhança dos restantes povos civilizados (sobre este conceito, cfr. *supra*, Introdução), conhece a escrita e as normas fundamentais para a vida da respectiva comunidade política estão reduzidas a escrito, embora não codificadas num documento intitulado *Constituição* nem dotadas de uma força jurídica parametricamente superior, portanto estamos perante *Constituições escritas mas não codificadas* e não perante *Constituições não escritas*; em sentido aproximado, BERNARD CHANTEBOUT, *Droit constitutionnel et science politique*, p. 35.

<sup>31</sup> Cfr. *supra*.

<sup>32</sup> Assim, F. LUCAS PIRES, *Introdução ao Direito Constitucional Europeu*, p. 7; cfr., em sentido aproximado, PETER HÄBERLE, *El Estado Constitucional*, p. 3.

<sup>33</sup> Afinal são estes dois aspectos que estão na génese do Estado de Direito; cfr. F. LUCAS PIRES, *O problema da Constituição*, p. 360 e ss., e J. REIS NOVAIS, *Contributo para uma teoria do Estado de Direito*, p. 31 e ss.

<sup>34</sup> A síntese apresentada no texto não constitui objecto específico de exposição de F. LUCAS PIRES mas decorre do pensamento do autor manifestado em escritos como *Teoria da Constituição de 1976* e *Introdução ao Direito Constitucional Europeu*.

(i) *material*, (ii) *formal* e (iii) *instrumental* ou *documental*. Assim, a *Constituição em sentido material*, segundo ensina GOMES CANOTILHO, pressupõe uma “ideia de reserva de Constituição” que implica a adoção de um critério seguro que permita aferir “se uma matéria é *digna* ou *não de ser constitucional*”; segundo o autor, *tendencialmente* existem “matérias que, de acordo com o espírito do tempo e a consciência jurídica geral da comunidade (...), como é o caso do (i) catálogo dos direitos e das liberdades e do (ii) estatuto constitucional dos órgãos do poder político”, incorporam esse domínio material<sup>35</sup>.

## **1.2. A quintessência da Lei Fundamental: o acervo das matérias jurídico-constitucionais**

A delimitação das regras materialmente *fundamentais* para a vida *de e numa* comunidade estadual constitui uma permanente renovação da velha dúvida metódica oportunamente lançada por FERDINAND LASSALLE em conferência proferida em Berlim, no ano de 1862: *Was ist eine Verfassung?* A questão foi colocada pelo orador em termos mais específicos nos seguintes moldes: “Começo (...) a minha palestra com esta pergunta: O que é uma Constituição? Em que consiste a verdadeira essência de uma Constituição? Em todos os lugares e a todas as horas (...) ouvimos falar de Constituição

---

<sup>35</sup> Cfr. J. J. GOMES CANOTILHO, *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*, 2003, p. 1140, segmentação do texto nossa. Quanto à *Constituição em sentido formal*, segundo HANS KELSEN, “a estrutura hierárquica de um Estado é, *grosso modo*, a seguinte: pressupondo-se a norma fundamental, a Constituição é o nível mais alto dentro do Direito nacional (...). A Constituição em sentido formal é um documento solene, um conjunto de normas jurídicas que apenas pode ser modificado com a observância de prescrições especiais cujo propósito é tornar mais difícil a modificação dessas normas” (*Teoria Geral do Direito e do Estado*, p. 130), ao que nós acrescentaríamos, com intuito de conferir estabilidade ao ordenamento jurídico. A doutrina portuguesa identifica ainda o conceito de *Constituição em sentido instrumental* (JORGE MIRANDA, *Manual de Direito Constitucional*, tomo II, p. 36 e ss.) ou *documental* “que realiza a codificação de um dado ramo do Direito, nela se arrumando [sintética], sistemática e cientificamente a disciplina do mesmo” (BACELAR GOUVEIA, *Manual de Direito Constitucional*, vol. I, p. 581/582) e que não coincide necessariamente com o conceito anterior na medida em que as normas jurídicas com força constitucional podem estar consagradas em vários documentos distintos (cfr. uma compilação de exemplos possíveis deste fenómeno elaborada por JORGE MIRANDA, *idem*, p. 32 e ss.).

e de problemas constitucionais. Nos jornais, nos clubes, nos bares e nos restaurantes, este é um tema inesgotável de todas as conversas. E, não obstante, formulada em termos precisos: Em que está a verdadeira essência, o verdadeiro conceito de Constituição? Temo bem que entre tantos e tantos que falam do assunto, não haja mais que uns poucos, muito poucos, que possam dar-nos uma resposta satisfatória”<sup>36</sup>.

A questão é colocada em termos análogos, embora em contexto totalmente diverso, por JEAN RIVERO quando afirma que “as disciplinas jurídicas tradicionais – Direito Civil, Direito Administrativo, Direito Criminal, v. g. – retiram a sua unidade da especificidade das regras que agrupam: cada uma delas corresponde a um conjunto homogéneo de regras distintas daquelas que compõem os outros ramos de Direito e são autónomos”, enquanto que no entendimento do jurista de *Alès* a característica específica do Direito Constitucional residiria precisamente nalguma indeterminação do respectivo conteúdo e ainda numa forte interpenetração com os demais ramos de Direito<sup>37</sup>. Quanto a este último aspecto, a nossa motivação no contexto da presente investigação consiste exactamente em superar a *angústia* manifestada por JEAN RIVERO mediante a busca do *quid specificum* do Direito Constitucional<sup>38</sup>.

---

<sup>36</sup> Cfr. FERDINAND LASSALLE, *¿Qué es una Constitución?*, p. 78; se colocamos a questão nos mesmos termos enunciados por FERDINAND LASSALLE em 1862, colocamo-la apenas como *quaestio disputate*, i. é, não nos sentimos vinculados na investigação subsequente a adoptar a metodologia de trabalho do autor na medida em que o autor analisa preferencialmente a efectividade das Constituições, colocando especial ênfase “[n]os factores reais de poder” (p. 84), enquanto no presente contexto nos preocupa indagar a *substância constitucional*, i. é, realizar a delimitação das matérias essenciais deste ramo de Direito porque, conforme afirma JORGE MIRANDA, em expressão que merece o nosso sufrágio incondicional, “mais importante que a forma era, e é, o conteúdo constitucional”, *Manual de Direito Constitucional*, tomo I, p. 361.

<sup>37</sup> Cfr. JEAN RIVERO, *Les libertés publiques*, vol. 1, p. 15/16; no mesmo sentido PETER HÄBERLE, *La garantía del contenido esencial de los derechos fundamentales – Una contribución a la concepción institucional de los derechos fundamentales y a la teoría de la reserva de la ley*, trad. castelhana de Joaquín Brage Camazano, Madrid, Dykynson, 2003, p. 8.

<sup>38</sup> Na doutrina portuguesa, JORGE MIRANDA aborda com alguma ligeireza “os grandes capítulos do Direito Constitucional”, *Manual de Direito Constitucional*, tomo I, p. 19 a 21.

### **1.2.1. A quintessência da Lei Fundamental: o acervo político**

Se quisermos buscar e delimitar a “quintessência da lei suprema”<sup>39</sup> e, nessa medida, do *Direito Constitucional*, deveremos necessariamente atender ao disposto nos termos do artigo 16.º da *Déclaration de Droits de l’Homme et du Citoyen*, qualificado como o preceito que “melhor exprime a ideologia constitucional”<sup>40</sup> e que estabelece<sup>41</sup>: “Sociedade em que não esteja assegurada a garantia dos direitos, nem estabelecida a separação de poderes não tem Constituição”. Ora, neste preceito que pretende realizar a “conciliação entre poder e liberdade, reclamada pela consciência moderna”<sup>42</sup>, estão consagrados os dois “núcleos duros”<sup>43</sup> ou, se preferirmos, os dois “traços essenciais”<sup>44</sup> do Direito Constitucional moderno: os *direitos da pessoa humana* e a *organização do poder político*<sup>45</sup>. Assim, “expressão do politicamente *ideal*, a Constituição escrita há-de ser um instrumento de cautela, e mesmo de combate, contra o politicamente natural. À medida, porém, que se positiva, que o *constituendo* se constitui, que o ideal se mundaniza e se gera a ilusão de uma *pax perpétua* sobre a base do catecismo liberal, o seu desígnio principal deixa de ser o da alteração do *status quo* para passar a ser o da perpetuação deste. (...) A Constituição deve agora estar ao serviço do Estado-modelado e não ao serviço de um modelo de Estado”<sup>46</sup>.

---

<sup>39</sup> A expressão é F. LUCAS PIRES, *Introdução ao Direito Constitucional Europeu*, p. 7.

<sup>40</sup> A expressão é de ÁNGEL GARROBENA MORALES, *Una primera lección de Derecho Constitucional: La formación de la idea de Constitución*, p. 131.

<sup>41</sup> Usamos propositadamente o verbo no tempo presente porque a *Déclaration* ainda está em vigor por força do disposto no preâmbulo da *Constituição Francesa de 1958*.

<sup>42</sup> A expressão é de J. M. SÉRVULO CORREIA, *Direitos Fundamentais – Sumários*, Lisboa, A.A.F.D.L. – Associação Académica da Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa, 2002, p. 44; em sentido aproximado, ERNST FORSTHOFF, *El Estado de la sociedad industrial*, p. 251.

<sup>43</sup> Cfr. J. J. GOMES CANOTILHO, *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*, 2003, p. 88, que no entanto emprega a expressão no singular.

<sup>44</sup> Cfr. HORST DIPPEL, *História do Constitucionalismo Moderno*, p. 16.

<sup>45</sup> Neste sentido, BERNARD CHANTEBOUT, *Droit constitutionnel et science politique*, p. 47 e ss.

<sup>46</sup> Cfr. FRANCISCO LUCAS PIRES, *O problema da Constituição*, p. 374.

Com efeito, a matéria das Constituições oitocentistas, que enquadravam juridicamente o Estado liberal<sup>47</sup>, circunscrevia-se, com raras excepções de pormenor<sup>48</sup>, à codificação dos mecanismos adequados à limitação do poder político<sup>49</sup>, os quais decorrem dos dois princípios anteriormente mencionados: (i) o reconhecimento dos direitos inalienáveis da pessoa humana<sup>50</sup> e (ii) a implementação de um modelo de organização do poder político acolhedor do princípio da separação dos poderes do Estado mediante a repartição do exercício dos mesmos por vários órgãos<sup>51</sup>. Assim, por um lado, com o reconhecimento dos direitos da pessoa humana, revelados pelos filósofos jus-naturalistas, com especial destaque para as Escolas jus-racionalistas<sup>52</sup>, estabelecia-se um limite subjectivo à actuação do Estado, nomeadamente a não interferência deste na liberdade, nem na propriedade dos cidadãos. Solução que constituía uma das prioridades da nova classe social emergente, a burguesia, para a realização sem obstáculos e com o sucesso desejado das suas actividades industriais e comerciais, *laissez faire, laissez passer* era o lema que exprimia a atitude e o desejo de actuação do grupo social emergente com a Revolução e que, nas palavras de MAURICE

---

<sup>47</sup> Cfr. *supra*, I, 1.3.

<sup>48</sup> Cfr. *infra*.

<sup>49</sup> A este propósito, JORGE REIS NOVAIS emprega a expressão similar “técnicas jurídicas de limitação (do Estado)”, *Contributo para uma teoria do Estado de Direito*, p. 70; no mesmo sentido ainda em referência ao contexto das declarações de direitos liberais, J. M. SERVULO CORREIA, ensina que os direitos fundamentais “limitam o poder estadual”, *Direitos Fundamentais*, p. 9.

<sup>50</sup> Sufragamos a tese de LUIS M. DÍEZ-PICAZO segundo a qual as declarações de direitos “não têm eficácia constitutiva mas meramente declarativa ou, se preferirmos, não recolhem direitos graciosamente outorgados pelo Estado. Antes pelo contrário, tais direitos são pré-existentes ao Estado e, por isso, idóneos para limitar a acção do mesmo”, *Sistema de derechos fundamentales*, p. 34/35; em complemento da posição do autor, sustentamos que o princípio se mantém mesmo que os direitos fundamentais estejam incorporados no próprio texto constitucional, diversamente da técnica jurídica utilizada nos primórdios do constitucionalismo em que as declarações de direitos precediam as Constituições (cfr. *supra*).

<sup>51</sup> Neste sentido, GOMES CANOTILHO, *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*, 2003, p. 52, e JORGE MIRANDA, *A Constituição de 1976 – Formação, estrutura e princípios fundamentais*, Lisboa, Livraria Petrony, 1978, p. 169.

<sup>52</sup> Neste sentido, JEAN RIVERO, *Les libertés publiques*, vol. 1, p. 46 e ss., e GREGORIO PECES-BARBA, RAFAEL DE ASÍS e M.<sup>a</sup> DEL CARMEN BARRANCO, *Lecciones de Derechos fundamentales*, p. 104.

DUVERGER, resume “o conteúdo do liberalismo económico”<sup>53</sup>. Conforme escrevemos anteriormente noutra local, as declarações de direitos que precederam ou incorporaram as primeiras Constituições “reconhecem à pessoa humana a titularidade de direitos *civis*, isto é, de natureza pessoal, e *políticos*, ou seja, de participação na decisão dos assuntos públicos, contra o Estado ainda com tentações absolutistas”<sup>54</sup>. Os direitos reconhecidos nas primeiras *Declarações* concentravam-se, no entanto, excessivamente na protecção individual dos membros da denominada classe burguesa e, nesse sentido, o reconhecimento começou por ser exíguo, quer quanto ao *catálogo* dos direitos, quer quanto à titularidade dos mesmos. Como afirma VIEIRA DE ANDRADE, “[no mercado político] exige-se, em primeiro lugar, o atomismo e mobilidade dos intervenientes, não se admitindo solidariedades particulares ou arranjos moleculares de interesses parciais que prejudiquem a independência dos agentes e a sua exclusiva vinculação às exigências da Razão e do interesse geral (...). Daí que fossem proibidos os grupos e todas as associações parciais, considerados como formas de sedição, pois promoviam interesses egoísticos e mesquinhos, opressores da verdadeira liberdade”<sup>55</sup>. VIEIRA DE ANDRADE destaca ainda o carácter censitário dos direitos de participação política ao afirmar que “a construção individual da “vontade geral” (...) exige cidadãos esclarecidos (“ilustrados”), que tenham tempo para se cultivarem e que não vejam a realidade distorcida por necessidades (materiais) que corrompem. Daí que se reservasse o direito de voto e o de ser eleito aos proprietários, a uma nova

---

<sup>53</sup> Cf. MAURICE DUVERGER, *Os grandes sistemas políticos*, p. 204, e *supra*, I.

<sup>54</sup> Cf. JOSÉ LUCAS CARDOSO, *Direito Internacional II*, p. 39.

<sup>55</sup> Cf. J. VIEIRA DE ANDRADE, *Os direitos fundamentais na Constituição Portuguesa de 1976*, p. 52.

aristocracia, absolvida de interesses, rica porque diligente ou abençoada (...), que constituía a “nação activa”<sup>56</sup>.

Por outro lado, em sede de organização do poder político, com a separação dos poderes do Estado por vários órgãos, cujos titulares deveriam necessariamente ser oriundos de grupos sociais diversos, assegurava-se que nem “tudo estaria perdido [como aconteceria] se o mesmo homem, ou o mesmo corpo dos principais cidadãos, ou dos nobres, ou do povo, exercesse estes três poderes: o de fazer leis, o de executar as resoluções públicas e o de julgar os crimes ou os diferendos dos particulares”<sup>57</sup>. As primeiras Constituições revestem assim natureza estatutária<sup>58</sup>, ou processual<sup>59</sup>, isto é, são Constituições que demarcam as regras levedantes, legitimadoras e limitadoras da actuação do poder político<sup>60</sup>.

Contudo, desde as revoluções liberais até à actualidade, ainda segundo uma conhecida, e hoje clássica, expressão de ROGÉRIO SOARES, “à nossa volta tudo mudou”<sup>61</sup>. Com efeito, “a civilização do século XIX, que podia resumir-se em duas grandes dimensões: democracia liberal e técnica”<sup>62</sup>, conheceu profundas transformações nos domínios político, económico, social e cultural, assim como diferente passou a ser

---

<sup>56</sup> Cfr. J. C. VIEIRA DE ANDRADE, *ibidem*; sobre esta questão, JÜRGEN HABERMAS afirma, em sentido concordante, que “o público tinha conquistado a sua configuração específica: é o público leitor do século XVIII. Esta esfera pública continua literária também quando assume funções políticas; formação cultural é um dos critérios de admissão – a propriedade é o outro critério. De facto, ambos os critérios cobrem grandemente os mesmos círculos de pessoas pois a formação educacional era, naquela época, antes uma decorrência do que um pressuposto de um *status* social que, por sua vez, é determinado primariamente por títulos de propriedade. Os estamentos cultos são também os possuidores. O censo, que regula o acesso à esfera pública activa, pode, por isso, coincidir com o censo do imposto: já a Revolução Francesa toma-o como medida para diferenciar entre cidadãos activos e passivos”, *Mudança estrutural da esfera pública*, p. 105/106, cfr. anteriormente p. 73/74.

<sup>57</sup> Cfr. CHARLES LOUIS DE MONTESQUIEU, *Do Espírito das Leis*, p. 306.

<sup>58</sup> Cfr. JORGE MIRANDA, *Manual de Direito Constitucional*, tomo II, p. 20, e J. BACELAR GOUVEIA, *Manual de Direito Constitucional*, vol. I, p. 582.

<sup>59</sup> Cfr. J. J. GOMES CANOTILHO, *Constituição dirigente e vinculação do legislador*, p. 124/125, e FRANCISCO LUCAS PIRES, *Teoria da Constituição de 1976*, p. 89 e ss.

<sup>60</sup> Neste preciso sentido, ROGÉRIO SOARES, *O conceito ocidental de Constituição*, p. 37.

<sup>61</sup> Cfr. ROGÉRIO SOARES, *Direito Público e Sociedade Técnica*, p. 5.

<sup>62</sup> Neste sentido, J. ORTEGA Y GASSET, *La rebelión de las masas*, p. 170.



também o modo de relacionamento do Estado com os fenómenos sociais mencionados<sup>63</sup> pois o Direito Constitucional *concebido e gerado* numa *sociedade agrária*<sup>64</sup> não se revelou, nem era expectável que se revelasse, adequado a regular o quotidiano de uma *sociedade técnica*, também denominada por *sociedade de massas*<sup>65</sup>, e por maioria de razão será ineficaz perante a complexidade típica de uma *sociedade de risco*<sup>66</sup>. O jurista, e em particular o artífice do Direito Constitucional, não permaneceu, nem sequer poderia ter permanecido, alheio às metamorfoses sociais ocorridas nos últimos dois séculos, sob pena das *Constituições* vigentes se *transmutarem* em documentos meramente *nominais*<sup>67</sup>. A fim de preservar a eficácia dos princípios do *Estado de Direito material* e da *democracia*, como a dignidade da pessoa humana enquanto

---

<sup>63</sup> Cfr. *supra*, I, 1.3. e 1.4.

<sup>64</sup> Conforme escrevemos noutra local, eram características da *sociedade agrária* “a baixa densidade populacional, as distâncias entre os centros urbanos e a dispersão da população pelo meio rural, em contraste com a concentração dos centros de decisão na capital do Reino”; cfr. JOSÉ LUCAS CARDOSO, *A posição institucional do Provedor de Justiça*, p. 104, MAURICE DUVERGER, *Sociologia da política*, p. 350 e ss., e *Os grandes sistemas políticos*, p. 334 e ss., e VALENTÍN VÁSQUEZ DE PRADA, *História Económica e Mundial*, vol. I, p. 73 e ss.

<sup>65</sup> Ambas as expressões são de ROGÉRIO SOARES que, com intuito de identificar esta realidade, profere a sugestiva afirmação segundo a qual “assim como tinha caído a base económica da construção política burguesa – uma teia de produtores autónomos e tendencialmente iguais, fazendo parte dum mercado sem constrangimentos – assim também deixa de corresponder à realidade a sua base cultural, – uma sociedade de homens livres, livremente informados, e determinando-se espiritualmente por um conjunto de experiências e pontos de vista pessoais, conseguidos no seio duma intimidade com a tirania do económico”, *Direito Público e Sociedade Técnica*, p. 81; para uma análise minuciosa das características da *sociedade de massas*, cfr. *idem*, p. 63 a 109, e JOSÉ ORTEGA Y GASSET, *La rebelión de las masas*, p. 79 a 186.

<sup>66</sup> Cfr. *supra*, I, 1.6.

<sup>67</sup> Reportamo-nos à clássica distinção de KARL LOWENSTEIN entre *Constituições normativas*, *nominais* e *semânticas*. O autor definia *Constituições nominais* nos seguintes termos: “o carácter normativo de uma Constituição não deve ser tomado como um dado adquirido mas cada caso deve ser confirmado pela prática. Uma Constituição pode ser juridicamente válida mas se a dinâmica do processo político não se conforma com suas regras, a Constituição não tem realidade existencial. Neste caso, deve-se qualifica-la como *Constituição nominal*. Isto não deve, contudo, ser confundido com a conhecida expressão de uma prática constitucional diferente do texto constitucional. No princípio era a palavra, mas ela muda a sua importância na tomada de contacto com a realidade. As Constituições não mudam somente através de emendas constitucionais mas estão sujeitas, talvez ainda em maior grau, à metamorfose imperceptível que sofrem quaisquer regras vigentes pelo efeito do ambiente político e dos costumes. O que a Constituição nominal quer dizer é que os pressupostos sociais e económicos existentes – v. g., falta de educação em geral e de educação política em especial, a inexistência de uma classe média independente e outros factores – no momento presente operam contra uma concordância absoluta entre as disposições constitucionais e as exigências do processo de poder, *Teoría de la Constitución*, trad. castelhana de Leonor Hernández, disponível na internet em, <http://es.scribd.com/doc/58663478/Teoria-de-La-Constitucion-karl-Loewenstein>, p. 87.

premissa antropológico-cultural, a garantia dos direitos fundamentais, a soberania popular, a separação de poderes, a independência dos tribunais ou a pluralidade dos partidos políticos, que segundo ROGÉRIO SOARES, na segunda metade do século XX “voltaram a assunto diário mas agora não no sentido de meros processos de organização do Estado ou das suas limitações, internas ou externas, pelo contrário, o que daí sobreleva é o desejo de descobrir uma nova fórmula de situação do indivíduo no meio das tensões do ser colectivo”<sup>68</sup>, foi necessário aperfeiçoar as regras constitucionais para que estas se mantivessem fiéis aos princípios jurídicos mencionados, em nome dos quais foram desencadeadas as revoluções liberais, e simultaneamente adequadas às novas realidades sociais<sup>69</sup>. A conciliação, além de necessária, foi e é possível porque, como ensina GOMES CANOTILHO, *reserva de Constituição* “não é incompatível com a ideia de *desenvolvimento constitucional*”<sup>70</sup>. FRANCISCO LUCAS PIRES denominou esta questão por “os novos dilemas do constitucionalismo”<sup>71</sup>, entre os quais integra “os fenómenos de “alargamento” e abertura política – nomeadamente através do sufrágio universal e de crise ou desenvolvimento social económico – [que] estão entre os abalos que vêm estremecer a solidez do legado e o “bloco jurídico-cívico-cultural” da anterior

---

<sup>68</sup> Cfr. ROGÉRIO SOARES, *Direito Público e Sociedade Técnica*, p. 10, e PETER HÄBERLE, *El Estado Constitucional*, p. 3; GOMES CANOTILHO sintetiza os pressupostos subjacentes à *dimensão material* do princípio do *Estado de Direito* nos seguintes termos: (i) juridicidade, (ii) constitucionalidade, (iii) direitos fundamentais, (iv) divisão de poderes e (v) garantia da administração local autónoma (*Direito Constitucional e Teoria da Constituição*, 2003, p. 243 e ss., e ainda *Estado de Direito*, p. 18 e ss), enquanto que para ilustrar o princípio democrático se louva na histórica *fórmula* de ABRAHAM LINCOLN que caracteriza a democracia como “o governo do povo, pelo povo e para o povo” (*Direito Constitucional e Teoria da Constituição*, 2003, p. 287 e ss.). Sobre os elementos materiais do Estado de Direito, cfr. ainda MANUEL GARCIA PELAYO, que distingue os seguintes: (i) legitimidade, (ii) divisão de poderes, (iii) legalidade e (iv) controlo da legalidade e da constitucionalidade (*Las transformaciones del Estado contemporáneo*, p. 57 e ss.) e, sobre o princípio democrático, cfr. JORGE MIRANDA (*Manual de Direito Constitucional*, tomo VII, *Estrutura Constitucional da Democracia*, Coimbra, Wolters Kluwer/Coimbra Editora, 2007, p. 59).

<sup>69</sup> PETER HÄBERLE identifica-as por “ulteriores elementos estruturais do Estado constitucional”, *Libertad, igualdad, fraternidade – 1789 como historia, actualidad y futuro del Estado constitucional*, trad. castelhana de António López Pina e Ignacio Gutiérrez Gutiérrez, Madrid, Trotta, 1998, p. 45.

<sup>70</sup> Cfr. J. J. GOMES CANOTILHO, *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*, 2003, p. 1141.

<sup>71</sup> Cfr. F. LUCAS PIRES, *Teoria da Constituição de 1976*, p. 68; sobre esta questão, cfr. ainda RONALD DWORKIN, *Los derechos en serio*, trad. castelhana de Marta Guastavino, Barcelona, Editorial Ariel, 2002, p. 146 e ss., e JORGE MIRANDA, *Manual de Direito Constitucional*, tomo II, p. 27 e ss.

civilização constitucional. Tanto pela crítica sociológica como pela “auto-crítica” constitucionalista, as Constituições são rapidamente desmontadas ou postas a nu, como grandes frisos das instituições do poder e não mais. De imediato, a referência “ideal” tende então a diminuir, substituída por coeficientes métricos de “correlação de forças” – nomeadamente de tipo partidário – que criam uma tensão de base e abrem alternativas, dentro do sistema e até contra ele. A luta política vem estabelecer padrões crescentemente mais darwinianos que newtonianos. O mesmo irá acontecer no plano económico e social, pondo, nomeadamente, em causa, pelas próprias sacudidas de crescimento e luta, os valores burgueses de igualdade, de liberdade e de fraternidade. O olimpismo ático da construção começa a esboroar-se. É então também que, com o objectivo de recuperar as perdas, se começa a falar de “integração”, reelaborando a função da Constituição, a qual mais do que um estatuto de uma organização, passa a ser o de uma ordem vital em movimento”<sup>72</sup>.

Neste contexto, afigura-se necessário acompanhar a evolução da concepção sobre a natureza da Constituição, estatuto jurídico do Estado, desde o seu entendimento como mero *projecto político*<sup>73</sup>, estabilizado durante o século XIX por um “compromisso constitucional conservador-liberal”<sup>74</sup>, até às orientações mais recentes que sustentam a existência, nos textos constitucionais, de símbolos e heranças culturais que exigem uma “concepção antropocêntrica da Constituição (...) que se manifesta tanto na função, ainda importante da delimitação, sobretudo nos textos tradicionais sobre direitos

---

<sup>72</sup> Cfr. F. LUCAS PIRES, *idem*, p. 70 e ss.

<sup>73</sup> A concepção da Constituição como *projecto político* era a posição sustentada por ANTÓNIO CASTANHEIRA NEVES no seu ensino oral, especificamente nos Seminários do *II Programa de Doutoramento em Direito* realizado na Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra, no ano lectivo de 2001/2002; sobre o *carácter normativo da Constituição*, cfr. o profícuo debate, ocorrido na doutrina espanhola, de PABLO LUCAS VERDÚ, *El Derecho Constitucional como Derecho Administrativo*, in *Revista de Derecho Político*, n.º 13, 1982, p. 7 a 52, v. EDUARDO GARCÍA DE ENTERRÍA, *El Derecho Constitucional como Derecho*, in *Revista de Derecho Político*, n.º 15, 1982, p. 7 a 20.

<sup>74</sup> A expressão é de J. J. GOMES CANOTILHO, *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*, 2003, p. 159; sobre o teor deste *compromisso constitucional*, cfr. p. 158 e ss.

fundamentais, como também na plenitude dos textos constitucionais mais recentes comprometidos com o pensamento funcional, já que, em última instância, estas funções se encontram plenamente ao serviço do ser humano, da sua dignidade e liberdade, e inclusivamente igualdade”<sup>75</sup>. Assim, a análise da deslocação do centro de gravidade da Constituição do *Estado* para a *pessoa humana* deve privilegiar o tratamento de conteúdos constitucionais de natureza personalista<sup>76</sup>, como os direitos fundamentais, nomeadamente a sua protecção como fins educativos<sup>77</sup> no âmbito da função de “conformação da sociedade” própria de um Estado social de Direito<sup>78</sup>.

A primeira grande mutação ocorrida no sistema político liberal reporta-se ao “processo de democratização”<sup>79</sup> ou, se preferirmos, ao “processo de generalização”<sup>80</sup> dos direitos fundamentais cujo início simbólico coincidiu com a legislação sobre o alargamento do sufrágio aprovada em vários Estados europeus na segunda metade do século XIX<sup>81</sup>. Ainda segundo as palavras de VIEIRA DE ANDRADE, “as transformações sociais e económicas ligadas ao processo de industrialização quebram o encanto da “sociedade de infinitamente pequenos”, homogénea e pacífica. O poder político é reivindicado pelas classes não proprietárias e o mundo burguês tem de pactuar

---

<sup>75</sup> Cfr. PETER HÄBERLE, *El Estado Constitucional*, p. 115.

<sup>76</sup> JOÃO DE CASTRO MENDES sustentava que a *Constituição da República Portuguesa* constitui um bom exemplo desta metodologia quando afirma que “foi dada cuidadosa e direi mesmo carinhosa atenção à pessoa. Principal marca dessa atenção é a extensa gama de direitos que a Constituição lhe reconhece”, *Direitos, liberdades e garantias – Alguns aspectos gerais*, in JORGE MIRANDA (org.), *Estudos sobre a Constituição*, vol. I, Lisboa, Livraria Petrony, 1977, p. 93/94.

<sup>77</sup> Cfr. PETER HÄBERLE, *El Estado Constitucional*, p. 187 e ss.

<sup>78</sup> Usamos novamente uma já clássica expressão de ROGÉRIO SOARES, *Direito Público e Sociedade Técnica*, v. g., p. 168.

<sup>79</sup> A expressão é ainda de VIEIRA DE ANDRADE, *Os direitos fundamentais na Constituição Portuguesa de 1976*, p. 53.

<sup>80</sup> Se preferirmos a expressão de GREGORIO PECES-BARBA, RAFAEL DE ASÍS e M.<sup>a</sup> DEL CARMEN BARRANCO para quem a generalização dos direitos é ainda uma consequência “da igualdade natural de todos os seres humanos”, proclamada mas não levada às últimas consequências nas primeiras declarações de direitos”, *Lecciones de Derechos fundamentales*, p. 110/111.

<sup>81</sup> Segundo ROGÉRIO SOARES, “o processo de democratização crescente da sociedade alargou o processo político. A introdução gradual do sufrágio universal, cuja ideia se continha latente nas primeiras manifestações do século XIX, há-de fazer transitar o público do plano da aristocracia dos ilustrados para o da massa do *público-como-povo*”, *Direito Público e Sociedade Técnica*, p. 71.

com o “quarto estado”. Esfumam-se os resíduos do poder monárquico, favorecem-se as autonomias locais, a sociedade estrutura-se em grupos, organizam-se partidos de massas e o sufrágio universal torna-se um programa político de curto prazo”<sup>82</sup>. Assim, a *substância constitucional* vai progressivamente sendo enriquecida com o reconhecimento pelo Estado de novos direitos da pessoa humana, os *direitos fundamentais de segunda geração*<sup>83</sup> ou direitos de *liberdade-participação*<sup>84</sup> nos assuntos públicos que basicamente consistem no alargamento da titularidade dos direitos de participação política<sup>85</sup>, como o direito de sufrágio activo e passivo, a um universo mais amplo de cidadãos, pela redução do censo económico mínimo, pelo reconhecimento do direito de voto às mulheres ou pela redução da idade mínima para o efeito, completados pelos direitos de tomar posse e de exercer o mandato até nova eleição<sup>86</sup>. Outros direitos, com natureza dos clássicos direitos civis ou de *liberdade-autonomia*<sup>87</sup>, como as liberdades religiosa, de associação, de imprensa<sup>88</sup>, de informação,

---

<sup>82</sup> Cfr. VIEIRA DE ANDRADE, *Os direitos fundamentais na Constituição Portuguesa de 1976*, p. 54; no mesmo sentido, ROGÉRIO SOARES, *Direito Público e Sociedade Técnica*, p. 25, e SÉRVULO CORREIA, *Direitos Fundamentais*, p. 15.

<sup>83</sup> Cfr. *infra*, 2.1.3.6. Advertimos *ab initio* que concordamos com JORGE MIRANDA quando afirma que “o termo *geração*, geração de direitos, se afigura enganador por sugerir uma sucessão de categorias de direitos, umas substituindo-se às outras, quando, pelo contrário, o que se verifica no Estado social de Direito é um enriquecimento crescente em resposta às novas exigências das pessoas e das sociedades”, *Manual de Direito Constitucional*, tomo IV; seria caso para adaptar uma velha admoestação de WINSTON CHURCHILL pois a expressão *geração de direitos fundamentais* é a pior forma de elucidação sobre o assunto da periodização do processo social de aquisição de direitos fundamentais, à excepção de todas as outras!

<sup>84</sup> A expressão é de BENJAMIN CONSTANT quando afirmou textualmente que “nós não podemos mais disfrutar da liberdade dos antigos que consistia na *participação* activa e permanente no exercício do poder colectivo”, *De la liberté des Anciens comparée à celle des Modernes*, p. 268, itálico nosso.

<sup>85</sup> Sobre a natureza jurídica dos direitos de participação política como direitos fundamentais, cfr. JORGE MIRANDA, *Manual de Direito Constitucional*, tomo VII, p. 121 e ss.

<sup>86</sup> Cfr. VIEIRA DE ANDRADE, *Os direitos fundamentais na Constituição Portuguesa de 1976*, p. 54/55.

<sup>87</sup> Usamos novamente uma expressão elaborada por BENJAMIN CONSTANT quando sustentou que “a nossa liberdade (referia-se à liberdade de que os cidadãos eram titulares na época em que escreveu) consiste no gozo pacífico da *autonomia* privada”, *De la liberté des Anciens comparée à celle des Modernes*, p. 268, itálico nosso; sobre este assunto, cfr. ainda FRANCIS FUKUYAMA, *O fim da História e o último homem*, p. 310 e ss.

<sup>88</sup> Segundo JÜRGEN HABERMAS, “só existe uma imprensa em sentido estrito a partir do momento em que a transmissão de informações regularmente se torna pública, ou seja, se torna acessível ao público em geral. Até então, o antigo sistema de comunicações da representatividade pública não se vê

de expressão e de manifestação também entraram no *alfobre* constitucional apenas com a dinâmica do processo de democratização do Estado<sup>89</sup>.

Quanto à organização do poder político, “a democratização da vida política expressa no sufrágio universal faz com que os órgãos políticos tenham de ser concebidos como uma projecção de toda a sociedade, não apenas de um certo público que se arrogou exprimi-la”<sup>90</sup>. A organização do poder político passou, aliás, a constituir o *centro de interesses* da doutrina jus-constitucionalista terminada a *conjuntura eufórica* das revoluções liberais pois se “a Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão (...) bem proclamara que a Constituição era direitos fundamentais e separação de poderes (...), por mais de século e meio, os direitos fundamentais permaneceriam no limbo da mera proclamação política simbólica em contraste com a dominância jurídico-formal da ideia de separação de poderes. Constituição era separação de poderes, Estado de Direito era *rule of law*; os direitos fundamentais, na prática, não seriam mais que o mero resultado reflexo da separação de poderes, designadamente da vigência do princípio da legalidade da administração”<sup>91</sup>. Neste contexto, ao longo do século XIX, a panóplia de

---

fundamentalmente ameaçado pela nova esfera pública definida publicitariamente”, *Mudança estrutural da esfera pública*, p. 30, cfr. ainda p. 34 e ss.

<sup>89</sup> Cfr. GREGORIO PECES-BARBA, RAFAEL DE ASÍS e M.<sup>a</sup> DEL CARMEN BARRANCO, *Lecciones de Derechos fundamentales*, p. 110 e ss., LAURENCE H. TRIBE, *American Constitutional Law*, p. 785 e ss., VIEIRA DE ANDRADE, *Os direitos fundamentais na Constituição Portuguesa de 1976*, p. 54 e SÉRVULO CORREIA que coloca o acento tónico na “interdependência entre liberdade e democracia: o princípio da soberania popular só faz sentido se o processo político que conduz à formulação da lei tiver como agentes indivíduos que exercem uma vontade formada e expressa sob condições de autonomia moral; mas esta autonomia só será garantida em democracia”, *Direitos Fundamentais*, p. 14; sobre os direitos fundamentais no constitucionalismo liberal português, cfr. J. J. LOPES PRAÇA, *Direito Constitucional Portuguesa*, vol. I, p. 22 e ss.

<sup>90</sup> Cfr. ROGÉRIO SOARES, *Direito Público e Sociedade Técnica*, p. 71.

<sup>91</sup> Cfr. JORGE REIS NOVAIS, *Direitos Sociais – Teoria Jurídica dos Direitos Sociais enquanto Direitos Fundamentais*, Coimbra, Wolters Kluwer/Coimbra Editora, 2010, p. 22; neste preciso sentido, JEAN RIVERO, *A modo de síntesis*, in LOUIS FAVOREU (org.), *Tribunales constitucionales europeos y derechos fundamentales*, trad. castelhana de Luis Aguiar de Luque, Madrid, Centro de Estudios Constitucionales, 1984, p. 664.

sistemas de governo<sup>92</sup> testados nos Estados da Europa continental foi de tal modo diversificada que MARCELLO CAETANO chegou a afirmar que “a França, em século e meio, experimentou as mais diversas formas de regime e de sistema político. A sua História constitucional, mais do que qualquer outra, corresponde à imagem de um “laboratório” em que se pode estudar as origens, a evolução, o termo e a sucessão de regimes”<sup>93</sup>. A própria *separação de poderes*, cuja implantação alterou drasticamente os esquemas organizatórios do Estado-poder e que, na sua vertente liberal, fora idealizada por JOHN LOCKE<sup>94</sup> e aperfeiçoada por CHARLES LOUIS DE MONTESQUIEU<sup>95</sup> como um mecanismo adequado a repartir o exercício das funções do Estado soberano, então concentradas nas mãos do rei absoluto, por um conjunto de órgãos de composição independente entre si, isto é, que não deviam a sua legitimidade a nenhum dos demais, de modo que se pudessem equilibrar e controlar reciprocamente na fraqueza humana que o titular do poder demonstra para abusar do exercício do mesmo, revela-se que mais não é que a dimensão *horizontal* da problema. Com efeito, a primeira Constituição em sentido instrumental do mundo, a *Constituição dos Estados Unidos da América*, veio introduzir uma nova concepção de separação de poderes que não estivera sequer nas cogitações dos mais liberais dos autores europeus, a *separação vertical de poderes* e o conceito de *Estado Federal*<sup>96</sup> ou de *Federação de Estados* que permite a existência de

---

<sup>92</sup> Adoptamos o conceito de sistema de governo de ISALTINO MORAIS, J. M. FERREIRA DE ALMEIDA e RICARDO LEITE PINTO, i. é, “a forma como entre si se relacionam os diversos órgãos do poder político soberano; quer do ponto de vista do seu modelo e estruturação normativa, quer do ponto de vista das situações fácticas concretamente desenvolvidas”, *O sistema de governo semi-presidencial - O caso português*, Lisboa, Editorial Notícias, 1984, p. 18.

<sup>93</sup> Cfr. MARCELLO CAETANO, *Manual de Ciência Política e Direito Constitucional*, p. 117.

<sup>94</sup> Cfr. JOHN LOCKE, *Dois tratados de direito civil*, p. 329 e ss.

<sup>95</sup> Cfr. CHARLES LOUIS DE MONTESQUIEU, *O espírito das leis*, p. 305 e ss.

<sup>96</sup> Segundo RUDOLF SMEND, as causas determinantes da união de Estados soberanos numa Federação podem derivar de duas ordens de razões. “Em primeiro lugar, está o factor das necessidades técnicas, i. é, aquelas que fazem com que um povo possa, se assim o desejar, existir como tal e levar a cabo acções conjuntas de política exterior, militares, financeiras e de política comercial. Em segundo lugar, está o conteúdo ideal, em cujo nome este deseja ser um povo unificado, conteúdo que determina o próprio sentido ético do Estado”, *Constitución y Derecho Constitucional*, trad. castelhana de José M.<sup>a</sup> Beneyto

várias comunidades estaduais soberanas, neste caso transmutadas em *semi-soberanas*, no interior de uma comunidade, ou união, federal, embora o seu conjunto figure como uma unidade perante o exterior<sup>97</sup>. Se os Estados do continente americano manifestaram tendência para moldar a sua organização territorial de poderes à *imagem e semelhança* do modelo federal estadunidense, os Estados do continente europeu, à excepção do Império Alemão<sup>98</sup> e da Suíça<sup>99</sup>, na segunda metade do século XX mostraram preferência pelo modelo do regionalismo, “seu irmão mais novo”<sup>100</sup>, como forma de conciliação entre o *velho* Estado-nação e as tendências autonomistas de grupos territorialmente localizados<sup>101</sup>. Ainda em sede de organização territorial do poder, a autonomia das autarquias locais, que remonta à Idade Média, então concedida por *foral régio*, uma simples *graça* do monarca<sup>102</sup>, logrou elevação ao *escalão* de regra constitucional<sup>103</sup>.

### **1.2.2. A quintessência da Lei Fundamental: o acervo social**

Já no domínio social, a revolução industrial, ao promover a migração das pessoas do seu *habitat natural*, os campos, para as cidades, mais exactamente para as zonas periféricas das mesmas, associada ao crescimento demográfico objectivo<sup>104</sup>,

---

Pérez, Madrid, Centro de Estudios Constitucionales, 1985, p. 181. Sobre o conceito de Estado federal, cfr. ainda JORGE MIRANDA que define o conceito como *estrutura*, simultaneamente, de *sobreposição* e de *participação*, *Manual de Direito Constitucional*, tomo III, p. 291 e ss.

<sup>97</sup> Cfr. LAURENCE H. TRIBE, *American Constitutional Law*, p. 401 e ss., e NUNO PIÇARRA, *A Separação de poderes como doutrina e princípio constitucional – Contributo para o estudo das suas origens e evolução*, Coimbra, Coimbra Editora, 1989, p. 265.

<sup>98</sup> Cfr. RUDOLF SMEND, *Constitución y Derecho Constitucional*, p. 176 e ss., e JOSEPH ROVAN, *Histoire de l'Allemagne*, p. 557 e ss.

<sup>99</sup> Cfr. JORGE MIRANDA, *Manual de Direito Constitucional*, tomo I, p. 176 e ss., e J. BACELAR GOUVEIA, *Manual de Direito Constitucional*, vol. I, p. 371 e ss.

<sup>100</sup> A expressão é de PETER HÄBERLE, *La Constitución como cultura*, p. 179.

<sup>101</sup> Cfr. *supra*, Introdução, 1.1.

<sup>102</sup> Sobre as *cartas de foral*, cfr. MARTIM DE ALBUQUERQUE e RUY DE ALBUQUERQUE, *História do Direito Português*, p. 150 e ss., e ANTÓNIO HESPANHA, *Guiando a Mão Invisível*, p. 473 e ss.

<sup>103</sup> Cfr., no contexto do Direito português vigente, artigos 235.º e ss. da CRP.

<sup>104</sup> Sobre a alteração das estruturas e do ritmo demográfico associado à primeira revolução industrial, cfr. VALENTIN VAZQUEZ DE PRADA, *História Económica Mundial*, vol. II, *Da revolução industrial à*



começou a colocar problemas de natureza social que a Ordem Jurídica edificada *numa e para uma* sociedade ainda predominantemente agrária, característica da época das revoluções liberais, não revelava mais aptidão para regular. Segundo as palavras de VINCENZO BUZZI, o Papa LEÃO XIII, “a sede de inovações que há muito tempo se apoderou das sociedades e as têm numa agitação febril, devia, tarde ou cedo, passar das regiões políticas para a esfera vizinha da economia social. Efectivamente, os progressos incessantes da indústria, os novos caminhos em que entraram as artes, a alteração das relações entre os operários e os patrões, a influência da riqueza nas mãos dum pequeno número ao lado da indigência da multidão, a opinião enfim mais avantajada que os operários formam de si mesmos, e a sua união mais compacta, tudo isso, sem falar na corrupção dos costumes, deu em resultado final um temível conflito. Por toda parte, os espíritos estão apreensivos e numa ansiedade expectante, o que por si só basta para mostrar quantos e quão graves interesses estão em jogo. Essa situação preocupa e põe ao mesmo tempo em exercício o génio dos doutos, a prudência dos sábios, as deliberações das reuniões populares, a perspicácia dos legisladores e os conselhos dos governantes, e não há, presentemente, outra causa que impressione com tanta veemência o espírito humano”<sup>105</sup>. A denominada *Questão Social*, conforme já escrevemos noutra local, “consistiu num conjunto de críticas ao liberalismo que buscavam soluções para os problemas sociais surgidos com a Revolução Industrial, nomeadamente laborais, sanitários e urbanísticos, protagonizadas no campo teórico por ideólogos de quadrantes diametralmente opostos como JOSEPH DE MAISTRE, bastião da resistência na defesa

---

*actualidade*, trad. portuguesa de Armando Bacelar e Elisa Amado Bacelar, Porto, Livraria Civilização Editora, 1991, p. 26 e ss.

<sup>105</sup> Cfr. VINCENZO BUZZI, *Rerum Novarum – Carta Encíclica sobre a condição dos operários*, Roma, 1891, disponível na internet em [www.vatican.va/holy\\_father/leo\\_xiii/encyclicals/documents/hf\\_l-xiii\\_enc\\_15051891\\_rerum-novarum\\_po.html](http://www.vatican.va/holy_father/leo_xiii/encyclicals/documents/hf_l-xiii_enc_15051891_rerum-novarum_po.html), §1.

do pensamento conservador<sup>106</sup>, KARL MARX, pioneiro da reacção comunista<sup>107</sup>, e VINCENZO BUZZI, propulsor da reacção católica<sup>108</sup>. As duas últimas coincidiam numa crítica fulcral ao sistema económico liberal quando este encarava a relação de prestação de trabalho como um contrato de Direito Civil celebrado e cumprido com base na igualdade entre as partes contratuais, um dogma da Revolução Francesa nunca concretizado<sup>109</sup>, deixando assim desprotegidos os trabalhadores pois na realidade os factores de produção, capital e trabalho, não se apresentavam em posição de igualdade na relação jurídica<sup>110</sup>. Em contrapartida, os documentos em apreço divergiam no reconhecimento da “existência de uma inimizade nata entre os ricos e os pobres ou entre o capital e o trabalho”<sup>111</sup> pois, enquanto KARL MARX formulou um conceito de *liberdade* baseado na autonomia do trabalhador perante a posição de domínio da entidade patronal, portanto numa perspectiva diametralmente oposta à concepção sufragada pela classe burguesa que colocava o acento tónico nas liberdades de indústria

---

<sup>106</sup> Neste sentido, JORGE MIRANDA, *Manual de Direito Constitucional*, tomo I, p. 98; para uma análise do pensamento de JOSEPH DE MAISTRE, do qual não cuidamos especificadamente pela falta de relevância no desenvolvimento do Direito Constitucional, cfr. JOSEPH DE MAISTRE, *Considerações sobre a França*, trad. portuguesa de Rita Sacadura Fonseca, Coimbra, Livraria Almedina, 2010, e ainda CARLO GALLI, *Joseph de Maistre: commento del pensiero*, disponível na internet em [www.filosofico.net/demaistre2.htm](http://www.filosofico.net/demaistre2.htm).

<sup>107</sup> Cfr. KARL HEINRICH MARX, *Das Kapital – Kritik der politischen Oekonomie*, Hamburg, Verlag Otto von Meissner, 1867.

<sup>108</sup> Cfr. VINCENZO BUZZI, *Rerum Novarum*; para uma apreciação sumária da *doutrina social da Igreja Católica*, cfr. ainda FERNANDO DíEZ MORENO, *El Estado social*, p. 52 e ss.

<sup>109</sup> *Liberté, égalité, fraternité*; sobre o lema da Revolução Francesa e os respectivos conteúdo e sentido, cfr. PETER HÄBERLE, *Libertad, igualdad, fraternidad*, p. 33 e ss.

<sup>110</sup> Cfr. JOSÉ LUCAS CARDOSO, *Direito Internacional II*, p. 40; no sentido segundo o qual “com o desenvolvimento autónómico do processo económico-social, [se] criaram no seio da própria sociedade situações de facto que contradizem um pressuposto básico do Estado de Direito: o pressuposto de que os agentes sociais são sujeitos verdadeiramente livres nos processos de negociação mediante os quais articulam entre si os seus planos de vida e de cooperação”, JOÃO BAPTISTA MACHADO, *A Hipótese Neocorporativa*, in *Revista de Direito e de Estudos Sociais*, Coimbra, Livraria Almedina, ano XXIX, 1987, n.º 1, p. 6. Cfr. ainda DIETER GRIMM para quem “os direitos fundamentais entendidos de modo negativo conduzem à meta do justo equilíbrio de interesses em condições sociais de equilíbrio de forças; em situação de desequilíbrio material, a liberdade formalmente igual transforma-se, *de facto*, no direito do mais forte”, *Constitutionalismo y derechos fundamentales*, p. 163.

<sup>111</sup> A expressão é de PAULO OTERO, *Instituições políticas e Direito Constitucional*, vol. I, p. 293.

e de comércio perante o Estado (*laissez faire, laissez passer*)<sup>112</sup>, VINCENZO BUZZI, “em directa oposição ao postulado marxista da luta de classes”<sup>113</sup>, sustenta que a única solução para a questão social está na cooperação entre os factores de produção, lançando o repto: “não se veria a curto prazo restabelecer-se a pacificação se estes ensinamentos pudessem vir a prevalecer nas sociedades?”<sup>114</sup>

A propósito de contribuir para a resolução de problemas de ordem social, e nesse sentido constituir um verdadeiro *Bill of Economic, Social and Cultural Rights*, precursor das *Cartas Sociais* do século XX<sup>115</sup>, a *Encíclica Rerum Novarum* acabou por revelar interesse científico para além do escopo social com que foi redigida na medida em que veio alertar para alguns aspectos que se revelariam princípios fundamentais da Ciência do Direito Constitucional no âmbito do Estado social de Direito. Assim, por um lado, abordou a *vinculação das entidades privadas aos direitos fundamentais* ao exigir da entidade patronal o respeito pela *dignidade da pessoa humana do trabalhador*<sup>116</sup>, consubstanciada nomeadamente na existência de condições dignas e seguras de trabalho<sup>117</sup>, o horário de trabalho e o descanso semanal<sup>118</sup>, a proporcionalidade na exigência da produtividade em função das capacidades, físicas e intelectuais, do

---

<sup>112</sup> KARL POPPER, curiosamente, afirmava sobre KARL MARX “ser, ao fim e ao cabo, um dos que haviam levado a sério os ideais de 1789”; acrescenta ainda o filósofo de *Wien* em relação ao seu *inimigo* de *Trier* que este “vira como um conceito como o de “liberdade” pode ser virtuosamente desvirtuado. Daí que não tenha pregado a liberdade por palavras – pregava por acções. Desejava aperfeiçoar a sociedade e aperfeiçoamento significava, para ele, mais liberdade, mais igualdade, mais justiça, mais segurança, padrões de vida mais elevados, e especialmente a redução da jornada de trabalho que imediatamente daria aos operários *alguma* liberdade”, *A Sociedade aberta e os seus inimigos – A maré alta da profecia (Hegel, Marx e as sequelas)*, vol. II, trad. portuguesa de Teresa Curvelo, Lisboa, Editorial Fragmentos, 1993, p. 202.

<sup>113</sup> Usamos novamente uma expressão de PAULO OTERO, *Instituições políticas e Direito Constitucional*, vol. I, p. 293.

<sup>114</sup> Cfr. VINCENZO BUZZI, *Rerum novarum*, § 16.

<sup>115</sup> A referência feita no texto recorda o *Pacto Internacional dos direitos económicos sociais e culturais* (New York, 1966), a *Carta Social Europeia* (Torino, 1961, revista em *Strasbourg*, 1996), a *Carta Comunitária dos Direitos Sociais Fundamentais dos Trabalhadores* (Strasbourg, 1989) e a *Carta dos direitos fundamentais da União Europeia* (Nice, 2000, revista em *Strasbourg*, 2007).

<sup>116</sup> Cfr. § 13.; contra a eficácia dos direitos fundamentais entre privados, ERNST FORSTHOFF, *El Estado de la sociedad industrial*, 253 e ss.

<sup>117</sup> Cfr. § 22.

<sup>118</sup> Cfr. § 27.

trabalhador<sup>119</sup> e o pagamento de um salário equitativo<sup>120</sup>. Apesar de sustentar a justa legitimidade da propriedade privada<sup>121</sup>, não deixou de lhe reconhecer uma função social<sup>122</sup>, e noutra perspectiva aborda aspectos de ordem cultural ao defender o direito dos jovens à educação, antes de adquirirem robustez física para entrar no mercado de trabalho<sup>123</sup>. Por outro lado, aborda a *incumbência* do Estado de protecção dos direitos fundamentais<sup>124</sup>, ao arrepio do entendimento dominante à época segundo o qual aquele mais não era que uma máquina de domínio político e portanto o maior prevaricador em matéria dos direitos da pessoa humana<sup>125</sup>.

O debate em torno da *Questão Social* não se circunscreveu ao campo doutrinário<sup>126</sup> pois, entre a publicação dos dois monumentos literários referidos, mais concretamente entre 1883 e 1889, o Governo do II *Reich* alemão, sob a batuta do *Chanceler de Ferro* OTTO VON BISMARCK, aprovou um conjunto de medidas

---

<sup>119</sup> Cfr. § 28.

<sup>120</sup> Cfr. § 29.

<sup>121</sup> Cfr. § 3 e 4.

<sup>122</sup> Cfr. § 6 e 7.

<sup>123</sup> Cfr. § 28.

<sup>124</sup> Cfr. § 22 e ss.; para uma apreciação actualista deste documento, cfr. MANUEL CLEMENTE, *Incidência da Doutrina Social da Igreja nos Direitos Económicos e Sociais*, p. 59/60.

<sup>125</sup> A este propósito, VIEIRA DE ANDRADE menciona que “revoltados contra a ordem injusta que a abstenção do Estado liberal tinha consentido, os mais desfavorecidos organizam-se e pretendem o domínio do poder político ou, pelo menos, reivindicam dos poderes públicos uma intervenção efectiva para uma transformação radical das estruturas sociais”, *Os direitos fundamentais na Constituição Portuguesa de 1976*, p. 58, enquanto PAULO OTERO sustenta que “a *Rerum Novarum* [se] tornou (...) a lei fundamental da “questão social” da modernidade, acolhendo os contributos de SAINT-SIMON quanto à edificação de um novo cristianismo e as críticas que TOMÁS MORE dirige às sociedades situadas fora da ilha da Utopia, afirma que o bem estar da comunidade é a causa e a razão de ser da autoridade e os pobres, à semelhança dos ricos, “são por direito natural, cidadãos, devendo o Estado guiar-se pelas leis da justiça distributiva, conferindo uma atenção particular aos trabalhadores, reconhecendo-lhes uma parte razoável sobre todos os bens que eles proporcionam à sociedade”, *Direitos Económicos e Sociais na Constituição de 1976: 35 anos de evolução constitucional*, in RUI MOURA RAMOS, (org.), *35.º aniversário da Constituição de 1976*, vol. I, Coimbra, Coimbra Editora, 2012, p. 43/44; sobre “a evolução dos direitos fundamentais desde o Estado liberal burguês”, cfr. ainda JORGE MIRANDA, *Manual de Direito Constitucional*, tomo IV, *Direitos Fundamentais*, Coimbra, Wolters Kluwer/Coimbra Editora, 2012, p. 28 e ss.

<sup>126</sup> Contudo, é neste campo que a *questão social* continua a ser fracturante na medida em que autores como ERNST FORSTHOFF sustentam que o maior perigo para as liberdades individuais é devido “à pressão do Estado social sobre o Estado de Direito”, *El Estado de la sociedade industrial*, p. 251; o autor chega ao ponto de repudiar a expressão *Estado social de Direito* pois considera tratarem-se de dois conceitos inconciliáveis, *idem*, p. 252.

legislativas que ficaram conhecidas para a posteridade como o *Seguro Social de Bismarck* e que conferiam alguns direitos aos trabalhadores, como o seguro de doença, de acidentes de trabalho e de velhice e invalidez<sup>127</sup>, que actualmente a doutrina enquadra na categoria dos direitos sociais<sup>128</sup>. Contudo, estas matérias só lograriam obter dignidade constitucional já no século XX, com a respectiva incorporação nos textos da *Constituição Mexicana* (1917), assim como da *Constituição da I República Alemã* (1919)<sup>129</sup>. As ideias colectivistas de KARL MARX, em especial, obtiveram a primeira consagração jurídica na *Declaração dos Direitos do Povo Trabalhador e Explorado* (1918) e na *Constituição da então República Socialista Federativa Soviética da Rússia* (1918)<sup>130</sup> à qual se seguiu o acolhimento, embora mitigado na versão marxista-leninista, em todas as Constituições dos Estados da Europa de Leste até ao dia em que o comunismo “recuou do muro de Berlim para a muralha da China”<sup>131</sup>.

---

<sup>127</sup> Sobre este assunto, cfr., selectivamente, PAUL SAMUELSON e WILLIAM NORDHAUS, *Economia*, p. 933, JÜNGER HABERMAS, *Mudança estrutural da esfera pública*, p. 174, GUILHERME D’OLIVEIRA MARTINS, *Constituição Financeira*, p. 187/188, JACQUES CHEVALIER, *L’État post-moderne*, p. 69, JOÃO LOUREIRO, *Adeus ao Estado social?*, p. 77 e ss., JORDI SÀNCHEZ, *El Estado de Bienestar*, p. 242, e MARIO GIUSEPPE LOSANO, *Las teorías del solidarismo y su influencia en la formulación de los derechos fundamentales económicos*, p. 41.

<sup>128</sup> Sobre “os direitos do homem e a concepção germânica do Direito”, cfr. GEORG JELLINEK, *La declaración de los derechos del hombre y del ciudadano*, p. 99; sobre este assunto, se concordamos com o autor quando afirma que “a liberdade não é criada pelo Estado, é reconhecida por ele” (*idem*, p. 102), já não o podemos acompanhar na tese segundo a qual o espaço de liberdade do indivíduo “mais que um direito, é uma situação de facto. O grande erro do Direito natural consiste em considerar este estado de facto como um direito e reconhecer nesse Direito uma superioridade que criou o Estado e limitou o seu poder” (*idem*, p. 102/103) porque a liberdade, ao invés do sustentado por GEORG JELLINEK, é um valor, reconhecido em norma jurídica e axiologicamente fundado em última análise na *dignidade humana*, cfr. *infra*.

<sup>129</sup> Cfr. LUIS M. DíEZ-PICAZO, *Sistema de derechos fundamentales*, p. 37.

<sup>130</sup> Cfr. J. REIS NOVAIS, *Direitos Sociais*, p. 17.

<sup>131</sup> A frase é da autoria de FRANCISCO LUCAS PIRES embora não conste que tenha sido transcrita em nenhuma das suas monografias jurídicas; para um balanço do reconhecimento dos *direitos económicos, sociais e culturais* em várias Constituições actuais, cfr. FERNANDO DíEZ MORENO, *El Estado social*, p. 161 e ss.

### **1.2.3. A quintessência da Lei Fundamental: o acervo económico**

Por seu turno, no campo económico, o sistema económico liberal que tinha na sua génese as liberdades absolutas de indústria e de comércio, *laissez faire, laissez passer*, após lograr atingir rapidamente o auge, começou lentamente a definhar, caminhando rumo à sua própria falência que viria a consumir-se já no século XX, mais concretamente entre as duas guerras mundiais com a denominada crise de 1929<sup>132</sup>. A este fenómeno acresce a devastação da Europa por motivo dos conflitos bélicos mencionados pois se recordarmos o exemplo da cidade de *Rotterdam*, nos Países Baixos, na qual subsistiam, no termo da II Guerra Mundial, dois edifícios erguidos, associado a todos os demais exemplos de um continente em ruínas, encontramos uma conjuntura em que a iniciativa privada não estava *per se* vocacionada, nem municiada financeiramente para as tarefas de reconstrução que se impunham<sup>133</sup>. Motivos pelos quais a humanidade começou a sentir como necessária uma forte intervenção do Estado nas tarefas de reconstrução urbana e de revitalização das actividades económicas.

Contudo, as autoridades públicas, organizadas de acordo com o sistema de governo parlamentar, que por regra vigorou nos Estados europeus até então, não estavam preparadas para o empreendimento. Com efeito, exigiam-se agora dos governos medidas de planeamento, fomento e intervenção directa nas actividades económicas com vista à reconstrução de uma Europa em cinzas, atitude que era sustentada no plano teórico pela doutrina económica de JOHN MAYNARD KEYNES<sup>134</sup>, o que obrigava a repensar a exequibilidade do modelo liberal de separação de poderes pois, a

---

<sup>132</sup> Cfr. *supra*, I, 1.4.

<sup>133</sup> MANUEL GARCÍA-PELAYO sustenta mesmo que “se o Estado queria subsistir necessitava dispor-se a controlar permanentemente os aspectos económicos, sociais e culturais da sociedade”, *Las transformaciones del Estado contemporáneo*, p. 24.

<sup>134</sup> Cfr. JOHN MAYNARD KEYNES, *Teoria Geral do Emprego, do Juro e da Moeda*.

circunstância da “extensão das tarefas públicas, principalmente depois das grandes guerras, até aos campos de direcção e participação económica, da segurança social, da assistência, da generalização da cultura, *etc.*, [ter esbatido] as diferenças e os limites entre os sectores em que se movia o poder público e aqueles onde imperava o particular”<sup>135</sup> não poderia fornecer o pretexto conjuntural para um retorno estrutural ao Estado absoluto. A simbiose da conjuntura política com a nova conjuntura económica revelou-se propícia à implantação da *tecnodemocracia*<sup>136</sup>, modelo organizatório que consiste numa “nova estrutura política (...) que conserva o quadro político da democracia liberal mas [onde] as instituições funcionam de modo completamente diferente. O enfraquecimento do Parlamento e o fortalecimento do Governo constituem o aspecto mais aparente desta evolução (...). O fortalecimento do Executivo é mais do que proporcional ao enfraquecimento do Legislativo. O Governo não herdou unicamente certos poderes outrora exercidos pelo Parlamento. Beneficiou sobretudo do fortalecimento geral dos poderes do Estado; os novos poderes assim desenvolvidos caíram em geral nas suas mãos e não nas dos deputados”<sup>137</sup>. Como afirma ROGÉRIO

---

<sup>135</sup> Cf. ROGÉRIO SOARES, *Direito Público e Sociedade Técnica*, p. 71.

<sup>136</sup> A expressão é de MAURICE DUVERGER, *Os Grandes Sistemas Políticos*, p. 47, inspirada na célebre expressão *tecnoestrutura* com que JOHN KENNETH GALBRAITH ilustrou “as organizações empresariais modernas, ou a parte delas que tem a ver com a orientação e a direcção, são constituídas por indivíduos empenhados, em qualquer momento, em obter, ordenar trocar e verificar informações. Grande parte da troca e verificação de informações faz-se oralmente – numa conversa de escritório, enquanto se almoça ou se tomam umas bebidas, ou pelo telefone. Mas o procedimento mais típico consiste no trabalho das comissões e na reunião dessas comissões. Não é totalmente errado pensar que uma organização empresarial consiste numa hierarquia de comissões. A coordenação, por sua vez, consiste em designar para essas comissões os talentos adequados, intervir ocasionalmente para forçar uma decisão e, se for o caso, anunciar a decisão ou levá-la como informação para uma outra comissão de nível superior, a fim de ser tomada uma decisão posterior”, *O novo Estado industrial*, trad. portuguesa de Ana Paula Curado, Lisboa, Publicações Europa-América, 1989, p. 76/77.

<sup>137</sup> Cf. MAURICE DUVERGER, *ibidem*; em sentido aproximado, JÜRGEN HABERMAS sustenta que “onde o Estado impõe ou amplia a sua soberania administrativa, ele precisa de se “acomodar” no campo tensional dos interesses organizados. Embora aqui sejam procurados e efectivamente celebrados acordos extra-parlamentares, portanto com a exclusão da esfera pública institucionalizada estatalmente, eles são, no entanto, preparados de ambos os lados com o reforço do assim chamado gesto de “trabalhar a opinião pública”, sendo para isso preparados sistematicamente. Na medida em que há essa interpenetração de Estado e sociedade, a esfera pública perde certas funções de intermediação e, com ela, o Parlamento

SOARES, com a astúcia que lhe é reconhecida, passa a “apontar-se a compenetração entre Estado e sociedade, em termos duma redescoberta da *societas civilis* tradicional, que fora esfacelada pela criação do Estado moderno. Agora procura-se desesperadamente que esse Estado não seja, como no início, um instrumento do poder sobre a sociedade, mas a hipóstase política da sociedade”<sup>138</sup>.

#### **1.2.4. A quintessência da Lei Fundamental: o acervo cultural**

O domínio cultural começou por ser o *parente pobre* do constitucionalismo, não foi sequer matéria abordada nos épicos debates que precederam a aprovação dos textos históricos que documentaram a transição para a modernidade por motivo deste domínio não constituir, nem de perto, nem de longe, o centro de interesses da nova classe dominante no Estado liberal, a burguesia<sup>139</sup>. Contudo, assim como a experimentação científica regressara aos meandros da *intelligenza laica* com o Renascimento na época áurea do idealismo, a cultura ascende, algo paradoxalmente por impulso da classe burguesa alemã<sup>140</sup>, ao âmago do debate político-constitucional<sup>141</sup>. A própria circunstância das actividades culturais, com excepção do ensino<sup>142</sup>, se haverem

---

enquanto esfera pública estabelecida enquanto órgão do Estado”, *Mudança estrutural na esfera pública*, p. 231.

<sup>138</sup> Cfr. ROGÉRIO SOARES, *Direito Público e Sociedade Técnica*, p. 71; no mesmo sentido JÜRGEN HABERMAS afirma que “a partir da esfera privada publicamente relevante da Sociedade Civil burguesa constitui-se uma esfera social repolitizada, em que instituições estatais e sociais se sintetizam num único complexo de funções que não é mais diferenciável. Essa nova interdependência de esferas até então separadas encontra a sua expressão jurídica na ruptura do sistema clássico de Direito Privado. Na sociedade industrial organizada como Estado social multiplicam-se relações e relacionamentos que não podem ser suficientemente bem ordenados em institutos quer do Direito Privado, quer do Direito Público; obrigam, antes, a introduzir normas do assim chamado Direito Social”, *Mudança estrutural na esfera pública*. Sobre as “transformações económicas e sociais ligadas ao processo de industrialização”, cfr. ainda J. M. SÉRVULO CORREIA, *Direitos Fundamentais*, p. 14.

<sup>139</sup> Cfr. *supra*, Introdução e I, 1.3.

<sup>140</sup> Cfr. *supra*, *ibidem*, e ainda I, 2.2.

<sup>141</sup> Sobre esta questão, cfr. FRANCESCO RIMOLI, *La libertà dell’arte nell’ordinamento italiano*, p. 51, e MARCELA AHUMADA CANABES, *La libertad de investigación científica – Fundamentos filosóficos y configuración constitucional*, p. 21 e ss.

<sup>142</sup> Cfr. *supra*, I, 1.3. e 2.4.



desenvolvido durante quase dois séculos numa relação de perfeito agnosticismo com o poder político, motivou que alguma doutrina questionasse se a cultura deveria ser regulada pelo Direito<sup>143</sup>. A História veio a fornecer resposta afirmativa na medida em que as Constituições, embora numa primeira fase não assumissem claramente uma componente cultural e as mais das vezes do respectivo articulado não constasse sequer o vocábulo *cultura* ou qualquer outro dele etimologicamente derivado, vieram sucessivamente a incorporar matérias desta natureza<sup>144</sup>, como a liberdade de ensino e o acesso à educação<sup>145</sup>, as liberdades de expressão e de imprensa<sup>146</sup>, no âmbito do *processo de democratização* dos direitos fundamentais<sup>147</sup>. No mesmo contexto, vieram ainda assegurar a protecção de bens culturais, assim como o acesso aos mesmos, a manifestação pública de actos culturais, o fomento da actividade artística e a participação na vida cultural da comunidade<sup>148</sup>.

Ao invés do cenário temido pelos defensores da manutenção do abstencionismo do Estado em matéria cultural, a intensificação da regulação dos fenómenos culturais pelo Direito Constitucional funcionou como catalisador “de um crescente interesse das autoridades públicas pela evolução cultural”<sup>149</sup> que, neste contexto, passaram a assumir a incumbência de conseguir responder à *procura existencial* de bens e serviços

---

<sup>143</sup> A questão é colocada, v. g., por RAFAEL BARRANCO, *El ámbito jurídico-administrativo del derecho de la cultura*, p. 202.

<sup>144</sup> Neste sentido, JESÚS PRIETO, *Cultura, culturas e Constitución*, p. 16; cfr., neste contexto, secção XII do *Bill of Rights of Virginia* e artigos 10.º e 11.º da *Déclaration des droits de l’homme et du citoyen* e, no caso português em especial, artigos 237.º e ss. da *Constituição de 1822*, artigo 145.º, § 30 e 32, da *Carta Constitucional*, artigos 28.º, I e II, e 29.º da *Constituição de 1838* e artigo 3.º, n.ºs 4, 6, 7, 8, 10, 11 e 13, da *Constituição de 1911*.

<sup>145</sup> Sobre este assunto, cfr. JUAN A. ELIPE SONGEL, *Historia Constitucional del Derecho a la Educación en España*, p. 21 a 68, e PAULO PULIDO ADRAGÃO, *A liberdade de aprender e a liberdade das escolas particulares*, p. 45 e ss.

<sup>146</sup> Sobre os direitos mencionados no texto, cfr. NUNO ALBUQUERQUE E SOUSA, *A liberdade de imprensa*, Coimbra Editora, 1984, e RICARDO LEITE PINTO, *Liberdade de imprensa e vida privada*, p. 27 e ss.

<sup>147</sup> Cfr. *supra*.

<sup>148</sup> Cfr. RAFAEL BARRANCO, *El ámbito jurídico-administrativo del derecho de la cultura*, p. 202/203.

<sup>149</sup> Neste sentido, STEFAN HUSTER, *La cultura en el Estado constitucional*, p. 17.

culturais, nomeadamente do acesso ao ensino pelos cidadãos, com especial destaque para as classes páreas que assim buscavam arrimo para a formação de uma consciência ideológica sólida e a desejada subsequente integração no sistema político. A cultura, que num primeiro momento constituiu instrumento ao serviço de interesses do Estado (absoluto) e num segundo momento esteve presente na Sociedade Civil mas sem interacção com o Estado (liberal) para além do estritamente necessário, entra numa fase de reatamento da interacção com o poder político, embora em novos moldes<sup>150</sup>, por força da regulação constitucional de que passa a constituir objecto.

### **1.2.5. A quintessência da Lei Fundamental: novos desafios, novos conteúdos**

A *revolução copernicana* nas Constituições ocidentais<sup>151</sup> ocorreu, no entanto, com a aprovação das *Constituições mexicana de 1917* e *alemã de 1919* cujos textos para além das matérias clássicas, isto é, das regras debatidas no *forum* do liberalismo e que preencheram as Constituições oitocentistas<sup>152</sup>, passaram a incorporar uma panóplia de matérias conexas com um novo *modus essendi* do Estado perante a Sociedade Civil e que se exprimem basicamente através de dois tipos de normas<sup>153</sup>. O (i) primeiro consiste num conjunto de direitos da pessoa humana de natureza diversa dos clássicos direitos de

---

<sup>150</sup> Cfr. *infra*.

<sup>151</sup> ADRIANO MOREIRA define o conceito de *Ocidente*, como “unidade cultural”, como “uma das concepções do mundo e da vida, eventualmente reconduzível a um eixo que acompanha duradouramente no tempo histórico o movimento da roda da experiência contínua que altera as expressões da criação e da expansão, do retraimento, da entrega, da conservação e defesa, da paz e da guerra, da resignação, do declínio e morte”, *Ocidente*, in *Polis – Enciclopédia Verbo da Sociedade e do Estado*, vol. IV, Lisboa, Verbo Editora, 1986, col. 805.

<sup>152</sup> Cfr. *supra*.

<sup>153</sup> Além das Constituições citadas no texto, ainda na época do *constitucionalismo frágil*, o vocábulo *cultura* foi consagrado na *Constituição Austriaca de 1920* (“a unidade espiritual e cultural de todo o país”, artigo 29.º) e, já no âmbito do constitucionalismo autoritário, a *Constituição espanhola de 1931* dedica o Capítulo II do Título III (*Direitos e deveres dos Espanhóis*) à *Família, Economia e Cultura*, enquanto a Constituição portuguesa de 1931, além de reconhecer a *liberdade de ensino* (artigo 8.º, §5.º) e o *dever dos pais assegurarem a educação dos filhos legítimos* (artigo 12.º, §2.º), dedica o Título IX à *Educação, ensino e cultura nacional* (artigos 42.º e ss.); já as Constituições aprovadas posteriormente ao final da II Guerra Mundial, além de consagrarem matérias de índole cultural, quase todas empregam expressamente o vocábulo *cultura*.

liberdade, quer dos direitos de *liberdade-autonomia* consagrados nas primeiras declarações de direitos, quer dos direitos de *liberdade-participação* característicos da segunda geração de direitos fundamentais. Os novéis direitos fundamentais conferem aos cidadãos a faculdade de reivindicar do Estado o fornecimento de bens e serviços de carácter económico, social e cultural<sup>154</sup>, são os *direitos fundamentais de terceira geração*<sup>155</sup> que vieram acrescer às gerações de direitos que a humanidade conquistara durante o período liberal do Estado de Direito<sup>156</sup>. O (ii) segundo tipo de normas produz o efeito inovador de, além de legitimar o Estado a intervir nas actividades económicas e sociais ao arrepio dos postulados liberais de separação entre Estado e Sociedade Civil, incumbir os órgãos do poder político de uma função de “conformação da sociedade”<sup>157</sup> mediante o reconhecimento de competências para o desempenho de tarefas de carácter económico, social e cultural<sup>158</sup>, são as denominadas *normas constitucionais programáticas*<sup>159</sup>.

---

<sup>154</sup> Cfr., neste sentido, GREGORIO PECES-BARBA, *Los deberes fundamentales*, in *Estado & Direito – Revista semestral luso-espanhola de direito público*, Lisboa, n.º 1, 1987/1988, p. 13. Sobre a Constituição da I República alemã, ANTÓNIO DE SOUSA FRANCO afirmava que “a consagração expressa das instituições fundamentais da economia de mercado na Constituição é enquadrada pela definição de muitos limites e tarefas estaduais e da dominante directriz social de fazer intervir o Estado na definição concreta dos limites a estes direitos [referia-se aos direitos de primeira e segunda geração que passaram a estar onerados de uma função social] e na efectivação dos novos direitos dos trabalhadores (designadamente à segurança social e à participação...). Não se pode dizer que exista nesta lei fundamental uma inspiração anti-liberal mas as fontes liberais são combinadas com as das doutrinas social-cristã e social-democrata”, *Noções de Direito da Economia*, vol. I, Lisboa, A.A.F.D.L. – Associação Académica da Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa, 1982/1983, p. 17; cfr. ainda SUZANA TAVARES DA SILVA, *Direitos fundamentais na arena global*, Coimbra, Imprensa da Universidade de Coimbra, 2011, p. 100.

<sup>155</sup> Cfr. *infra*, 2.1.3.6.

<sup>156</sup> Neste aspecto específico, i. é, na recepção dos direitos sociais sem rejeição das liberdades conquistadas no Estado liberal, reside a distinção entre o Estado social e democrático de Direito e o Estado socialista, cfr., por todos, MANUEL GARCÍA-PELAYO, *Las transformaciones del Estado contemporáneo*, p. 14, JÜRGEN HABERMAS, *Mudança estrutural da esfera pública*, p. 261, e JORGE MIRANDA, *Manual de Direito Constitucional*, tomo I, p. 105/106.

<sup>157</sup> Citamos novamente uma clássica expressão de ROGÉRIO SOARES, *Direito Público e Sociedade Técnica*, v. g., p. 168.

<sup>158</sup> JORGE MIRANDA aborda o assunto, em sentido concordante com o sustentado no texto, quando afirma que “no século XIX, (...) o Direito Constitucional quase se confinava, em consonância com o Estado liberal, ao regime dos órgãos do Estado e dos direitos, liberdades e garantias; não já no século XX, quando, ao lado desses direitos, se enunciam direitos sociais e se dá toda uma poderosíssima intervenção do Estado na vida económica”, *A Constituição de 1976*, p. 169; não podemos deixar de reconhecer o acerto de JORGE MIRANDA ao omitir a referência à cultura pois essa não mereceu a mesma atenção

Colocada perante o novo *status quo*, a doutrina veio alertar para a necessidade de “entre Programa e Processo (...) haver um traço de união (...), além disso, Programa e Processo não podem ser abstractos e, nesse sentido, ambos têm de estar voltados para a realidade, os seus valores e a sua consciência mediadora, sobretudo naquilo em que se revele a possibilidade de afirmação da liberdade face aos seus novos perigos”<sup>160</sup>. Com efeito, só a fidelidade ao legado liberal permitiu ao Estado, agora social de Direito, assumir as suas novas funções sem resvalar para o totalitarismo<sup>161</sup>.

Quanto ao domínio cultural, que constitui o ponto de convergência desta *viagem pelos tempos que fizeram o constitucionalismo*, STEFAN HUSTER sintetiza com a conhecida precisão teutónica os tipos de relações possíveis de se estabelecerem entre *Direito Constitucional, política e cultura*. Assim, começa por considerar “o compromisso do Direito Constitucional a este respeito extremamente ambivalente”, na medida em que ambiciona conciliar *liberdade* cultural com dever de *promoção* da cultura<sup>162</sup>. Segundo o professor de *Bochum*, a mencionada coexistência de *sentimentos antagónicos* nos textos constitucionais sobre a esfera cultural manifesta-se, por um lado, (i) na limitação do poder político pelas liberdades culturais, uma vez que “as Constituições baseadas no reconhecimento das liberdades limitam as possibilidades de actuação do Estado, já que especialmente os direitos fundamentais conferem via livre na liberdade social (...) às orientações culturais e às formas de conduta nelas baseadas”<sup>163</sup>. Alerta ainda para a circunstância de, aparentemente em *contra-mão*, (ii) o ordenamento constitucional incumbir o poder político da promoção das actividades culturais junto

---

pelo poder político nos primórdios do Estado social que as tarefas económicas e sociais então assumidas, cfr. *supra*, I, 1.4.

<sup>159</sup> Para uma primeira abordagem das normas constitucionais programáticas, cfr. GOMES CANOTILHO, *Constituição dirigente e vinculação do legislador*, p. 297 e ss.

<sup>160</sup> Assim, F. LUCAS PIRES, *Teoria da Constituição de 1976*, p. 109.

<sup>161</sup> Cfr. *supra*, I, 1.4. e 1.5.

<sup>162</sup> Cfr. STEFAN HUSTER, *La cultura en el Estado constitucional*, p. 17.

<sup>163</sup> Cfr. STEFAN HUSTER, *ibidem*.

dos cidadãos, na medida em que a “Constituição faculta à política, ou até mesmo, a obriga a proteger e cuidar das convicções, atitudes e formas de vida culturais indispensáveis ou, pelo menos, benéficas para a Sociedade”<sup>164</sup>. Em suma, o novo modo de relacionamento entre poder político e fenómeno cultural não deixa de assumir carácter controvertido por força das diversas perspectivas pelas quais o Direito Constitucional aborda a matéria, determinadas pela dupla exigência do Estado social, isto é, *liberdade e promoção*<sup>165</sup>.

O enriquecimento ou valorização da *quintessência da lei fundamental* conheceu o seu momento mais recente com a *lenta* constitucionalização da *quarta geração de direitos fundamentais*<sup>166</sup>. As características destes direitos residem na circunstância de pretenderem assegurar a protecção da pessoa humana perante os problemas típicos das *sociedades de risco*, de, por regra, terem começado a ser reivindicados a partir dos anos sessenta e setenta do século XX por organizações não-governamentais<sup>167</sup> e de incidirem sobre matérias como ambiente, bioética, consumo, utilização da informática para tratamento de dados pessoais,... A diferença específica destes novéis direitos relativamente aos direitos fundamentais de terceira geração reside na circunstância de que enquanto os anteriores legitimavam os cidadãos a reivindicar do Estado a prestação de bens e de serviços, estes últimos permitem-lhes reclamar do Estado o exercício de uma função de regulação, e em certa medida de protecção<sup>168</sup>, na maioria dos casos perante entidades privadas produtoras e distribuidoras de bens e de serviços, por regra

---

<sup>164</sup> Cfr. STEFAN HUSTER, *ibidem*.

<sup>165</sup> Cfr. *infra*, III, 5.

<sup>166</sup> Cfr. *infra*, 2.1.3.6.

<sup>167</sup> Neste sentido, JACQUES CHEVALIER, *L'État post-moderne*, p. 42 e ss.; o reconhecimento deste tipo de associações é, todavia, na maioria dos casos, realizado apenas de modo implícito na medida em que as Constituições e as leis lhes conferem direitos fundamentais de participação política como, v. g., os direitos de antena (assim o qualificamos apesar da sua colocação no Título II, Capítulo I, da *CRP*, cfr. artigo 40.º, n.º 1), de acção popular (cfr. artigo 52.º, n.º 3) e de colaboração na promoção da democratização da cultura (cfr. artigo 73.º, n.º 3).

<sup>168</sup> Cfr. *infra*, 2.1.3.6.

encarregues do funcionamento dos *serviços de interesse geral*<sup>169</sup>, que as mais das vezes actuam no mercado em situação de oligopólio, consubstanciada normalmente em prestações jurídicas adequadas a assegurar a concorrência e a combater e, se possível, a neutralizar as ameaças que pairam na *sociedade de risco* dos tempos actuais<sup>170</sup>.

### **1.3. A quintessência da Lei Fundamental: um balanço**

Se a Constituição representa “uma pretensão de ligar o futuro ao presente”<sup>171</sup>, a primeira conclusão que podemos extrair do balanço de cerca de duzentos e vinte anos de Constitucionalismo reporta-se ao crescimento *quantitativo* e *qualitativo* deste ramo de Direito no contexto do ordenamento jurídico. Com efeito, aos sete artigos que corporizavam a *Constituição dos Estados Unidos da América em 1787* foram agregados, até ao momento, vinte e sete aditamentos, sem olvidar as ementas entretanto introduzidas. Por seu turno, a experiência constitucional francesa debutou com a *Déclaration de Droits de l’Homme et du Citoyen*, um texto com dezassete artigos que ambicionava ser “mais que uma declaração de direitos, era todo o programa político e

---

<sup>169</sup> Cfr. *supra*, I, 1.6.3.

<sup>170</sup> Aperfeiçoamos assim a concepção que sustentamos anteriormente, segundo a qual “a quarta geração de direitos fundamentais consistia numa mera categoria *heterogénea* de novos direitos típicos de uma época, os anos sessenta e setenta do século XX, e da respectiva conjuntura internacional, proporcionada pela globalização das comunicações que permitiu o despontar de uma opinião pública mundial, acompanhada nalguns casos pelo aparecimento de *fora* internacionais que permitiram a formação e consolidação de movimentos que alertaram a humanidade para alguns problemas cadentes na Sociedade Internacional, nomeadamente em matérias de direitos humanos, alguns dos quais actualmente assumem a forma de organizações internacionais não-governamentais”, cfr. JOSÉ LUCAS CARDOSO, *Direitos Fundamentais – Sumários de Direitos Fundamentais segundo as prelecções aos alunos do 2º ano jurídico da Universidade Lusíada de Lisboa no 1º semestre do ano lectivo 2008/2009*, policopiado, p. 13; apesar de exprimirmos no texto um entendimento sobre as características gerais dos *direitos fundamentais de quarta geração*, não olvidamos que a autonomia científica desta espécie é objecto de acesa controvérsia, cfr. *infra*.

<sup>171</sup> A expressão é de ROGÉRIO SOARES, *Constituição*, p. 672; em sentido concordante, JORGE MIRANDA, opina que “sem se fechar no seu instante inicial ou numa conformação estrita, a Constituição material vem a ser aquilo que permanece enquanto mudam os preceitos ou as regras através de sucessivas revisões ou por outras formas ou vicissitudes. Em dialéctica constante com as situações e os factos da vida política, económica, social e cultural – com aquilo a que se vai chamando *realidade constitucional* – a necessidade da sua permanência torna-se requisito de segurança jurídica”, *Manual de Direito Constitucional*, tomo II, p. 26/27.

constitucional da modernidade, no qual ocupou um lugar preeminente a ideia da universalidade de direitos<sup>172</sup>, passou, entre muitos outros, por um período durante o qual vigoraram apenas “três leis secas e sumárias”<sup>173</sup> que se revelaram exactamente as necessárias e suficientes para regular as instituições políticas da III República, enquanto actualmente a *Constituição de 1958*, estatuto jurídico da V República, compreende um rol de cento e quarenta e três artigos<sup>174</sup>. Neste contexto, importa referir que a *Constituição da República Portuguesa*, objecto por excelência da nossa análise, sofre em certa medida de algum “gigantismo constitucional” com as cerca de três centenas de artigos que incorpora<sup>175</sup>.

Em suma, em pouco mais de dois séculos, o Direito Constitucional evoluiu, conforme acabamos de descrever, de um ordenamento exíguo, em regra de titularidade circunscrita às *elites políticas* triunfantes das revoluções liberais e que regulava os assuntos que a estas interessavam no âmbito de uma Sociedade Civil que havia superado o *ancien régime*<sup>176</sup> e que desejava exercer as actividades industriais e comerciais sem condicionamentos jurídicos, até ao panorama actual em que as Constituições incorporam uma panóplia variada de normas que respeita,

---

<sup>172</sup> Neste sentido, GREGORIO PECES-BARBA, RAFAEL DE ASÍS e M.<sup>a</sup> DEL CARMEN BARRANCO, *Lecciones de Derechos fundamentales*, p. 195.

<sup>173</sup> Segundo uma conhecida expressão de MARCELLO CAETANO, *Manual de Ciência Política e Direito Constitucional*, p. 109.

<sup>174</sup> O texto da Constituição de 1958 *strictu sensu* é composto por cento e oito artigos mas a estes acrescem ainda os dezassete artigos da *Déclaration de Droits de l'Homme et du Citoyen* mais os dezoito parágrafos que corporizam o *Préambule de la Constitution de 1946* que continuam em vigor por força do disposto no artigo preambular da actual Constituição, cfr. *supra*.

<sup>175</sup> A expressão é de RICARDO LEITE PINTO, *Elogio da Constituição mínima*, in *Pessimismo Democrático*, Lisboa, Livros Horizonte, 2002, p. 61; no mesmo sentido, MARCELLO CAETANO alertava para a circunstância de ser “um dos [textos] mais longos actualmente vigentes”, *As Constituições Portuguesas*, Lisboa, Verbo Editora, 1986, p. 140 (à data em que o autor se pronunciou, a CRP compreendia trezentos e doze artigos; hoje, passadas sete revisões Constitucionais, o panorama não é muito diferente: o texto incorpora duzentos e noventa e seis artigos), cfr. ainda GOMES CANOTILHO, *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*, 2003, p. 216/217, e JORGE MIRANDA, *Manual de Direito Constitucional*, tomo I, p. 358 e ss.

<sup>176</sup> Consagração do sufrágio censitário, relevância da liberdade individual e da propriedade privada como direitos fundamentais, garantias de independência do Parlamento e dos Tribunais perante a Coroa...

subjectivamente, não apenas à *generalidade dos cidadãos* e ao seu quotidiano<sup>177</sup> mas também, objectivamente, a um conjunto de matérias fundamentais para a convivência e para a própria *coexistência humana pacífica na sociedade de risco* de finais do século XX e, ao que se prognostica, pelo menos do início do século XXI. Assim, as novéis Constituições, por um lado, reconhecem mais direitos, mesmo e sobretudo de liberdade, à pessoa humana e, por outro lado, excedem em muito a simples codificação dos mecanismos adequados à limitação do poder político que caracterizavam os articulados das primeiras Constituições liberais. Além disso, os mecanismos de limitação do poder foram objecto de aperfeiçoamentos sucessivos na medida em que a organização do poder político foi complexificada, deixando de se resumir à tríade *rei, parlamento e tribunais*, pelo que os próprios mecanismos de *freios e contrapesos* entre estes três centros institucionalizados de poder necessitaram ser multiplicados.

Como afirma RUI MOURA RAMOS, “a evolução por que na modernidade o Estado tem vindo a passar acentua, sobretudo no contexto cultural em que nos inserimos, a sua natureza de Estado constitucional. Neste, ao pacto fundacional vertido na Constituição continua a caber, em sociedades plurais e marcadas pela diversidade como o são cada vez mais as nossas, a tarefa de realizar as possibilidades de vida em comum, assegurando a convivência ordenada e não conflitual dos projectos de que os distintos grupos sociais, mais ou menos organizados são portadores”<sup>178</sup>. Continuando o seu raciocínio, conclui que “a Constituição torna-se, para tanto, num referencial da vida

---

<sup>177</sup> Cfr. o princípio da universalidade como princípio geral dos direitos fundamentais (artigo 12.º, n.º 1, da CRP), embora a fundamentalização dos direitos da pessoa humana tenha reduzido este conceito à perspectiva de “universalidade racional”, ostracizando as componentes da “universalidade temporal” e da “universalidade espacial”, isto é, da aplicação a toda a humanidade em todo o tempo, por força da circunscrição da aplicação do mesmo princípio ao *tempo* e ao *espaço* de vigência de cada Constituição que o positiva, conforme ensinam GREGORIO PECES-BARBA, RAFAEL DE ASÍS e M.ª DEL CARMEN BARRANCO, *Lecciones de Derechos fundamentales*, p. 195 e ss.

<sup>178</sup> Cfr. RUI MOURA RAMOS, *Intervenção de abertura do colóquio*, in R. MOURA RAMOS (org.), *35.º aniversário da Constituição de 1976*, vol. I, Coimbra, Coimbra Editora, 2012, p. 7.



colectiva que a adopta, para além de dever garantir a liberdade e os direitos dos cidadãos e de organizar o funcionamento do Estado segundo um princípio de divisão dos poderes. Com isto, e nas sociedades mais complexas e interdependentes que hoje conhecemos, a Constituição não perdeu nenhuma das características que tradicionalmente a distinguiam, antes tendo necessitado de acompanhar a evolução das formas sociais em que assegura uma função integradora, o que não passa certamente por qualquer atenuação do seu papel essencial na vertebração da vida colectiva dos entes sociais que constitui e organiza”<sup>179</sup>.

O crescimento *quantitativo* e *qualitativo* da matéria constitucional não é o reflexo de qualquer conjuntura de “constitucionalite aguda” ocorrida na segunda metade do século XX como afirmam alguns autores com aparente *sintoma de catastrofismo*<sup>180</sup>, mas, pelo contrário, significa, nas palavras proferidas com o conhecido optimismo de PETER HÄBERLE, que “a Constituição não é somente um texto jurídico para juristas que estes interpretam segundo velhas e novas regras; ela tem uma eficácia essencial também como guia para os não juristas: para os cidadãos”<sup>181</sup>. O autor sustenta ainda, na sequência, que “a Constituição não é apenas um texto jurídico nem sequer uma acumulação de normas superiores, é também expressão de um estado de desenvolvimento cultural, um meio de auto-representação de um povo, um espelho da sua herança cultural e um fundamento das suas novas esperanças. As Constituições vivas são a obra de todos os intérpretes constitucionais da sociedade aberta; são, pela sua forma e razão de ser, de longe, uma expressão e mediação cultural, um quadro para a reprodução e recepção e um armazém de informação, experiências, aventuras e até de

---

<sup>179</sup> Cfr. R. MOURA RAMOS, *ibidem*.

<sup>180</sup> Cfr. JOSÉ JOAQUIM ALMEIDA LOPES, *Direito Eclesiástico português do século XXI*, in *Revista da Faculdade de Direito da Universidade do Porto*, n.º 5, 2008, Coimbra, Coimbra Editora, p. 162.

<sup>181</sup> Cfr. PETER HÄBERLE, *La Constitución como cultura*, p. 194.

saberes “culturais” transmitidos”<sup>182</sup>. A dinâmica que proporcionou o acervo constitucional reunido entre as Revoluções liberais e o início do século XXI pode ser sintetizada nas palavras de FRANCISCO LUCAS PIRES quando um dia afirmou que “a democracia foi uma aquisição que construímos e aperfeiçoamos mas depois fomos acastelando sobre ela os perfeccionismos jurídicos do Estado de Direito”<sup>183</sup> pelo que, ainda segundo o autor, em consequência estaremos sempre perante a “necessidade de reinventar um novo equilíbrio entre o político e o jurídico”<sup>184</sup>.

A vastidão das matérias que passaram a integrar a *substância constitucional* associada à propensão inata do jurista pela *ordem* em detrimento do *caos*<sup>185</sup> tem motivado a doutrina a elaborar quadros classificatórios dos textos constitucionais segundo os mais variados critérios, como, v. g., quanto às fontes (material, formal e instrumental), quanto à estabilidade no ordenamento jurídico (flexíveis e rígidas), quanto à eficácia das normas perante a realidade social (normativas, nominais e semânticas), quanto à atitude do poder político perante a Sociedade Civil (estatutárias ou processuais e programáticas), quanto à relação das normas com o tempo (garantia e prospectiva), quanto à ideologia suprajacente (simples e complexa ou compromissória), quanto ao prazo expectável de vigência (definitiva e provisória ou transitória)<sup>186</sup>.

Contudo, no contexto da presente investigação, interessa-nos analisar a classificação das

---

<sup>182</sup> Cfr. PETER HÄBERLE, *ibidem*; em sentido aproximado, GOMES CANOTILHO, *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*, 2003, p. 1141.

<sup>183</sup> Cfr. F. LUCAS PIRES, *Legitimidade da justiça constitucional e princípio da maioria*, in *Legitimidade e legitimação da justiça constitucional – Colóquio no 10.º aniversário do Tribunal Constitucional*, Coimbra, Coimbra Editora, 1995, p. 174/175.

<sup>184</sup> Cfr. F. LUCAS PIRES, *ibidem*; para uma síntese da evolução “da Constituição liberal às Constituições actuais”, cfr. JORGE MIRANDA, *Manual de Direito Constitucional*, tomo II, p. 15 e ss.

<sup>185</sup> A metáfora utilizada no texto é inspirada no título da monografia de ROBERT COOPER, *Ordem e caos no século XXI*, trad. portuguesa de Carlos Braga, Lisboa, Editorial Presença, 2006; sobre este assunto, cfr. ainda JOÃO BAPTISTA MACHADO, *Introdução do Direito e ao Discurso Legitimador*, p. 32. Aliás, atendendo ao *velho* brocardo latino *ubi societas, ibi ordo, ibi ius*, a ideia de (uma) *ordem* está na génese do *Direito*.

<sup>186</sup> Classificações de Constituições elaboradas segundo critérios diversos poderão ser consultadas, v. g., em MARCELO REBELO DE SOUSA, *Direito Constitucional I*, p. 41 e ss., e em JORGE MIRANDA, *Manual de Direito Constitucional*, tomo II, p. 15 e ss.

Constituições em razão do objecto ou da matéria que regulam, isto é, o nosso propósito é o de realizar a demarcação, segundo um critério racional, das várias categorias ou *núcleos de matérias* que nos Estados de Direito democráticos lograram dignidade de acolhimento pela *Lei Fundamental*.

#### **1.4. A demarcação dos núcleos materiais da Constituição da República Portuguesa: os sub-sistemas sociais interactivos**

Uma sistematização da *Constituição da República Portuguesa* em razão do objecto ou matérias que incorpora deverá assentar sobre a qualificação do Estado Português como “um Estado de Direito democrático, baseado na soberania popular, no pluralismo de expressão e organização *política* democráticas, no respeito e na garantia de efectivação dos direitos e liberdades fundamentais e na separação e interdependência de poderes e empenhado na realização da democracia *económica, social e cultural* e no aprofundamento da democracia participativa”<sup>187</sup>. A menção, em sede de princípios fundamentais da Constituição<sup>188</sup>, dos quatro sub-sistemas sociais interactivos delimitados por TALCOTT PARSONS e NEIL SMELSER, precisamente o *político*, o *económico*, o *social* e o *cultural*<sup>189</sup>, universo que MARCOS VAQUER qualifica como o

---

<sup>187</sup> Cfr. artigo 2.º da *CRP*, itálicos nossos.

<sup>188</sup> São estes princípios que exprimem a *ideologia constitucional*, cfr. F. LUCAS PIRES, *Teoria da Constituição de 1976*, p. 184.

<sup>189</sup> São estes os quatro sub-sistemas sociais interactivos delimitados por TALCOTT PARSONS e NEIL J. SMELSER, *Economy and Society*, New York, Routledge, 2010, p. 51 e ss., para uma visão integrada e sistematizada do fenómeno que os autores denominam por “as fronteiras entre os sub-sistemas da sociedade” cfr., em especial, p. 68; em sentido aproximado, ROGÉRIO SOARES alude ao que denomina “sistemas sociais particulares autónomos”, referindo sistemas “de conteúdo económico, religioso ou cultural”, *Direito público e Sociedade Técnica*, p. 35, ANDRÉ-HUBERT MESNARD opina que “a cultura é, conjuntamente com a acção social e a intervenção económica, um dos domínios de intervenção dos poderes públicos consideravelmente desenvolvida”, *L’action culturelle des pouvoirs publics*, p. 13, enquanto ANTÓNIO TORRES DEL MORAL afirma que a “a cultura é um âmbito da vida humana conjuntamente com o político, o económico e com o social”, *Principios de Derecho Constitucional Español*, Madrid, Universidad Complutense de Madrid, 2010, p. 637. A metodologia sustentada no texto coincide com aquela que é sufragada por JESÚS PRIETO em relação à *Constitución Española de 1978*

“*quadrivium temático do saber actual*”<sup>190</sup>, legitima uma investigação destinada a averiguar da autonomia, e do conteúdo específico, de uma (i) *Constituição cultural*<sup>191</sup>, característica da fase actual da História<sup>192</sup> e complementar da (ii) *Constituição política*, testamento político das revoluções liberais, que começou por reconhecer direitos da pessoa humana e que consagrou um modelo de organização do poder político modelado pelo princípio da separação de poderes, da (iii) *Constituição económica*, legitimadora da intervenção do poder político nas actividades económicas e que conheceu a sua maior vaga expansionista no pós II Guerra Mundial, e da (iv) *Constituição social*, que acolheu, entre outras matérias, o *Seguro Social de Bismarck* e contemporânea da anterior<sup>193</sup>.

Segundo TALCOTT PARSONS e NEIL SMELSER, “os quatro principais sub-sistemas funcionais de uma sociedade – a *economia*, a *política*, a *integração social* e a *cultura* – [estão relacionados entre si de modo que] cada um constitui parte da situação ou ambiente social conjuntamente com os outros três. Para a economia, v. g., o regime político, o sistema integrador, ou comunitário, e o sistema cultural constituem a situação social”<sup>194</sup>. Os autores definem cada um destes sub-sistemas nos termos que passamos a descrever em termos sucintos: a *economia* consistiria na “produção e distribuição de

---

quando afirma que “é fácil perceber certo eco entre essas quatro categorias (o autor refere-se àquelas que estão mencionadas no artigo 9.º, n.º 2, *in fine* da *Constitución Española: facilitar a participação de todos os cidadãos na vida política, económica, cultural e social*) e a classificação devida a PARSONS sobre os sub-sistemas sociais interactivos (o político, o económico, o fiduciário ou cultural e o comunitário ou de integração)”, *Cultura, culturas e Constitución*, p. 194/195, cfr. ainda p. 202.

<sup>190</sup> Cfr. MARCOS VAQUER, *Estado y Cultura*, p. 93.

<sup>191</sup> Em sentido afirmativo, pronunciam-se ALESSANDRO PIZZORUSSO, *Lezioni di Diritto Costituzionale*, p. 180 e ss., JESÚS PRIETO, *Cultura, culturas y Constitución*, p. 194 e ss. e JAVIER TAJADURA, *La Constitución Cultural*, p. 102.

<sup>192</sup> No sentido da entrada da cultura no constitucionalismo ser um fenómeno “relativamente tardio”, pronuncia-se JAVIER TAJADURA quando, embora em referência especificamente ao caso espanhol, refere que nenhuma das Constituições do século XIX incluíram no seu articulado o termo cultura, embora tenham regulado matérias conexas com esta, como a educação, a imprensa ou a língua, *La Constitución Cultural*, p. 99; ainda segundo o autor, “todas as Constituições europeias posteriores à Segunda Guerra Mundial constitucionalizaram a cultura”, *idem*, p. 101; no mesmo sentido, JESÚS PRIETO, *Derechos culturales y desarrollo humano*, in *Pensar Iberoamérica*, n.º 7, 2004, p. 2/3, disponível na internet em [www.oei.es.pensariberoamerica/ric07a07.htm](http://www.oei.es.pensariberoamerica/ric07a07.htm).

<sup>193</sup> Cfr. *supra*.

<sup>194</sup> Cfr. TALCOTT PARSONS e NEIL J. SMELSER, *Economy and Society*, p. 51/52, itálicos nossos.

bens e serviços para a satisfação dos consumidores”<sup>195</sup>, enquanto a *política* “é uma categoria analítica paralela à economia” que se ocupa da análise das “unidades organizacionais da sociedade”, “assim como da sua variação entre as várias sociedades e ao longo do tempo”<sup>196</sup>. Quanto ao sub-sistema *social, integrativo* ou *comunitário* promove “a comunicação entre as pessoas com diferentes estatutos no sistema social e a integração de interesses que são necessariamente diferentes para algumas classes sociais”<sup>197</sup> e, por último, o sub-sistema *cultural* reporta-se “aos padrões de valores e aos processos intelectuais ou de pensamento”<sup>198</sup>.

Quanto a este último sub-sistema em especial, TALCOTT PARSONS e NEIL SMELSER sustentam que “a cultura, em qualquer sistema social, constitui a fronteira “especial” dos sistemas que não se manifestam exteriormente e não um limite de interacção. A circunstância de um determinado sub-sistema não se manifestar exteriormente não impede a manutenção de padrões de valor. Contudo, os padrões culturais não são átomos isolados, cada um institucionalizado em conexão com o seu próprio sistema particular ou sub-sistema. O sistema de valores culturais de uma sociedade é mais ou menos integrado. Os padrões de valor aplicáveis, em particular, a um dado sub-sistema são diferenciados do sistema de valores geral da sociedade total. As relações entre esses sub-sistemas culturais são, naturalmente, interactivas, que incluem relações de consistência, nível de generalidade, diferenciação de contexto relevante de aplicação, etc.”<sup>199</sup>. Ao jeito de conclusão e em linguagem metafórica, os

---

<sup>195</sup> Cf. TALCOTT PARSONS e NEIL J. SMELSER, *idem*, p. 52.

<sup>196</sup> Cf. TALCOTT PARSONS e NEIL J. SMELSER, *idem*, p. 57.

<sup>197</sup> Cf. TALCOTT PARSONS e NEIL J. SMELSER, *idem*, p. 66.

<sup>198</sup> Cf. TALCOTT PARSONS e NEIL J. SMELSER, *idem*, p. 69; segundo os autores, o sub-sistema cultural incorpora os valores sociais que fornecem os padrões gerais aos outros sub-sistemas sociais, cfr. JOSÉ MAURÍCIO DOMINGUES, *A Sociologia de Talcott Parsons*, Coimbra/Rio de Janeiro, Imprensa da Universidade de Coimbra/Annablume Editora, 2012, p. 66.

<sup>199</sup> Cf. TALCOTT PARSONS e NEIL J. SMELSER, *ibidem*; aliás, os autores qualificam os processos de interacção ou de intercâmbio entre os sub-sistemas como decisivos na dinâmica do sistema social, cfr. a

autores sustentam que “o papel dos padrões de valores culturais é análogo ao de um “programa” básico de computador. Sequencialmente à introdução de uma informação mais específica, a máquina realiza uma série de operações para obter resultados particulares. No entanto, o padrão de programas não deriva dos procedimentos de funcionamento específicos ou vice-versa, são factores independentes analiticamente”<sup>200</sup>.

Considerando a necessidade de conjunção destes quatro *elementos* para assegurar a dinâmica de uma sociedade, afigura-se coerente que a Constituição os acolha simultaneamente, solução que não impede, antes incentiva, o jurista de delimitar a identidade própria de cada um dos mencionados elementos, desde que salvaguardada a respectiva compatibilização por forma a não desagregar o texto constitucional quando é a própria sociedade que exige a interacção dos mesmos para se afirmar como comunidade humana homogénea<sup>201</sup>.

Analisada largamente a *Constituição política*, sua sedimentação e conteúdo essencial<sup>202</sup>, com intuito de completar o ciclo dos conceitos referentes aos demais sub-sistemas sociais adquiridos doutrinariamente, começamos por recordar, quanto à *Constituição económica*, as palavras de ANTÓNIO SOARES PINTO BARBOSA para quem “o *constitucionalismo* económico (...) visa examinar os fundamentos teóricos que podem justificar a preferência por intervenções [do poder político] na economia sob a forma de regras, em vez do uso do poder discricionário, e procurando, nesse caso,

---

apreciação de JOSÉ MAURÍCIO DOMINGUES, *idem*, p. 66/67. Ainda sobre esta questão, PETER HÄBERLE destaca que, no contexto da teoria dos sub-sistemas de TALCOTT PARSONS e NEIL J. SMELSER, “os conteúdos mais importantes do sub-sistema cultural sempre foram valores que contêm definições muito amplas e gerais de estados, situações e processos reputados como desejáveis, na medida em que tais valores ostentam uma importância primordial no que concerne ao estabelecimento e estabilidade de toda a ordem social”, *Teoría de la Constitución como ciencia de la cultura*, p. 74.

<sup>200</sup> Cfr. TALCOTT PARSONS e NEIL J. SMELSER, *idem*, p. 69/70.

<sup>201</sup> Cfr. *infra*, 2.2.

<sup>202</sup> Cfr. *supra*, 1.2.1.

determinar regras óptimas de intervenção”<sup>203</sup>. Todavia, o debate sobre a *Constituição económica* não pode ignorar a premonitória admoestação de ROLF STOBER sobre a *globalização da economia* anteriormente abordada, e que não se nos afigura pleonástico recordar, segundo a qual “os Estados estão em *concorrência, a nível mundial, de localização e de regulação*. A crescente *regionalização e globalização da economia* obrigam, cada vez mais, os Estados a aceitar, no interesse da simplificação e do fomento das transacções económicas internacionais, limitações aos Direitos nacionais de soberania na área económica”<sup>204</sup>. Assistimos, em consequência a um fenómeno de inevitabilidade fáctica dos Estados compatibilizarem as regras da sua *Constituição económica* com as normas do “ordenamento geral da economia internacional”<sup>205</sup>.

Sobre a *Constituição social*, conforme a descrição de KONRAD HESSE, “o desenvolvimento científico, técnico e industrial, o contemporâneo aumento da população, a especialização do trabalho, assim como a subsequente e crescente densificação e mutação das relações vitais ocasionaram o crescimento e a modificação das tarefas do Estado, a sua “pluralização” e “democratização”, impuseram ao Estado mais e maiores tarefas porque a moderna vida económica, cultural e social necessita de planificação, de direcção e da configuração, fazendo surgir com intensidade crescente a

---

<sup>203</sup> Cfr. ANTÓNIO S. PINTO BARBOSA *Economia Pública*, Lisboa, McGraw-Hill, 2001, p. 186.

<sup>204</sup> Cfr. ROLF STOBER, *Direito Administrativo Económico Geral*, p. 49, e *supra*, I, 1.6.; sobre a *Constituição económica* é vasta a bibliografia, cfr., selectivamente, ROLF STOBER, *Direito Administrativo Económico Geral*, p. 49, LUIS SANCHEZ AGESTA (org.), *Constitución y Economía – El ordenación del sistema económico en las Constituciones occidentales*, Madrid, Publicaciones de la Revista de Derecho Público, 1977, JORGE BRAGA DE MACEDO, *Princípios gerais da organização económica*, in JORGE MIRANDA (org.), *Estudos sobre a Constituição*, vol. I, Lisboa, Livraria Petrony, 1977, p. 189 a 205, JOSÉ SIMÕES PATRÍCIO, *Introdução ao Direito Económico*, Lisboa, Centro de Estudos Fiscais, 1982, A. SOUSA FRANCO, *Noções de Direito da Economia*, max. p. 87 e ss., GUILHERME D’OLIVEIRA MARTINS, *Constituição Económica – Lições sobre a Constituição Económica Portuguesa*, vol. I, Lisboa, A.A.F.D.L. – Associação Académica da Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa, 1983/1984 e *Constituição Financeira*, VITAL MOREIRA, *Economia e Constituição, A ordem jurídica do capitalismo*, Lisboa, Caminho, 1987, p. 101 e ss., e *Auto-regulação profissional e Administração pública*.

<sup>205</sup> A expressão é de JEAN TOUSCOZ, *Direito Internacional*, p. 224.

tarefa de “procura existencial” e fazendo com que a segurança e assistência sociais sejam consideradas, cada vez em maior medida, como tarefa do Estado”<sup>206</sup>.

A análise do núcleo cultural da *Constituição da República Portuguesa* constitui o assunto subsequente da presente investigação e será processado com o objectivo de aferir *se* o conjunto de normas e princípios constitucionais em matéria cultural merecem qualificação como *Constituição cultural*, à semelhança do sufragado em relação ao normativo regulador dos demais sub-sistemas sociais interactivos. O empreendimento proposto não ignora a admoestação de GERARDO RUIZ-RICO RUIZ, segundo a qual “o tratamento da cultura constitui uma espécie de assunto inacabado da Ciência do Direito Constitucional”<sup>207</sup>. Anátema que o autor imputa à circunstância da “protecção das liberdades culturais ter sido concebida geralmente circunscrita a uma série de direitos característicos do Estado liberal (liberdade de ensino, liberdade de imprensa e liberdade de expressão) e no máximo de um direito social de prestação, o direito à educação. Quanto ao Estado democrático, nem sequer se desenvolveu uma “democracia cultural” que seja reflexo de uma certa pluralidade cultural para além das culturas com que se identificam os Estados nacionais. Finalmente, não há dúvida que no âmbito do Estado social, os elementos económicos e socio-laborais sempre primaram sobre a projecção que essa fórmula supostamente incorporaria”<sup>208</sup>. O contexto está descrito, o método interiorizado e o objectivo definido, *aller de l'avant*.

---

<sup>206</sup> Cfr. KONRAD HESSE, *Concepto y cualidad de la Constitución*, in KONRAD HESSE (org.), *Escritos de Derecho Constitucional*, trad. castelhana de Pedro Cruz Villalón, Madrid, Centro de Estudios Constitucionales, 1983, p. 10/11; cfr., para uma apreciação do assunto em duas conjunturas supervenientes, ANTÓNIO DA SILVA LEAL, *O direito à segurança social*, in JORGE MIRANDA (org.), *Estudos sobre a Constituição*, vol. I, Lisboa, Livraria Petrony, 1977, p. 335 a 372, JOÃO LOUREIRO, *Adeus ao Estado social?*, p. 40 e ss., e PEDRO CARDOSO, *The future of Old-age Pensions: Its Explosion and Implosion*, Amsterdam, Tinbergen Institute, 2004.

<sup>207</sup> GERARDO RUIZ-RICO RUIZ, *Introducción metodológica sobre el estudio de la cultura por el Derecho Constitucional*, p. 10.

<sup>208</sup> GERARDO RUIZ-RICO RUIZ, *ibidem*.





## 2. A Constituição cultural em especial

*E poiché, tanto queste regole generali, quanto il principio di tutela della persona e le sue varie specificazione, trovano il loro fondamento in un complesso di scelte che rappresentano l'accettazione di un determinato modello di cultura ed di rifiuto di quelli ad esso contrapponibili, sembra opportuno riunire la trattazione di questi problemi sotto una comune nozione di "costituzione culturale", da affiancare a quella di "costituzione economia", distinguendola da essa anche se i nessi e le reciproche interferenze fra i due ordini di problemi sono tutt'altro che rari.*

ALESSANDRO PIZZORUSSO, *Lezioni di Diritto Costituzionale*, Roma, Il Foro Italiano, 1981, p. 180

### 2.1. O conceito de Constituição Cultural

O primeiro testemunho doutrinário da consagração de aspectos culturais num texto constitucional foi lavrado pela *pena* de RUDOLF SMEND que começou, no período *entre guerras*, a contestar as teorias positivistas pela relutância em aceitarem a existência de problemas de ética e de prática política em sede de bondade de valores materiais legitimadores do poder político que apresentavam teor diverso nas várias Constituições<sup>209</sup>. Alegava o jurista de *Lengerich* que “uma análise estritamente formal-positivista dos valores legitimadores não basta, pois estes apenas adquirem carácter jurídico positivo quando concretizados”<sup>210</sup>, representando essa mesma consagração num texto constitucional a consubstanciação “do sentido profundo da emancipação das instituições a partir da individualidade do povo ou da sua inclusão na didáctica histórica do espírito”<sup>211</sup>. Neste contexto, alegava ainda “não ser mera coincidência a circunstância de todas as Constituições consagrarem matérias como direitos humanos, preâmbulo, território do Estado, regime político ou bandeira nacional [na medida em que] estes são os elementos que, basicamente, configuram a essência e a realidade do

---

<sup>209</sup> Cfr. RUDOLF SMEND, *Constitución y Derecho Constitucional*, p. 167/168 (a primeira edição da monografia citada foi publicada em 1928).

<sup>210</sup> Cfr. RUDOLF SMEND, *idem*, p. 167.

<sup>211</sup> Cfr. RUDOLF SMEND, *ibidem*.

Estado, de tal modo que tudo aquilo que se lhes acrescenta no texto constitucional se resume a uma série de normas destinadas à sua realização e sempre num plano secundário relativamente aos valores primários e mais elevados da ordem estadual”<sup>212</sup>. Como afirmaria algumas décadas mais PETER HÄBERLE, “a busca de uma compreensão relativamente “justa” da Constituição (...) pressupõe um descobrimento da cultura, quer geral, quer específica; todos estes elementos em relação com a abertura contemporânea comparativa e científico-cultural da doutrina constitucional evidenciam que Constituição e cultura albergam muitas estratificações e diferenças”<sup>213</sup>. Contudo, RUDOLF SMEND não logrou reunir os aspectos mencionados sob um denominador comum, conclusão que a ser alcançada poderia à época haver constituído o embrião de um núcleo cultural da Constituição.

O conceito de *Constituição cultural* apenas viria a entrar para a *enciclopédia jurídica* com o patrocínio de ALESSANDRO PIZZORUSSO que, na década de setenta do século XX, portanto cerca de duas décadas após ERNST RUDOLF HUBER e ENRICO SPAGNA MUSSO haverem recuperado o conceito de *Estado de cultura*<sup>214</sup>, definiu, autonomizou e delimitou este *núcleo material*<sup>215</sup> da Lei Fundamental nos seguintes termos: “ao lado do conjunto dos princípios que a Constituição dedica às relações económicas devem situar-se uma série de disposições não menos transcendentais destinadas a assegurar uma protecção básica da vida humana considerada como valor em si mesmo, à margem do uso que se fizer dos recursos

---

<sup>212</sup> Cf. RUDOLF SMEND, *idem*, p. 168.

<sup>213</sup> Cf. PETER HÄBERLE, *La Constitución como cultura*, p. 194.

<sup>214</sup> Cf. *supra*, I, 1.6.1.

<sup>215</sup> Adoptamos o conceito de *núcleo material* em detrimento da expressão “Constituição parcial”, sufragado por JOÃO LOUREIRO (*Liberdade de ensino, pluralismo e democracia – Nótula sobre alguns aspectos jurídico-constitucionais das alterações ao quadro legislativo relativo aos contratos de associação*, in *Estudos de Homenagem ao Prof. Doutor Jorge Miranda*, vol. II, Lisboa, Coimbra Editora, 2012, p. 82), na medida em que se nos afigura mais conforme ao princípio da unidade da Constituição; a ideia de que partimos é a de um texto constitucional com matérias de variada índole articuladas entre si e não de uma compartimentação do texto (cf. *infra*).

humanos com vista a fins políticos ou económicos. Assim se dá entrada a uma nova dimensão das garantias constitucionais cujo núcleo essencial se situa na protecção da liberdade pessoal e dos demais direitos fundamentais vinculados de diverso modo à mesma e, antes de mais, num conjunto de regras gerais tendentes a criar uma situação ambiental que facilite o mais possível o exercício das liberdades individuais. Visto que estas regras gerais, assim como o princípio de garantia da pessoa e as suas especificações, encontram o seu fundamento numa série de opções em que se aceita um determinado modelo de cultura – e um conseqüente repúdio de outros modelos contrapostos –, parece oportuno integrar toda esta temática sob a noção comum de *Constituição cultural*, destacando sob esta rubrica uma dimensão distinta da definida como *Constituição económica*, mesmo que os nexos e interferências entre uma e outra problemática não sejam de algum modo pouco frequentes”<sup>216</sup>.

A partir deste postulado, a doutrina começou a trabalhar o conceito de *Constituição cultural* no pressuposto da existência de uma “relação íntima entre a cultura, os valores e o Direito Constitucional”<sup>217</sup>, a começar logo pela juspublicística transalpina onde SALVATORE MASTROPASQUA veio a terreiro criticar as vozes cépticas que consideram “inoportuna a inclusão do artigo 9.º nos princípios fundamentais [da *Costituzione Italiana*], alegando que o enunciado normativo dele constante não revestia a natureza preceptiva característica daqueles princípios, especialmente na relação com outros preceitos constitucionais”, assim como assumiu também a oposição aqueles que se apressaram a confiná-lo ao limbo das normas meramente programáticas, especialmente no que diz respeito à disciplina dos bens

---

<sup>216</sup> Cfr. ALESSANDRO PIZZORUSSO, *Lezioni di Diritto Costituzionale*, p. 180 (a primeira edição do manual citado foi publicada em 1978).

<sup>217</sup> A expressão é de PABLO LUCAS VERDÚ, *Teoría de la Constitución como ciencia cultural*, p. 39.

culturais<sup>218</sup>. A delimitação do conceito tem sido realizada mediante identificação, sistematização e “interpretação sistemática dos preceitos constitucionais”<sup>219</sup> referentes a matérias de âmbito cultural, sendo que este fenómeno é reconhecidamente abordado pela Lei Fundamental em três dimensões distintas embora conexas: (i) como âmbito da vida humana, paralelo ao político, ao económico e ao social, (ii) como direito, e eventualmente dever, fundamentais e ainda (iii) como tarefa do Estado<sup>220</sup>.

## **2.2. A delimitação positiva de *Constituição Cultural***

A conceptualização de uma *Constituição cultural*, segundo a metodologia concebida por PETER HÄBERLE, pressupõe o entendimento da ciência do Direito, nomeadamente de “uma ciência do Direito Constitucional de cunho “científico-espiritual”, isto é, que projecta o foco luminoso do seu interesse epistemológico sobre as dimensões culturais inseridas na própria Constituição, razão pela qual só aparentemente se circunscreve o âmbito da ciência jurídica considerada profundamente como ciência social”<sup>221</sup>. Ainda no mesmo contexto, sustenta o autor que “o resultado deste entendimento do tema consiste na formulação como premissa científica do postulado segundo o qual a “cultura e o desenvolvimento do Direito Constitucional” – quando se elabora a sua temática com maior profundidade que aquela com que o assunto foi abordado até ao presente – projectam a sua influência genericamente nas Constituições surgidas no âmbito dos Estados democráticos e, assim sendo, os respectivos conteúdos poderão buscar arrimo em novos projectos teóricos globais de relevante integração social que analisam concertadamente o Direito e o desenvolvimento social,

---

<sup>218</sup> Cfr. SALVATORE MASTROPASQUA, *Cultura e scuola nel sistema costituzionale italiano*, p. 4.

<sup>219</sup> A metodologia é proposta por TAJADURA, *La Constitución Cultural*, p. 102

<sup>220</sup> Neste sentido, cfr. ainda JAVIER TAJADURA, *idem*, p. 102/103.

<sup>221</sup> Cfr. PETER HÄBERLE, *Teoría de la Constitución como ciencia de la cultura*, p. 73/74.

caracterizando-se assim, geralmente, pela estreita interdependência também com processos de desenvolvimento cultural”<sup>222</sup>. Com efeito, ainda segundo ensina PETER HÄBERLE, “a Constituição não é apenas um texto jurídico nem sequer uma acumulação de normas superiores, é também expressão de um estado de desenvolvimento cultural, um meio de auto-representação de um povo, um espelho da sua herança cultural e um fundamento de novas esperanças. As Constituições vivas são obra de todos os intérpretes constitucionais da sociedade aberta; são, pela sua forma e razão de ser, de longe, uma expressão e mediação cultural, um quadro para a reprodução e recepção e um centro de custódia de informação, experiências, aventuras e até de saberes “culturais” transmitidos”<sup>223</sup>.

Se desejarmos passar do plano estritamente teórico para a análise de sistemas jurídico-político-culturais em concreto, indubitavelmente que a descrição mais abrangente do conteúdo de uma *Constituição cultural* é lavrada pela *pena* de JESÚS PRIETO DE PEDRO que, por referência à *Constitución Española de 1978*, sistematiza os vários preceitos constitucionais conexos com o tema em quatro círculos concêntricos. Assim, partindo do núcleo duro da *essentia* cultural como a delimita a *Constitución Española*, que o autor identifica com o enunciado normativo do respectivo artigo 20.º, n.º 1, b), e alargando progressivamente a extensão do círculo a domínios que contribuem, por forma regressivamente mais ténue quanto maior a distância em relação ao centro, para a interligação da matéria cultural com os demais sub-sistemas sociais interactivos, atingindo o conteúdo máximo do sub-sistema cultural com a incorporação do fim último de toda a actividade cultural do Estado no círculo exterior<sup>224</sup>.

---

<sup>222</sup> Cfr. PETER HÄBERLE, *idem*, p. 74.

<sup>223</sup> Cfr. PETER HÄBERLE, *La Constitución como cultura*, p. 194.

<sup>224</sup> Cfr. JESÚS PRIETO, *Cultura, culturas y Constitución*, p. 206 e ss., cfr. ainda *Cultura*, p. 1874 e ss.; sobre os sistemas sociais interactivos, cfr. *supra*, 1.4.

Concretizando em termos específicos, o JESÚS PRIETO identifica na Lei Fundamental espanhola (i) um “*núcleo básico* compreensivo dos conteúdos medulares do *tema cultura* que se reportam aos conceitos de *arte, literatura, ciência e técnica*”<sup>225</sup>. Seguidamente, identifica (ii) um “*círculo de enquadramento institucional* do núcleo anterior que abarca todos os preceitos constitucionais relativos a procedimentos, actividades e instituições que, de forma exclusiva ou parcialmente, funcionam como garantes de criação, transmissão ou comunicação da arte, literatura, ciência e técnica” e que o autor identifica como os referentes à *educação*, aos *meios de comunicação social*, aos *museus, bibliotecas e conservatórios de música* e à *investigação*<sup>226</sup>. Segundo a mesma metodologia, este conjunto, por sua vez, é ainda circundado por (iii) um círculo de “*projecção* ou extensão da cultura a matérias, em princípio alheias a ela, mas através das quais se prolonga, ou porque reflectem determinados valores culturais (*meio ambiente*) ou porque asseguram a experiência cultural às pessoas (*turismo e lazer*)”<sup>227</sup>. Por último, o autor identifica matérias (iv) “não incluídas nos círculos anteriores mas que apresentam conotações e implicações muito definidas da cultura com determinados valores”: *o pleno desenvolvimento da personalidade humana*, os preceitos em que a cultura surge como *valor de integração social* e a *qualidade de vida*<sup>228</sup>.

Quanto ao disposto na *Constituição da República Portuguesa* sobre a matéria, a doutrina, mesmo para além dos horizontes da comunidade científica nacional, começa a reconhecer que apesar de “em Portugal, não estar generalizada a expressão *Estado de*

---

<sup>225</sup> Cf. JESÚS PRIETO, *Cultura, culturas y Constitución*, p. 206, cfr. ainda *Cultura*, p. 1874.

<sup>226</sup> Cf. JESÚS PRIETO, *Cultura, culturas y Constitución*, p. 207 e ss., cfr. ainda *Cultura, ibidem*.

<sup>227</sup> Cf. JESÚS PRIETO, *Cultura, culturas y Constitución*, p. 209 e ss., cfr. ainda *Cultura*, p. 1875.

<sup>228</sup> Cf. JESÚS PRIETO, *Cultura, culturas y Constitución*, p. 210 e ss., cfr. ainda *Cultura, ibidem*; outra concepção, formulada em termos mais sintéticos, é apontada na doutrina espanhola por RAFAEL BARRANCO que define *Constituição cultural* “como um conjunto de características peculiares que identificam uma sociedade moderna e europeia, que se concretizam num conjunto de normas e princípios que também vão formando um *corpus* próprio como *Direito da cultura* e que sem dúvida tem uma expansão em outras áreas científicas: a economia cultural, a engenharia cultural, a política cultural...”, *El ámbito jurídico-administrativo del derecho de la cultura*, p. 204.

*cultura* (...) a *Constituição de 1976* sistematizou com grande precisão a técnica dos direitos culturais, que se consideram indissociáveis de uma *existência digna*. As prestações existenciais que asseguram uma vida humana digna não consistem somente numa procura ou *Daseinvorsorge* material. São inseparáveis das expressões culturais, da democracia cultural”<sup>229</sup>. A apreciação feita à doutrina portuguesa *fora de portas* reflecte a orientação maioritária da comunidade científica lusitana, isto é, iniciar o reconhecimento de uma *Constituição cultural* pela perspectiva do Estado social e somente assente tal premissa partir para análise da dimensão *libertadora* da cultura, metodologia à qual não será seguramente alheia a tradição constitucional portuguesa, iniciada logo com os textos liberais, isto é, em plena época do sacrossanto respeito pela velha máxima liberal *laissez faire, laissez passer*, de reconhecer aos cidadãos direitos de solidariedade<sup>230</sup> na esfera cultural, como a gratuitidade da instrução primária<sup>231</sup>.

Com efeito, ao invés do que sucede relativamente à ostracização do conceito identificativo do momento histórico *Estado de cultura*<sup>232</sup>, é público e notório que a doutrina portuguesa, de um modo geral, tem sufragado o conceito de *Constituição cultural* da autoria de ALESSANDRO PIZZORUSSO. Neste contexto, ROGÉRIO SOARES foi pioneiro, na comunidade científica lusitana, a mencionar a existência de uma *Constituição cultural*, paralela a uma *Constituição religiosa* ou a uma *Constituição económica* dentro da “ideia de Estado na sociedade plural”<sup>233</sup>.

---

<sup>229</sup> BEATRIZ GONZÁLEZ MORENO reconhece-o convictamente, *Estado de cultura, derechos culturales y libertad religiosa*, p. 46; no mesmo sentido, RAFAEL BARRANCO sustenta que “a referência à cultura nos textos internacionais, o crescente “factor social” e a importância que a cultura foi adquirindo como objecto próprio das ciências sociais, teve reflexo nos textos constitucionais, chegando-se nos nossos dias ao ponto de Constituições como a portuguesa ou a espanhola acolherem de modo expresso o direito à cultura e da elaboração de uma teoria da *Constituição cultural*”, *idem*, p. 203.

<sup>230</sup> Sobre conceito de *direitos de solidariedade*, cfr. *infra*, III, 2.1.4.

<sup>231</sup> Cfr. *supra*, I, 3.

<sup>232</sup> Cfr. *supra*, I, 1.6.2.

<sup>233</sup> Cfr. ROGÉRIO SOARES, *Direito Público e Sociedade Técnica*, p. 142/143.



JORGE MIRANDA, por seu turno, afirma categoricamente que “sendo a cultura uma das dimensões da vida comunitária e sendo a Constituição o estatuto jurídico do Estado na sua dupla face de comunidade e poder, nunca a cultura (tal como a economia) pode ficar fora da Constituição”<sup>234</sup> e, conforme adiantamos em momento anterior<sup>235</sup>, acrescenta que “é ele [Estado social] que, a par dos direitos económicos como pretensões de realização pessoal e de bem-estar através do trabalho e de direitos sociais como pretensões de segurança na necessidade, introduz direitos culturais como exigências de acesso à educação e à cultura (...) e que, para os tornar efectivos, prevê múltiplas incumbências dos poderes públicos”<sup>236</sup>.

GOMES CANOTILHO navega por águas confluentes ao sustentar, ainda numa perspectiva de Estado social, que “do conjunto das normas constitucionais referentes à “Constituição Cultural” (direito à educação e à cultura, direito ao ensino, direito ao desporto) verifica-se que o princípio da democracia económica e social não se limita, unilateralmente, a uma simples dimensão económica: quando se fala de prestações existenciais para “assegurar uma existência humana digna” pretende-se também aludir à indissociabilidade da “existência digna” de uma expressão cultural e, ao mesmo tempo, à inseparabilidade da “democracia cultural” de um dever de cuidado pelas prestações culturais (*Daseinsvorsorge*)<sup>237</sup>”.

ANTÓNIO DE SOUSA FRANCO é outro autor sensível à questão da delimitação de uma *Constituição cultural* mas apenas logrou atingir tal conclusão pela via da “integração dos aspectos fundamentais do ordenamento da sociedade numa

---

<sup>234</sup> Neste preciso sentido, JAVIER TAJADURA, *La Constitución Cultural*, p. 102; quanto a este aspecto, embora JORGE MIRANDA nunca o assuma expressamente, é notória a influência da doutrina de ALESSANDRO PIZZORUSSO (cfr. *supra*) sobre o pensamento do *decano lisboeta*.

<sup>235</sup> Cfr. *supra*, I, 1.6.2.

<sup>236</sup> Cfr. JORGE MIRANDA, *O património cultural e a Constituição*, p. 255/256, e *Notas sobre cultura, Constituição e direitos culturais*, p. 6.

<sup>237</sup> Cfr. GOMES CANOTILHO, *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*, 2003, p. 349.

*Constituição social*, em sentido amplíssimo”<sup>238</sup>, que em seu entendimento seriam o *social*, o *económico* e o *cultural*, legitimando cada um destes domínios da vida em comunidade o recorte da respectiva Constituição ou, segundo a terminologia que adoptamos, do respectivo *núcleo material* da Constituição. Neste contexto, a “*Constituição cultural* [seria o conjunto dos] princípios e normas relativos à actividade cultural das pessoas, dos grupos e das colectividades políticas (incluindo a educação ou transmissão da cultura, a investigação e a criação, como produção da cultura, o seu exercício e utilização pelos membros da comunidade)”<sup>239</sup>.

O conceito de *Constituição cultural* é ainda sufragado por VASCO PEREIRA DA SILVA quando afirma que “a Constituição portuguesa trata das matérias culturais tanto numa perspectiva objectiva – consagrando valores, princípios e regras de actuação, que instituem um Estado de Cultura –, como de acordo com uma dimensão subjectiva – garantindo posições substantivas de vantagem, individuais e colectivas, nas relações jurídicas de cultura, dotadas de natureza de direitos fundamentais. Uma tal diversidade de objecto e de metodologia de regulação do domínio fundamental da cultura não impede, contudo, a necessidade de procurar a unidade e a coerência desse tratamento, mediante a noção de “Constituição da Cultura”, enquanto elemento constitutivo essencial da Constituição portuguesa (em sentido material e formal)”<sup>240</sup>.

Apesar de qualquer uma das posições citadas se nos afigurarem correcta nos seus termos, do mesmo modo cremos que os argumentos com que os respectivos autores sustentam cada uma destas não se afiguram *per se* suficientes para atingir o almejado

---

<sup>238</sup> Cfr. A. SOUSA FRANCO, *Noções de Direito da Economia*, p. 90; neste contexto, SOUSA FRANCO denunciava permanecer fiel à concepção liberal da dicotomia entre Estado e Sociedade Civil e desse modo sustentava a existência de “um conceito de *Constituição social*, complementar – mais do que contraposto – do de Constituição política, como outra das faces do “Direito fundamental” da comunidade: o primeiro, como Direito político, seria o Direito do Estado; o segundo, como “Direito social”, seria Direito da sociedade...”, *idem*, p. 88.

<sup>239</sup> Cfr. A. SOUSA FRANCO, *idem*, p. 90.

<sup>240</sup> Cfr. V. PEREIRA DA SILVA, *A cultura a que tenho direito*, p. 55.

escopo na medida em que, apesar de qualquer um deles alertar para a distinção entre os sub-sistemas político, económico, social e cultural, apenas GOMES CANOTILHO logra uma aproximação ao *quid specificum* deste último pela referência aos mais emblemáticos direitos de âmbito cultural, mencionando, neste contexto, os direitos à educação e à cultura, ao ensino e ao desporto<sup>241</sup>. JORGE MIRANDA, por seu turno, *navega por águas tenebrosas sem lograr conduzir a nau a bom porto* pois embora advirta que “as expressões, Constituição cultural e Estado de cultura devem ser encaradas com certa prudência”<sup>242</sup>, o autor não logra estabelecer o ponto de equilíbrio entre os dois extremos da questão: *unidade e cindibilidade*. Com efeito, se, por um lado, JORGE MIRANDA afirma que “considerar uma Constituição cultural (ou uma Constituição económica, uma Constituição penal ou uma Constituição eleitoral) pode revelar-se útil, na tríplice medida em que propicia uma mais nítida consciência do escopo da Constituição, em que permite um aprofundamento da análise das pertinentes normas constitucionais e em que serve de apoio para a imprescindível ponte entre essas normas e as normas de legislação ordinária que lhes correspondem”<sup>243</sup> e, por outro lado, não deixa, em entendimento que sufragamos, de insistir que “não deve, contudo, acarretar a pulverização, a perda de unidade sistemática da Constituição ou o retorno a uma mera exegese. Não há uma Constituição de direitos fundamentais independente da Constituição dos poderes e o Estado de Direito implica, precisamente, uma determinada conformação recíproca. Não existe uma Constituição cultural independente da Constituição política ou uma Constituição penal à margem da Constituição administrativa. E até quando os princípios respectivos tenham origens e formulações

---

<sup>241</sup> Cfr. GOMES CANOTILHO, *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*, 2003, p. 349, e *supra*.

<sup>242</sup> Cfr. JORGE MIRANDA, *O património cultural e a Constituição*, p. 256, e *Notas sobre cultura, Constituição e direitos culturais*, p. 7/8.

<sup>243</sup> Cfr. JORGE MIRANDA, *O património cultural e a Constituição*, *ibidem*, e *Notas sobre cultura, Constituição e direitos culturais*, *ibidem*.

aparentemente discrepantes (em Constituições compromissórias) não podem ser lidos e entendidos senão no contexto da mesma Constituição material”<sup>244</sup>, não encontra *o ponto de Arquimedes* entre a *utilidade* na identificação de sectores materiais da Constituição e a eminente *pulverização* da mesma Constituição material. Com efeito, o *calcanhar de Aquiles* da tese de JORGE MIRANDA reside exactamente em *continuar a navegar pelas turbulentas águas que correm agitada entre Cila e Caribdis sem lograr amainar a nau*, enquanto a segurança jurídica necessária à estabilidade da Constituição material perante a realidade constitucional<sup>245</sup> exigia do intérprete a referência, por um lado, ao ponto até ao qual se revela útil a identificação dos vários *núcleos materiais* da Constituição, bem como a um critério adequado à delimitação dos mesmos, considerando os benefícios que o autor invoca nesta operação hermenêutica<sup>246</sup>, e, por outro lado, ao ponto a partir do qual “o surto destas expressões tem (...) o risco de inculcar uma desagregação da unidade da Constituição”<sup>247</sup>. Sobre este assunto e sem pretensões de *quebrar o ovo de Colombo*, cremos que a adopção do critério dos sub-sistemas sociais interactivos de TALCOTT PARSONS e NEIL SMELSER com que anteriormente respondemos a esta questão<sup>248</sup> vem conferir a necessária segurança ao intérprete na realização da tarefa em apreço na medida em que suprajaz à *mens legis* do artigo 2.º da *Constituição da República Portuguesa*.

---

<sup>244</sup> Cfr. JORGE MIRANDA, *O património cultural e a Constituição, ibidem*, e *Notas sobre cultura, Constituição e direitos culturais*, p. 8.

<sup>245</sup> A atitude de JORGE MIRANDA afigura-se tanto mais incongruente na medida em que é o próprio a alertar para a circunstância de que “sem se fechar no seu instante inicial ou numa conformação estrita, a Constituição material vem a ser aquilo que permanece enquanto mudam os preceitos ou as regras através de sucessivas revisões ou por outras formas ou vicissitudes. Em dialéctica constante com as situações e os factos da vida política, económica, social e cultural – com aquilo a que se vai chamando *realidade constitucional* – a necessidade da sua permanência torna-se requisito de segurança jurídica”, *Manual de Direito Constitucional*, tomo II, p. 26/27.

<sup>246</sup> Cfr. *supra*.

<sup>247</sup> Cfr. JORGE MIRANDA, *Manual de Direito Constitucional*, tomo II, p. 20.

<sup>248</sup> Cfr. *supra*.

Quanto aos demais autores mencionados, SOUSA FRANCO limita-se a enunciar algumas actividades possíveis no campo cultural sem identificar a realidade social a que reconhece substracto cultural. Já PEREIRA DA SILVA, apesar de esboçar detalhada fundamentação para a autonomia da Constituição cultural na circunstância dos “juízos, as avaliações, as críticas, as análises e demais considerações intelectuais tendo por objecto a cultura deve[re]m ser realizados em razão dos seus próprios critérios e valores, e não funcionalizados à realização de objectivos “exteriores”, de ordem política, económica ou social” e ainda de “o acesso à fruição cultural não pode[r] ser colocado apenas em termos económicos ou sociais (ainda que também dependa deles, bem entendido), mas em termos autónomos e específicos, da mesma maneira como as políticas públicas de “combate à desigualdade cultural” não devem ser confundidas, tanto no que respeita a meios como a objectos, com as de “combate à desigualdade social”<sup>249</sup>, não se liberta da petição de princípio que inquina *ab initio* a sua tese na medida em que se limita a exemplificar alguns enunciados constitucionais que reputa de âmbito cultural sem que mais uma vez logre atingir uma definição material adequada da *essentia* cultural que permita reunir tais enunciados sob o signo da cultura<sup>250</sup>.

Sem prejuízo da análise detalhada posterior das figuras jurídicas que incorporam a *Constituição cultural* portuguesa, realizando a análise meramente exegética da *Constituição da República Portuguesa*, sem intuito de estabelecer no imediato uma sistematização cientificamente ordenada, e recolhendo o benefício da análise empreendida anteriormente acerca da substância cultural<sup>251</sup>, cremos estar municiados para recortar na Constituição em sentido formal os cinco *conjuntos* de enunciados normativos que consubstanciam este *núcleo material* da Lei Fundamental. Assim, logo

---

<sup>249</sup> Cfr. V. PEREIRA DA SILVA, *A cultura a que tenho direito*, p. 57.

<sup>250</sup> Cfr. *supra*, Introdução, 1.2. e 2.1.

<sup>251</sup> Cfr. *supra*, Introdução, 1.2.

em sede de *princípios fundamentais*, o texto constitucional incumbe o Estado Português das (i) tarefas fundamentais de “proteger e valorizar o património cultural do povo português, defender a natureza e o ambiente [e] preservar os recursos naturais”<sup>252</sup>, bem como de “assegurar o ensino e a valorização permanente, defender o uso e promover a difusão internacional da língua portuguesa”<sup>253</sup> e estatui ainda quais os (ii) símbolos nacionais, a saber: a Bandeira<sup>254</sup> e o Hino<sup>255</sup> Nacionais, e a língua oficial<sup>256</sup>. Por seu turno, em matéria de *direitos, liberdades e garantias pessoais*, a Constituição reconhece (iii) “o direito e o dever dos pais de educação e manutenção dos filhos”<sup>257</sup>, bem como (iv) as liberdades de criação<sup>258</sup>, de transmissão e de assimilação<sup>259</sup> culturais, isto é, de inovar intelectualmente, de ensinar e de aprender, e consagra ainda um princípio de *neutralidade* estadual no domínio da cultura<sup>260</sup>. Um (v) último grupo de preceitos, reunido sob a epígrafe *direitos e deveres culturais*<sup>261</sup>, que apresenta carácter heterogéneo na medida em que aglomera preceitos que reconhecem aos cidadãos e a outras pessoas, humanas e colectivas, posições subjectivas na esfera cultural com outras normas que consagram tarefas do Estado neste sector, incorpora ainda este núcleo material da *Constituição da República Portuguesa*.

Contrapondo os dois últimos conjuntos de preceitos mencionados, JOSÉ AUGUSTO SEABRA defendeu que “a Constituição de 1976 estabeleceu uma distinção nítida entre a *liberdade cultural* e a *democracia cultural*, consagrando a primeira no

---

<sup>252</sup> Cfr. artigo 9.º, e), 1.ª parte, da *CRP*.

<sup>253</sup> Cfr. artigo 9.º, f), da *CRP*.

<sup>254</sup> Cfr. artigo 11.º, n.º 1, da *CRP*.

<sup>255</sup> Cfr. artigo 11.º, n.º 2, da *CRP*.

<sup>256</sup> Cfr. artigo 11.º, n.º 3, da *CRP*; no sentido dos símbolos do Estado e da língua oficial constituírem parte integrante da *Constituição cultural*, cfr. PETER HÄBERLE, *El Estado Constitucional*, p. 31/32.

<sup>257</sup> Cfr. artigo 36.º, n.º 5, da *CRP*; para uma primeira abordagem do assunto, cfr. FRANCISCO M. PEREIRA COELHO, *Curso de Direito da Família*, Coimbra, 1986, policopiado, p. 73/74.

<sup>258</sup> Cfr. artigo 42.º da *CRP*.

<sup>259</sup> Cfr. artigo 43.º, n.ºs 1 e 4, da *CRP*.

<sup>260</sup> Cfr. artigo 43.º, n.º 2, da *CRP*.

<sup>261</sup> Cfr. Parte I, Título III, Capítulo III da *CRP*, i. é, artigos 73.º a 79.º

título que se ocupa dos “direitos, liberdades e garantias” e deixando a segunda para o título relativo aos “direitos económicos, sociais e culturais”<sup>262</sup>. Como um dos *mentores* e *artífices* da Lei Fundamental no que a esta matéria concerne, justifica que “esta localização sistemática pareceu mais consentânea com uma clara diferenciação estrutural do objecto específico sobre que uma e outra incidem, evitando-se, desse modo, a sua sobreposição abusiva e precipitada”<sup>263</sup>.

Se sufragamos o entendimento de JOSÉ AUGUSTO SEABRA no sentido dos artigos 42.º e 43.º do texto constitucional consagrarem a liberdade, ou com mais rigor, as *liberdades culturais*, não podemos acompanhar o autor quando afirma que os preceitos referentes a direitos e deveres culturais consagram a *democracia cultural*. Com efeito, se os artigos 42.º e 43.º se apresentam como um *bloco homogéneo* de normas cuja previsão incide sobre a autodeterminação da pessoa humana na esfera cultural e estatuem invariavelmente no sentido de reconhecimento das *liberdades autonomia*<sup>264</sup> em apreço, seja para efeitos de criar, de transmitir ou de assimilar conhecimentos, os artigos 73.º e seguintes mais não são que um *conjunto heterogéneo* de preceitos que alberga sob a *abóbada* da cultura realidades distintas como direitos de *liberdade*, direitos de *solidariedade*<sup>265</sup>, ou direitos sociais na expressão mais usual na doutrina<sup>266</sup>, e ainda *tarefas* do Estado. Portanto, o legislador constituinte não consagrou neste contexto uma forma de governo das actividades culturais pelos cidadãos, como numa primeira análise pode sugerir a expressão *democracia cultural*<sup>267</sup>, embora

---

<sup>262</sup> Cfr. JOSÉ AUGUSTO SEABRA, *Os direitos e os deveres culturais*, in JORGE MIRANDA (org.), *Estudos sobre a Constituição*, vol. III, Lisboa, Livraria Petrony, 1977, p. 355/356.

<sup>263</sup> Cfr. JOSÉ AUGUSTO SEABRA, *idem*, p. 336.

<sup>264</sup> Cfr. *supra*, 1.2.1.

<sup>265</sup> Sobre o conceito de *direitos de solidariedade*, cfr. *infra* III, 2.1.4.

<sup>266</sup> Cfr., por todos e apenas para uma primeira abordagem, LUIS M. DÍEZ-PICAZO, *Sistema de derechos fundamentales*, p. 43, e SÉRVULO CORREIA, *Direitos Fundamentais*, p. 15.

<sup>267</sup> Com efeito, segundo a definição de JORGE MIRANDA, “por democracia entende-se a forma de governo em que o poder é atribuído ao povo, à totalidade dos cidadãos (...) e em que é exercido de

reconheça algumas *liberdades de participação* política nos procedimentos decisórios, especificamente aos meios de comunicação social, às associações e fundações de fins culturais, às colectividades de cultura e recreio, às associações de defesa do património cultural e às organizações de moradores como *mediadores* do acesso de todos os cidadãos à fruição e criação cultural<sup>268</sup>, aos professores e alunos a liberdade de participação na gestão democrática das escolas<sup>269</sup> e de participação das associações de professores, de alunos, de pais, das comunidades e das instituições de carácter científico na definição da política de ensino<sup>270</sup>.

Se nos preceitos mencionados encontramos consagrados vários mecanismos de democracia participativa, cujo aprofundamento é um objectivo a que o Estado Português está constitucionalmente vinculado<sup>271</sup>, combinando assim, também na esfera cultural, a *liberdade dos antigos* com a *liberdade dos modernos*, consagrada nos artigos 42.º e 43.º, na magistral, e hoje clássica, sistematização de BENJAMIN CONSTANT anteriormente mencionada<sup>272</sup>, as demais normas incluídas no capítulo *direitos de deveres culturais* incidem sobre realidades diversas do princípio democrático. Assim sendo, verificamos a consagração nesta sede de normas que reconhecem verdadeiros direitos e deveres económicos, sociais e culturais, na terminologia adoptada pelo legislador constituinte<sup>273</sup>, como os direitos “à educação e à cultura”<sup>274</sup>, ao “ensino com garantia do direito à

---

harmonia com a vontade expressa pelo povo, nos termos constitucionalmente prescritos” (*Manual de Direito Constitucional*, tomo VII, p. 59) e, nos termos em que é configurada pela *CRP*, na expressão de RICARDO LEITE PINTO, conjuga “um elemento representativo e um elemento participativo” (*Democracia Pluralista Consensual*, in *Revista da Ordem dos Advogados*, Lisboa, Centro Editor Livreiro da Ordem dos Advogados, ano 44, 1984, págs. 265/266); cfr. ainda *supra*, 1.2.1.

<sup>268</sup> Cfr. artigo 73.º, n.º 2, da *CRP*.

<sup>269</sup> Cfr. artigo 77.º, n.º 1, da *CRP*.

<sup>270</sup> Cfr. *idem*, n.º 2.

<sup>271</sup> Cfr. artigo 2.º, *in fine*, da *CRP*.

<sup>272</sup> Cfr. *supra*, 1.2.1.

<sup>273</sup> Cfr. Parte I, epígrafe do Título III da *CRP*.

<sup>274</sup> Cfr. artigo 73.º, n.º 1, da *CRP*.



igualdade de oportunidade de acesso e êxito escolar<sup>275</sup>, à “igualdade de oportunidades no acesso à Universidade e às demais instituições de ensino superior<sup>276</sup>, à “fruição e criação cultural<sup>277</sup>, cuja diferença específica em relação à *liberdade de criação cultural* reconhecida nos termos do artigo 42.º, n.º 1, consiste no reconhecimento da faculdade de exigir do Estado os pressupostos materiais, nomeadamente financeiros, necessários ao exercício desta última, portanto sem que o legislador constituinte tenha incorrido em sobreposição de previsões normativas<sup>278</sup> e, por último, “à cultura física e ao desporto<sup>279</sup>. Correlativamente, a *Constituição da República Portuguesa* impõe a todos o “dever de preservar, defender e valorizar o património cultural<sup>280</sup>. Além de um deslocado direito de *liberdade autonomia* reconhecido às escolas de ensino superior, a denominada *autonomia universitária*<sup>281</sup>, as demais normas constantes do capítulo em apreço consagram tarefas do Estado no âmbito cultural.

A sistematização do capítulo referente aos *direitos e deveres culturais* é o espelho da composição heterogénea do Título III no seu conjunto na medida em que consagra ao longo dos seus preceitos normas que reconhecem (i) direitos de liberdade<sup>282</sup>, normas que reconhecem verdadeiros (ii) direitos económicos, sociais e culturais, cuja natureza reservamos para análise em momento posterior<sup>283</sup> e (iii) normas que incumbem o Estado da realização de tarefas destinadas à satisfação dos direitos em

---

<sup>275</sup> Cfr. artigo 74.º, n.º 1, da *CRP*.

<sup>276</sup> Cfr. artigo 76.º, n.º 1, da *CRP*.

<sup>277</sup> Cfr. artigo 78.º, n.º 1, da *CRP*, 1.º parte.

<sup>278</sup> Em sentido aproximado, GOMES CANOTILHO e VITAL MOREIRA, *Constituição da República Portuguesa anotada*, vol. I, Coimbra, Coimbra Editora, 2007, anotação II ao artigo 78.º; sobre este assunto, JAVIER TAJADURA sustenta a ideia que “os constituintes espanhóis e portugueses caminham um passo significativo ao consolidar a cultura como um direito autónomo, em concreto como um direito de prestação”, *La Constitución Cultural*, p. 124.

<sup>279</sup> Cfr. artigo 79.º, n.º 1, da *CRP*.

<sup>280</sup> Cfr. artigo 78.º, n.º 1, da *CRP*, 2.º parte.

<sup>281</sup> Sobre a natureza jurídica da *autonomia universitária*, cfr. *infra*, III, 2.2.2.3.

<sup>282</sup> São consensualmente apontados pela doutrina os casos da *liberdade de iniciativa económica privada* (artigo 61.º, n.º 1) e do *direito de propriedade privada* (artigo 62.º, n.º 1).

<sup>283</sup> Cfr. *infra*, III, 2.1.

apreço e, em última análise, à prossecução do objectivo genérico da realização da democracia económica, social e cultural<sup>284</sup>. A sistematização adoptada pelo legislador constituinte suscita assim problemas de duas ordens, o (i) primeiro respeita ao regime dos direitos de liberdade consagrados sistematicamente no Título III<sup>285</sup>, assim como noutras Partes da Constituição, enquanto o (ii) segundo se reporta à demarcação das normas que conferem verdadeiras posições jurídicas subjectivas às pessoas perante as normas de carácter imediatamente objectivo. Se o regime jurídico de protecção dos direitos de liberdade se encontra salvaguardado por força do disposto nos termos do artigo 17.º, que estipula a aplicação do regime dos direitos, liberdades e garantias aos direitos de natureza análoga, resta sempre o problema da prévia busca e identificação de um critério seguro que permita aferir com o desejável e necessário rigor se um direito fundamental em concreto reveste natureza análoga aos direitos, liberdades e garantias que resulta, em última análise, na identificação precisa das características destes direitos<sup>286</sup>. Quanto à segunda questão suscitada, mais não é que a consequência de uma opção estrutural do legislador constituinte português que, no que concerne à consagração normativa das tarefas necessárias à realização da democracia económica, social e cultural<sup>287</sup>, adoptou uma técnica normativa de sistematização pouco clara e de lógica controvertida<sup>288</sup> na medida em que consagra a imposição das tarefas em apreço indistintamente na Parte I do texto constitucional, em sede adjacente aos direitos

---

<sup>284</sup> Cfr. artigo 2.º, 2.ª parte, da CRP.

<sup>285</sup> Neste sentido, GOMES CANOTILHO e VITAL MOREIRA, *Constituição da República Portuguesa anotada*, vol. I, p. 309.

<sup>286</sup> Sobre esta questão, cfr. as características que reconhecemos aos *direitos de liberdade*, assim como aos *direitos a abstenções*, *infra*, III, 2.1.4.; cfr., contudo, para uma primeira análise, GOMES CANOTILHO, *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*, 2003, p. 405/406, JORGE MIRANDA, *Manual de Direito Constitucional*, tomo IV, p. 175 e ss., e VIEIRA DE ANDRADE, *Os direitos fundamentais na Constituição Portuguesa de 1976*, p. 185 e ss.

<sup>287</sup> Cfr. artigo 2.º, 2.ª parte, da CRP.

<sup>288</sup> GOMES CANOTILHO e VITAL MOREIRA tecem análoga crítica à sistematização de toda a Parte I da Lei Fundamental, *Constituição da República Portuguesa anotada*, vol. I, p. 308.

económicos, sociais e culturais que visam satisfazer<sup>289</sup>, e na Parte II, denominada *Organização económica*<sup>290</sup>. A nosso ver, a técnica normativa mais correcta seria a de consagrar na Parte I apenas as normas que reconhecem direitos e deveres fundamentais, isto é, que reconhecem e configuram uma posição subjectiva perante o Estado, e eventualmente perante outras entidades públicas ou privadas, e transferir para a Parte II, que deveria passar a ostentar a epígrafe *Organização económica, social e cultural*, todas as normas cuja estatuição visasse objectivamente a imposição de uma tarefa ao Estado, ou a outra entidade pública<sup>291</sup>, em qualquer destes domínios da vida em comunidade<sup>292</sup>.

A solução agora proposta apresenta ainda a vantagem de permitir aperfeiçoar a articulação entre a Parte II e a Parte III da *Constituição da República Portuguesa*, dedicada à *Organização do poder político*<sup>293</sup>, porque dessa forma estariam regulados de modo coerente e sistematizado a organização, o funcionamento e os objectivos respeitantes aos quatro sub-sistemas sociais interactivos identificados no artigo 2.<sup>o</sup><sup>294</sup>.

---

<sup>289</sup> Neste caso, o legislador constituinte português de 1975/1976 utilizou uma técnica legislativa tributária daquela que foi utilizada pelo legislador constituinte italiano de 1947; cfr. *artigos 29.º a 47.º da Costituzione Italiana*.

<sup>290</sup> Cfr. artigos 80.º a 107.º da *CRP*.

<sup>291</sup> Assim, discordamos da concepção liberal de FRANCISCO LUCAS PIRES quando sustentou que “os direitos económicos e sociais deveriam ser integrados na Constituição económica” (*Teoria da Constituição de 1976*, p. 319) na medida em que estas normas conferem verdadeiras posições subjectivas e são suportadas axiologicamente pelo princípio democrata-cristão da *solidariedade* (cfr. *infra*, III, 2.1.4.), pelo que revestem natureza radicalmente diversa das normas organizatórias e funcionais, típicas da *Constituição económica, social e cultural*, na terminologia que propomos.

<sup>292</sup> A sistematização que propomos não é absolutamente original na medida em que encontra inspiração na *Constitución Española* de 1978 que, após reconhecer os direitos fundamentais dos espanhóis (cfr. artigos 14.º a 38.º), consagra um capítulo denominado *De los principios rectores de la política social y económica* (cfr. artigos 39.º a 52.º).

<sup>293</sup> Cfr. artigos 108.º a 276.º da *CRP*.

<sup>294</sup> Cfr. *supra*, 1.4.

## **2.3. A Constituição Cultural como um espaço normativo aberto e consequente extensão pelo impacto da globalização**

### **2.3.1. O alargamento da Constituição material por força da cláusula aberta de direitos fundamentais**

À semelhança do *Estado*, que paulatinamente foi perdendo o exclusivo de modelo de organização das comunidades humanas<sup>295</sup> mas que enquanto perdura como a forma do político por excelência se converteu num *Estado constitucional cooperativo*<sup>296</sup>, isto é, que “vive de necessidades de cooperação económica social e humanitária”<sup>297</sup>, também a *Constituição*, expressão máxima da *kompetenz-kompetenz* do Estado<sup>298</sup>, vem progressivamente demonstrando abertura à vigência de normas jurídicas oriundas de fonte internacional no território estadual. A este propósito, JOÃO LOUREIRO afirma que “neste século, assistiu-se a um crescente processo de abertura do Estado que, em termos juspublicísticos, se traduziu na ideia de “Constituição aberta” e de “Constituição amiga do Direito Internacional”. O Estado constitucional aberto (...), fruto de uma mutação do conceito de soberania [próprio] do modelo de *Westefália*, aparece, assim, com o olhar voltado para outras normatividades”<sup>299</sup>. O legislador constituinte português não permaneceu indiferente ao impacto da globalização, isto é, à

---

<sup>295</sup> Cfr. *supra*, Introdução, 1.1.

<sup>296</sup> A expressão é de PETER HÄBERLE, *El Estado Constitucional*, p. 68.

<sup>297</sup> Neste sentido, PETER HÄBERLE que menciona como factores de cooperação “a internacionalização da sociedade, as redes de dados, a esfera pública mundial, as manifestações sobre temas de política externa, a legitimação proveniente do exterior”, *idem*, p. 69.

<sup>298</sup> Segundo ALBERT HAENEL, a “competência da competência” correspondia à definição de conceito de *soberania*, no sentido de “autodeterminação jurídica das suas próprias competências por parte do *Reich* e a determinação da competência dos *Länder*”, *Die vertragsmäßigen Elemente der Deutschen Reichsverfassung*, in *Studien zum Deutsche Staatsrechte*, Leipzig, 1873, p. 149, cit. por MIGUEL GALVÃO TELLES, *A competência da competência do Tribunal Constitucional*, in JOSÉ M. CARDOSO DA COSTA (org.), *Legitimidade e Legitimação da Justiça Constitucional – Colóquio no 10.º aniversário do Tribunal Constitucional*, Coimbra, Coimbra Editora, 1995, p. 105/106.

<sup>299</sup> Cfr. JOÃO LOUREIRO, *Da sociedade técnica de massas à sociedade de risco: prevenção, precaução e tecnociência*, p. 829.

vivência da humanidade “num globo cada vez mais pequeno e próximo”<sup>300</sup>, e admitiu a vigência do Direito Internacional no espaço geográfico sob soberania portuguesa nos termos dos artigos 7.º, 8.º e 16.º da Lei Fundamental.

O objectivo de enquadrar a vigência de direitos culturais provenientes de fonte internacional no ordenamento jurídico português implica a revisitação das técnicas que permitem a vigência do Direito Internacional na Ordem Jurídica interna dos Estados, matéria que será abordada somente na medida do estritamente necessário para aclarar a terminologia adequada a prosseguir com os objectivos da presente investigação. Assim, recordamos que é clássica na doutrina a classificação troncal segundo a qual o Direito Internacional pode vigorar internamente, e desse modo ser interpretado, integrado e aplicado pelos operadores jurídicos, nomeadamente Administração pública e Tribunais, mediante (i) *recepção* ou após (ii) *transformação*<sup>301</sup>. Segundo esta terminologia, no primeiro caso, aceita-se que o Direito Internacional vigore no espaço de soberania do Estado sem perder a natureza de Direito Internacional<sup>302</sup>, pelo que a norma de Direito Internacional é recebida como tal internamente e, desse modo, existe uma sobreposição de ordenamentos jurídicos vigentes sobre o mesmo território. A concepção mencionada, denominada por *monista*, na medida em que aceita a unicidade de toda a Ordem Jurídica, integra-se na matriz intelectual *neo-kantiana* por inspiração remota no projecto

---

<sup>300</sup> A expressão é de JORGE BACELAR GOUVEIA, *Manual de Direito Internacional Público – Introdução, fontes, relevância, sujeitos, domínio, garantia*, Coimbra, Livraria Almedina, 2004, p. 365.

<sup>301</sup> Sobre este assunto, cfr., seletivamente, NGUYEN QUOC DINH, PATRICK DAILLIER e ALAIN PELLET, *Droit International Public*, p. 92 e ss., FERNANDO MARIÑO, *Derecho Internacional Público*, p. 515 e ss., JOSÉ ANTONIO PASTOR RIDRUEJO, *Curso de Derecho Internacional Público y Organizaciones Internacionales*, Madrid, Tecnos, 1996, p. 191 e ss., ARMANDO MARQUES GUEDES *Direito Internacional Público*, Lisboa, 1985, policopiado, p. 131 e ss., ALBINO DE AZEVEDO SOARES, *Lições de Direito Internacional Público*, Coimbra, Coimbra Editora, 1985, p. 63 e ss., JOAQUIM DA SILVA CUNHA, *Direito Internacional Público – Introdução e Fontes*, Coimbra, Livraria Almedina, 1991, p. 74 e ss., JORGE MIRANDA, *Direito Internacional Público I*, Lisboa, 1991, policopiado, p. 209 e ss., ANDRÉ GONGALVES PEREIRA e FAUSTO DE QUADROS, *Manual de Direito Internacional Público*, Coimbra, Livraria Almedina, 1993, p. 81 e ss., e JORGE BACELAR GOUVEIA, *Manual de Direito Internacional Público*, p. 365 e ss.

<sup>302</sup> Neste preciso sentido, FERNANDO MARIÑO, *idem*, p. 524.

de paz perpétua de IMMANUEL KANT<sup>303</sup>. Quanto ao segundo caso, a premissa básica é a delimitação dos ordenamentos jurídicos com contornos estanques, de modo que as normas concebidas em centro de produção que transcenda o âmbito do Estado só poderá vigorar no ordenamento interno deste se o conteúdo das mesmas for reproduzido por um acto jurídico-político de Direito interno, a denominada transformação do Direito Internacional em Direito Interno<sup>304</sup>. A teoria em apreço, que foi elaborada com intuito de ultrapassar a posição irredutível de GEORG FRIEDRICH HEGEL em reconhecer a juridicidade do Direito Internacional, reduzindo-o a um mero Direito estadual externo<sup>305</sup>, foi inicialmente denominada pelos seus autores, *neo-hegelianos*, por *dualista* mas actualmente é identificada preferencialmente por *pluralista* na medida em que os seus cultores sustentam que cada ordenamento jurídico, internacional, estadual, ou interno de uma organização internacional, é um ordenamento autónomo<sup>306</sup>.

Cada um dos termos da classificação troncal entre recepção e transformação comporta ainda várias ramificações. Apesar da doutrina estar longe de lograr o consenso na terminologia, adoptamos a seguinte classificação: a (i) recepção pode ser classificada quanto ao (α) objecto em *global* ou *plena*, *parcial* ou *semi-plena* e *individual*, quanto à (β) força jurídica com que as normas são recebidas é passível de distinção entre *material* e *formal* e quanto à (γ) produção de efeitos pode ser *automática* ou *condicionada*, enquanto a (ii) transformação pode ser (α) *expressa* ou (β) *implícita*. Quanto à (i) recepção do Direito Internacional no espaço de soberania do Estado, é passível de ser classificada em função do (α) objecto ou matéria recebida em: (1) *global*

---

<sup>303</sup> Cfr., selectivamente, FERNANDO MARIÑO, *idem*, p. 517/518, e JOSÉ A. PASTOR RIDRUEJO, *Curso de Derecho Internacional Público y Organizaciones Internacionales*, p. 194/195.

<sup>304</sup> Neste sentido, FERNANDO MARIÑO, *idem*, p. 524.

<sup>305</sup> Sobre esta questão, cfr. NGUYEN QUOC DINH, PATRICK DAILLIER e ALAIN PELLET, *Droit International Public*, p. 87/88, e J. SILVA CUNHA, *Direito Internacional Público*, p. 33/34.

<sup>306</sup> Cfr., por todos, FERNANDO MARIÑO, *Derecho Internacional Público*, p. 515 e ss., e J. A. PASTOR RIDRUEJO, *Curso de Derecho Internacional Público y Organizaciones Internacionales*, p. 194.

ou *plena*, se a cláusula constitucional de recepção permitir a vigência de qualquer norma de Direito Internacional independentemente da matéria que regula<sup>307</sup>, (2) *parcial* ou *semi-plena*, se a previsão da mesma cláusula de recepção incidir sobre determinados institutos jurídicos ou determinadas matérias em especial<sup>308</sup>, ou ainda (3) *individual*, se as cláusulas de recepção tipificarem casuisticamente as normas susceptíveis de recepção<sup>309</sup>. A recepção, por outro lado, quanto à (β) força jurídica com que as normas são recebidas pode ser (1) *material*, se a cláusula de recepção acolher apenas o conteúdo da norma sem reconhecer a força jurídica que a fonte originária lhe conferia<sup>310</sup> ou então (ii) *formal*, se a recepção compreender simultaneamente conteúdo e forma da norma recipiendária<sup>311</sup>. A recepção, por último, quanto aos pressupostos, elementos e requisitos necessários (γ) para que a norma esteja apta a produzir efeitos no ordenamento recipiente pode ser (1) *automática*, se a vigência das normas de Direito Internacional no território do Estado se produzir *ope legis*, isto é, se não estiver dependente de qualquer acto intercalar de Direito Interno<sup>312</sup>, ou (2) *condicionada*, se a vigência da norma internacional no espaço interno pressupuser, alternativamente ou cumulativamente, que a vinculação do Estado haja sido processada em conformidade com as suas normas de Direito Constitucional, se a vigência da norma internacional no espaço interno depender do requisito da sua vigência no ordenamento internacional ou ainda se carecer de um acto que ateste a sua recepção e que embora não a converta em

---

<sup>307</sup> Cfr. A. AZEVEDO SOARES, *Lições de Direito Internacional Público*, p. 76., J. SILVA CUNHA, *Direito Internacional Público*, p. 83, e JORGE MIRANDA, *Direito Internacional Público I*, p. 221.

<sup>308</sup> Cfr. A. AZEVEDO SOARES, *ibidem*, J. SILVA CUNHA, *ibidem*, e JORGE MIRANDA, *ibidem*.

<sup>309</sup> Cfr. A. MARQUES GUEDES, *Direito Internacional Público*, p. 143.

<sup>310</sup> Cfr. A. MARQUES GUEDES, *Direito Internacional Público*, p. 136, e J. BACELAR GOUVEIA, *Manual de Direito Internacional Público*, p. 355.

<sup>311</sup> Cfr. A. MARQUES GUEDES, *idem*, p. 137, e J. BACELAR GOUVEIA, *ibidem*.

<sup>312</sup> JOSÉ A. PASTOR RIDRUEJO, *Curso de Derecho Internacional Público y Organizaciones Internacionales*, p. 198/199, e J. BACELAR GOUVEIA, *ibidem*.

norma de Direito Interno, condiciona a respectiva eficácia<sup>313</sup>. A (ii) transformação, por seu turno, pode ser (α) *expressa* ou *explícita*, se o conteúdo da norma internacional carecer de ser reproduzido por acto normativo, nomeadamente legislativo, interno para entrar em vigor<sup>314</sup>, ou (β) *implícita*, se, embora carecer de interposição de um acto de Direito Interno que lhe confira validade nesse plano, bastar que esteja inserido no procedimento de vinculação internacional um acto típico do procedimento legislativo<sup>315</sup>.

Quanto às técnicas positivadas na *Constituição da República Portuguesa*, importa mencionar, em primeiro lugar, a consagração no artigo 7.º de uma cláusula atípica, de natureza meramente declarativa, “que enuncia formalmente e de modo individualizado certas regras de Direito Internacional Geral”<sup>316</sup>, isto é, “menciona uma série de princípios de Direito Internacional pelos quais Portugal se regulará nas relações internacionais”<sup>317</sup> e que, apesar de conferir força jurídica de Direito Constitucional português a estas matérias, não reveste a natureza de cláusula de transformação na medida em que tem por objecto princípios de Direito Internacional por excelência, insusceptíveis de serem *nacionalizados*. A vigência do Direito Internacional no espaço soberano português não se circunscreve, contudo, aos princípios mencionados e, assim,

---

<sup>313</sup> Cfr. A. AZEVEDO SOARES, *Lições de Direito Internacional Público*, p. 88, e J. BACELAR GOUVEIA, *ibidem*.

<sup>314</sup> Cfr. A. AZEVEDO SOARES, *idem*, p. 76, J. SILVA CUNHA, *Direito Internacional Público*, p. 83, e JORGE MIRANDA, *Direito Internacional Público I*, p. 220/221.

<sup>315</sup> Cfr. A. AZEVEDO SOARES, *ibidem*, e, parcialmente, JORGE MIRANDA, *idem*, p. 221.

<sup>316</sup> Cfr. JOSÉ A. PASTOR RIDRUEJO, *Curso de Derecho Internacional Público y Organizaciones Internacionales*, p. 199.

<sup>317</sup> Neste preciso sentido, J. A. PASTOR RIDRUEJO, *idem*, p. 199/200. Segundo GOMES CANOTILHO e VITAL MOREIRA, “o n.º 1 contém, na sua maior parte, princípios gerais de Direito Internacional comum que regem as *relações internacionais* e que, mesmo no silêncio da Constituição, já vinculariam o Estado Português (cfr. artigo 8.º, n.º 1). Contudo, a norma não é por esse motivo, supérflua, pois estabelece de forma inequívoca e reforça, com a autoridade de Lei Fundamental, os mesmos princípios”, *Constituição da República Portuguesa anotada*, vol. I, anotação I ao artigo 7.º; neste último sentido, JORGE MIRANDA e RUI MEDEIROS, *Constituição da República Portuguesa anotada*, tomo I, Coimbra, Wolters Kluwer/Coimbra Editora, 2010, anotação II ao artigo 7.º, e PAULO OTERO, *Declaração Universal dos Direitos do Homem e Constituição: a inconstitucionalidade de normas inconstitucionais?*, in *O Direito*, Lisboa, Associação promotora de O Direito, ano 122.º, 1990, vol. III-IV, p. 608.



o *Direito Internacional Geral ou Comum*<sup>318</sup> é recebido em *pleno, formalmente* e de modo *automático*, nos termos do artigo 8.º, n.º 1, da *Constituição*, enquanto o *Direito Internacional Convencional*<sup>319</sup> é também objecto de recepção *plena e formal* mas sujeita cumulativamente às *condições* mencionadas no n.º 2 do mesmo artigo 8.º, isto é, a regular vinculação do Estado Português, a vigência na Ordem Jurídica Internacional e a publicação oficial interna.

A *Constituição da República Portuguesa* consagra ainda regras específicas sobre a recepção de normas jurídicas internacionais que reconhecem direitos fundamentais. Compulsando o texto constitucional, verificamos que o artigo 16.º, n.º 1, identificado pela doutrina como a *cláusula aberta de direitos fundamentais*<sup>320</sup>, procede a uma recepção (i) *parcial* ou *semi-plena* de regras de Direito Internacional, na medida em que

---

<sup>318</sup> Quanto à definição de *Direito Internacional Geral ou Comum*, não podíamos estar mais de acordo com J. BACELAR GOUVEIA quando afirma que “a delimitação normativa desse sector do Direito Internacional (...) está longe de se afigurar inequívoca, havendo algumas dificuldades que levanta ao intérprete”, *Manual de Direito Internacional Público*, p. 370/371. Se quisermos delimitar o *núcleo duro* deste sector do ordenamento jurídico, a solução proposta por FERNANDO MARIÑO afigura-se-nos como a mais cabal para delimitação do *Direito Internacional Geral ou Comum*, segundo este autor “a formulação mais autorizada dos princípios fundamentais da Ordem internacional encontram-se na *Resolução n.º 2625 (XXV)*, aprovada pela Assembleia Geral das Nações Unidas em 24 de Outubro de 1970, que contém a *Declaração sobre os princípios de Direito Internacional referentes às relações de amizade e à cooperação entre os Estados em conformidade com a Carta das Nações Unidas (CNU)* e que foi adoptada por consenso”; são, em suma, os seguintes princípios: i) igualdade soberana entre os Estados, ii) não intervenção nos assuntos que são de jurisdição interna dos Estados, nos termos da *Carta*, iii) proibição de recorrer à ameaça ou ao uso da força contra a integridade ou a independência política de qualquer Estado, ou por qualquer outra forma incompatível com os fins da Nações Unidas, iv) adopção de meios pacíficos de solução de conflitos, de modo que não se coloquem em causa nem a paz e a segurança internacionais nem a justiça, v) igualdade de direitos e autodeterminação dos povos, vi) obrigação dos Estados colaborarem entre si, de acordo com a *Carta* e vii) os Estados devem cumprir de boa fé as obrigações assumidas em conformidade com a *Carta*, *Derecho Internacional Público*, p. 67/68.

<sup>319</sup> O *Direito Internacional Convencional* reporta-se aos *tratados e acordos* celebrados pelo Estado Português, cfr., ANDRÉ GONÇALVES PEREIRA e FAUSTO DE QUADROS, *Manual de Direito Internacional Público*, Coimbra, Livraria Almedina, 1993, p. 110/111.

<sup>320</sup> A expressão, que identifica a cláusula consagrada no artigo 16.º, n.º 1, da *CRP*, logrou obter *foros de cidade* na doutrina portuguesa, cfr. selectivamente VIEIRA DE ANDRADE *Os direitos fundamentais na Constituição Portuguesa de 1976*, p. 73, GOMES CANOTILHO e VITAL MOREIRA, *Constituição da República Portuguesa anotada*, vol. I, anotação II ao artigo 16.º, JORGE MIRANDA, *Manual de Direito Constitucional*, tomo IV, p. 195, JORGE MIRANDA e RUI MEDEIROS, *Constituição da República Portuguesa anotada*, tomo I, anotação I ao artigo 16.º, JORGE BACELAR GOUVEIA, *Os direitos fundamentais atípicos*, Lisboa, Aequitas – Editorial Notícias, 1995, p. 46, e JOSÉ MELO ALEXANDRINO, *Direitos Fundamentais – Introdução Geral*, Estoril, Principia, 2007, p. 48.

recebe, com a dignidade de *normas constitucionais em sentido material*<sup>321</sup>, apenas as normas sobre direitos fundamentais, ou sobre direitos humanos, conforme a terminologia jus-internacionalista<sup>322</sup>, (ii) *formal* no ordenamento jurídico português, porque recebe simultaneamente o conteúdo e a fonte das normas que reconhecem direitos fundamentais, mas apenas *material* no ordenamento constitucional, na medida em que qualifica os direitos nelas reconhecidos como fundamentais, matéria constitucional por excelência<sup>323</sup> mas consagrada em texto diverso do código constitucional<sup>324</sup>, *abrigando-os* pelo regime jurídico de protecção dos direitos fundamentais, nomeadamente dos direitos, liberdades e garantias, insertos no *catálogo*<sup>325</sup> em todos os aspectos, excepto naqueles que pressupuserem a consagração em normas constitucionais em sentido formal<sup>326</sup>, e ainda (iii) *automática*, uma vez que não exige qualquer pressuposto, elemento ou requisito para admitir a recepção da norma, nem sequer para qualificar como fundamental um direito *extra-documental*<sup>327</sup>

---

<sup>321</sup> Cfr. *supra*, 1.1.

<sup>322</sup> Cfr., por todos, GREGORIO PECES-BARBA, RAFAEL DE ASÍS e M.<sup>a</sup> DEL CARMEN BARRANCO, *Lecciones de Derechos fundamentales*, p. 21, e CARLOS VILLÁN DURÁN, *Curso de Derecho Internacional de los Derechos Humanos*, Madrid, Editorial Trotta, 2002, p. 85.

<sup>323</sup> Cfr. *supra*, 1.2.1.

<sup>324</sup> Cfr. *supra*, 1.2.

<sup>325</sup> A expressão *catálogo* de direitos fundamentais é empregue por GOMES CANOTILHO para identificar a Parte I da *Constituição da República Portuguesa* dedicada precisamente aos direitos fundamentais, *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*, 2003, p. 404/405, cfr. ainda GOMES CANOTILHO e VITAL MOREIRA, *Constituição da República Portuguesa anotada*, vol. I, p. 294.

<sup>326</sup> Neste preciso sentido, GOMES CANOTILHO e VITAL MOREIRA, *idem*, anotação VI ao artigo 17.º; cfr. ainda VIEIRA DE ANDRADE que considera o regime dos direitos liberdades e garantias “ainda aplicável aos direitos de natureza análoga e, *em princípio*, por força do n.º 1, do artigo 16.º, a todos eles, i. é, quer aos que constam de outros preceitos constitucionais, quer aos contidos em leis ou tratados internacionais”, *Os direitos fundamentais na Constituição Portuguesa de 1976*, p. 186, *italico* nosso.

<sup>327</sup> Consideramos *direitos fundamentais extra-documentais* os direitos que embora sejam intrinsecamente fundamentais estão consagrados em fontes diversas do texto constitucional mas são acolhidos como fundamentais na *Constituição em sentido material* ao abrigo da *cláusula aberta* consagrada no artigo 16.º, n.º 1, da *CRP*. Afastamo-nos, deste modo, de outras terminologias utilizadas pela doutrina portuguesa, como a expressão *direitos fundamentais extra-constitucionais*, sufragada por GOMES CANOTILHO (*Direito Constitucional e Teoria da Constituição*, 2003, p. 404, e ainda conjuntamente com VITAL MOREIRA, *idem*, anotação II ao artigo 16.º), porque se nos afigura contraditória com o acolhimento dos direitos na *Constituição em sentido material*, ou a expressão *direitos fundamentais atípicos*, da autoria de J. BACELAR GOUVEIA (*Os direitos fundamentais atípicos*, p. 39 e ss., *max.* 40) porque esta expressão sugere, por raciocínio *a contrariu sensu* que os direitos fundamentais expressamente consagrados no texto constitucional são *típicos* e, em nosso entendimento, aceitar a tipicidade em sede de direitos fundamentais

nela consagrado. Quanto ao artigo 16.º, n.º 2, tem por objecto exclusivamente a *Declaração Universal dos Direitos Humanos*, pelo que será analisado em sede de abordagem dos direitos de âmbito cultural nela reconhecidos<sup>328</sup>.

A análise das técnicas de vigência do Direito Internacional, conforme adiantado inicialmente, visa apenas o objectivo de identificar as normas jurídicas deste ordenamento que ao abrigo das cláusulas de inserção consagradas na *Constituição da República Portuguesa* vigoram no espaço geográfico sob soberania do Estado Português e, desse modo, poderão, eventualmente, enriquecer a *Constituição cultural*, bem como o restante ordenamento interno na esfera cultural<sup>329</sup>. Assim, o processamento do assunto omitirá os aspectos históricos sobre a internacionalização dos direitos humanos e, em consequência, permanecerá circunscrito às normas actualmente vigentes na Sociedade Internacional, sejam de carácter universal, sejam de carácter regional, e dentro deste ramalhete àquelas que, por força dos preceitos constitucionais referenciados, são aplicáveis no espaço geográfico sob soberania do Estado Português.

---

contraria o princípio da liberdade que é um princípio geral também de direito público (cfr. *infra*, III 1.1); rejeitamos ainda *in limine* a expressão *direitos fundamentais extravagantes*, empregue por CARLOS BLANCO DE MORAIS (*Direito Constitucional II – Relatório sobre o programa, os conteúdos e os métodos*, in *Revista da Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa*, Lisboa, Coimbra Editora, Suplemento, 2001, p. 174 e ss., e *Direito Constitucional II – Sumários desenvolvidos*, Lisboa, A.A.F.D.L. – Associação Académica da Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa, 2006, p. 73) e por J. MELO ALEXANDRINO (*Direitos Fundamentais*, p. 49) pois embora a expressão *extravagante* seja tradicional na História do Direito português (cfr. MARTIM DE ALBUQUERQUE e RUY DE ALBUQUERQUE, *História do Direito Português*, v. g., p.102), na linguagem actual o termo assume significados múltiplos (como “que está fora de uso, esquisito, estroina, dissipador, perdulário”, cfr. J. ALMEIDA COSTA e A. SAMPAIO E MELO, *Dicionário da Língua Portuguesa*, Porto, Porto Editora, 1993, p. 725), pelo que cremos preferível empregar um conceito de significado claro a um conceito indeterminado.

<sup>328</sup> Cfr. *infra*, 2.3.2.

<sup>329</sup> Cfr. *supra*; por esse motivo, i. é, por não consagrarem direitos fundamentais, não foram objecto de análise as cláusulas constitucionais que permitem a vigência dos actos jurídicos adoptados unilateralmente pelos órgãos das organizações internacionais de que Portugal é parte, nomeadamente, o Direito derivado das Instituições Europeias, consagradas no artigo 8.º, n.ºs 3 e 4 da *CRP*. Contudo, o nosso entendimento sobre este assunto pode ser consultado em JOSÉ LUCAS CARDOSO, *Aspectos pluridisciplinares do projecto de Constituição europeia: os aspectos constitucionais*, p. 225 e ss.

### **2.3.2 O ordenamento da Organização das Nações Unidas**

A *Carta das Nações Unidas*, tratado internacional celebrado em *San Francisco*, em 26 de Junho de 1945, instituiu uma organização internacional de âmbito universal<sup>330</sup>, à qual o Estado Português foi admitido nos termos da *Resolução da Assembleia Geral n.º 995 (X)*, de 14 de Fevereiro de 1955<sup>331</sup>. Como acto jurídico com natureza de convenção internacional, vigora no ordenamento jurídico português ao abrigo da cláusula de recepção plena mas condicionada consagrada no artigo 8.º, n.º 2, da *Constituição da República Portuguesa*<sup>332</sup>, e consagra algumas matérias de âmbito cultural, associadas ao desenvolvimento da humanidade. Considerando o disposto na *Carta*, a Organização das Nações Unidas está vinculada ao *objectivo* de “realizar a cooperação internacional, resolvendo os problemas internacionais de carácter económico, social, cultural ou humanitário, promovendo e estimulando o respeito pelos direitos do homem e pelas liberdades fundamentais para todos, sem distinção de raça, sexo, língua ou religião”<sup>333</sup>. O *objectivo* de carácter genérico agora enunciado é completado, em sede de *Cooperação Económica e Social Internacional*, com outro de

---

<sup>330</sup> O carácter universal da Organização das Nações Unidas resulta do propósito dos membros originários de “empregar mecanismos internacionais para promover o progresso económico e social *de todos os povos*”, cfr. preâmbulo da *CNU*, itálico nosso; sobre a Organização das Nações Unidas, cfr. J. A. PASTOR RIDRUEJO, *Curso de Derecho Internacional Público y Organizaciones Internacionales*, p. 211 e ss. e 725 e ss.; CARLOS VILLÁN DURÁN, *Curso de Derecho Internacional de los Derechos Humanos*, p. 141 e ss.; JORGE MIRANDA, *Manual de Direito Internacional Público*, p. 391 e ss., A. GONÇALVES PEREIRA e FAUSTO DE QUADROS, *Manual de Direito Internacional Público*, p. 461 e ss., J. MOTA DE CAMPOS, MANUEL C. LOPES PORTO, ANTÓNIO J. FERNANDES, EDUARDO RAPOSO DE MEDEIROS, MANUEL DE ALMEIDA RIBEIRO e M.<sup>a</sup> LUÍZA DUARTE, *Organizações Internacionais – Teoria Geral e estudo monográfico das principais organizações internacionais de que Portugal é membro*, Lisboa, Fundação Calouste Gulbenkian, 1999, p. 211 e ss., e J. BACELAR GOUVEIA, *Manual de Direito Internacional*, p. 519 e ss.

<sup>331</sup> Cfr. [www.un.org/es/members/](http://www.un.org/es/members/)

<sup>332</sup> Sobre a vigência da *CNU* na ordem jurídica portuguesa, sufragamos a tese de GOMES CANOTILHO e VITAL MOREIRA segundo a qual “é de estranhar a falta [no artigo 7.º da *CRP*] de uma referência específica à importância da *CNU* e da Organização das Nações Unidas, respectivamente de reconhecimento e como garante institucional dos princípios básicos de Direito Internacional referidos no n.º 1”, *Constituição da República Portuguesa anotada*, vol. I, anotação I ao artigo 7.º

<sup>333</sup> Cfr. artigo 1.º, n.º 3, da *CNU*.

âmbito mais específico no sentido “de criar condições de estabilidade e bem-estar, necessárias às relações pacíficas e amistosas entre as Nações, baseadas no respeito do princípio da igualdade de direitos e da autodeterminação dos povos”<sup>334</sup>, para cuja prossecução as Nações Unidas estão incumbidas da ambiciosa *tarefa* de promover “a solução dos problemas internacionais económicos, sociais, de saúde e conexos, bem como a cooperação internacional, de carácter cultural e educacional”<sup>335</sup>.

Ainda no âmbito da Organização das Nações Unidas, a *Declaração Universal dos Direitos Humanos*, aprovada pela *Resolução da Assembleia Geral n.º 217-A (III)*, de 10 de Dezembro de 1948, reconhece alguns direitos na esfera cultural. A motivação subjacente à aprovação da *Declaração Universal dos Direitos Humanos* no âmbito das Nações Unidas consubstanciou a transposição para a Sociedade Internacional do sentimento personalista que acompanhou as várias revoluções que marcaram a História constitucional. Com efeito e conforme mencionado anteriormente, cada revolução liberal foi acompanhada pela proclamação de uma ou mais declarações de direitos uma vez que a *Petition of Rights*, o *Habeas Corpus Act*, o *Bill of Rights* são textos associados à Gloriosa Revolução Inglesa, enquanto nos finais do século XVIII a Declaração de Independência dos Estados Unidos da América foi antecedida da aprovação da *Declaração de Direitos de Virgínia* e a Revolução Francesa foi secundada pela emissão da *Declaração de Direitos do Homem e do Cidadão*. Ainda nesta linha revolucionária mas já não numa perspectiva liberal, no século XX, a Revolução Soviética foi também acompanhada da proclamação da *Declaração dos Direitos do Povo Trabalhador e Explorado*<sup>336</sup>. Assim como em cada um dos Estados modernos, após as grandes transformações revolucionárias, existiu uma motivação na Sociedade Civil de promoção

---

<sup>334</sup> Cfr. artigo 55.º da *CNU*.

<sup>335</sup> Cfr. *idem* b).

<sup>336</sup> Cfr. *supra*, 1.1.

dos direitos inalienáveis da pessoa humana, também os artífices da Organização das Nações Unidas e de uma nova ordem internacional do pós II Guerra Mundial adoptaram uma atitude semelhante, de aprovar uma *Declaração Universal dos Direitos Humanos* mediante a qual, em nome da humanidade, reconheceram a todos os indivíduos um conjunto de direitos inerentes à dignidade da pessoa humana<sup>337</sup>. A Organização das Nações Unidas logrou deste modo atingir o ambicionado *universalismo* prosseguido desde os trabalhos dos mentores da *Déclaration de Droits de l'Homme et du Citoyen*<sup>338</sup> mas que, algo paradoxalmente, deparou sempre com o *obstáculo*<sup>339</sup> Estado na medida em que a positivação dos direitos numa *Constituição*, embora os tivesse dignificado com a força jurídica inerente à *Groundsnorm*, em contrapartida, circunscreveu o âmbito geográfico de reconhecimento dos mesmos direitos ao espaço soberano do Estado.

Quanto aos direitos culturais consagrados na *Declaração*, esta começa por proclamar o *objectivo* último a atingir por todos os povos e todas as nações no sentido de todas as pessoas e todos os órgãos do poder político se esforçarem, através do *ensino* e da *educação*, por desenvolver o respeito pelos direitos humanos e por promover, por medidas progressivas de âmbito nacional e internacional o seu reconhecimento e aplicação universais e efectivos<sup>340</sup>. Quanto aos *direitos humanos na esfera cultural*, a *Declaração* reconhece a todas as pessoas o direito à *educação*, isto é, o (i) direito a receber educação, reforçado financeiramente pelo (ii) direito à *gratuidade do ensino* elementar fundamental que, em contrapartida, será (iii) *obrigatório*<sup>341</sup>. A *Declaração*

---

<sup>337</sup> Sobre as circunstâncias históricas que determinaram a aprovação da *Declaração Universal dos Direitos Humanos (DUDH)*, cfr. J. C. VIEIRA DE ANDRADE, *Declaração Universal dos Direitos do Homem*, in *Dicionário Jurídico da Administração Pública*, 1.º suplemento, Lisboa, Coimbra Editora, 1998, p. 85/86.

<sup>338</sup> Cfr. *supra*, 1.3

<sup>339</sup> A expressão é de GREGORIO PECES-BARBA, RAFAEL DE ASÍS e M.ª DEL CARMEN BARRANCO, *Lecciones de Derechos fundamentales*, p. 195.

<sup>340</sup> Cfr. preâmbulo da *DUDH*.

<sup>341</sup> Cfr. artigo 26.º, n.º 1, da *DUDH*.

consagra ainda a (iv) generalização do *ensino técnico e profissional* e a (v) abertura do *acesso aos estudos superiores a todas as pessoas* respeitando a igualdade de oportunidades, baseado apenas num critério de mérito<sup>342</sup>. Quanto aos objectivos do direito à educação estabelecidos pela *Declaração*, consistem, do ponto de vista da pessoa humana, na plena expansão da personalidade humana e no reforço dos respectivos direitos e liberdades fundamentais, enquanto do ponto de vista da Sociedade Internacional visam favorecer a compreensão, a tolerância e a amizade entre as nações e todos os grupos raciais e religiosos e ainda o desenvolvimento das actividades das Nações Unidas para a manutenção da paz<sup>343</sup>. Ainda no contexto do sistema educativo, a *Declaração* reconhece aos pais o (vi) direito de *escolher o género de educação que desejam para os seus filhos*<sup>344</sup>. Além dos direitos enunciados, a *Declaração* reconhece ainda, na esfera cultural, por um lado, (vii) os direitos de *participação na vida cultural da comunidade* e de (viii) *fruição cultural*, quer no domínio das artes, quer no domínio da ciência, nomeadamente de participação nos benefícios resultantes do progresso científico<sup>345</sup>, e, por outro lado, (ix) a *propriedade intelectual*, moral e material, resultante da criação artística, nomeadamente literária, ou científica<sup>346</sup>.

Sobre a força jurídica da *Declaração* na Ordem Jurídica Internacional, conforme escrevemos noutra local, “a *Declaração Universal dos Direitos Humanos* é uma mera declaração, como a própria denominação o esclarece, votada pela Assembleia Geral das Nações Unidas e não tem força jurídica como acto unilateral das Nações Unidas na medida em que os órgãos desta organização internacional não têm competência para adoptar actos unilaterais vinculativos em matéria de promoção e protecção dos direitos

---

<sup>342</sup> Cfr. *ibidem*.

<sup>343</sup> Cfr. artigo 26.º, n.º 2, da DUDH.

<sup>344</sup> Cfr. *idem*, n.º 3.

<sup>345</sup> Cfr. artigo 27.º, n.º 1, da DUDH.

<sup>346</sup> Cfr. *idem*, n.º 2.

humanos”<sup>347</sup>, no entanto “a relevância jurídica da *Declaração Universal dos Direitos Humanos* como fonte de Direito Internacional será (...) a de permitir a revelação de princípios gerais de Direito Internacional, aqueles “princípios gerais de Direito reconhecidos pelas nações civilizadas” mencionados no artigo 38.º, n.º 1, c), do *Estatuto do Tribunal Internacional de Justiça*, como fonte de Direito Internacional. A fonte de Direito Internacional que nos *Estatutos do Tribunal Permanente de Arbitragem* e do *Tribunal Permanente de Justiça Internacional* começou por ser composta por princípios de Direito interno porque na época em que foram criados aqueles tribunais era necessário recorrer a princípios de Direito interno que exprimissem um sentimento comum às várias ordens jurídicas para efeitos de integração das lacunas de uma ordem jurídica internacional ainda pouco desenvolvida. Nesta época, considerou-se que os princípios de Direito Internacional propriamente ditos seriam revelados pelo costume pois sempre que os Estados seguiam uma prática reiterada com a convicção da necessidade de agir desse modo (...) por forma a garantir a justiça e a paz nas relações internacionais. Acontece que a dinâmica das relações internacionais determinou a formação de novos princípios gerais de Direito Internacional relativamente aos quais não existe ainda uma prática reiterada dos Estados que permita serem revelados pela via do costume, isto é, apesar de existir uma *opinio iuris*, não se verifica o uso, ou elemento material do costume. Pelo que os princípios gerais de Direito reconhecidos pelas nações civilizadas podem assim ser revelados por outros meios, como é, v. g., o caso destas declarações e resoluções aprovadas pela Assembleia Geral das Nações Unidas”<sup>348</sup>.

---

<sup>347</sup> Cfr. JOSÉ LUCAS CARDOSO, *Direito Internacional II*, p. 100.

<sup>348</sup> Cfr. JOSÉ LUCAS CARDOSO, *idem*, p. 101; além da *DUDH* podemos identificar ainda, neste contexto, as resoluções da Assembleia Geral n.º 1514 (XV), sobre a autodeterminação dos povos sujeitos a domínio colonial, e n.º 2625 (XXV), sobre os princípios de Direito Internacional referentes às relações de amizade e de cooperação entre os Estados em conformidade com a Carta das Nações Unidas” (JOSÉ LUCAS CARDOSO, *ibidem*). Contra, CARLOS VILLÁN DURÁN sustenta que a força jurídica



Quanto à vigência da *Declaração Universal dos Direitos Humanos* no ordenamento jurídico português, embora a mesma estivesse sempre salvaguardada nos termos da *cláusula aberta de direitos fundamentais*, consagrada no artigo 16.º, n.º 1, da *Constituição da República Portuguesa*<sup>349</sup>, além disso é objecto de uma recepção *formal como norma constitucional com valor reforçado* na medida em que o mesmo texto constitucional lhe confere, nos termos do artigo 16.º, n.º 2, uma força jurídica no Direito interno superior àquela que reveste no ordenamento internacional. Com efeito, a *Declaração* nunca foi reconhecida como norma de *jus cogens*<sup>350</sup> mas apenas como norma de Direito Internacional Geral ou Comum, enquanto no Direito Interno português lhe é reconhecida, no mínimo, a força jurídica de *norma constitucional em sentido formal* na medida em que constitui parâmetro de interpretação e de integração de lacunas dos “preceitos constitucionais e legais sobre direitos fundamentais”<sup>351</sup>, embora

---

internacional da *DUDH* resulta da circunstância de consistir numa interpretação autêntica dos artigos 55.º e 56.º da Carta das Nações Unidas quando afirma que “a *DUDH* não é um instrumento separado da Carta e não cria novas obrigações, pelo contrário determina, por consentimento dos Estados signatários da Carta, as obrigações já adquiridas nesta esfera” e acrescenta “a *DUDH* especifica que direitos na realidade estão protegidos pela obrigação de acção conjunta dos Estado membros das Nações Unidas consagrada no artigo 56.º da Carta, proporcionando uma interpretação acordada dos direitos humanos e das liberdades fundamentais. Assim excluem-se as interpretações individuais frequentemente discrepantes do conteúdo, significado e alcance das obrigações consagradas na Carta em matéria de direitos humanos”, *Curso de Derecho Internacional de los Derechos Humanos*, p. 211.

<sup>349</sup> Contra, GOMES CANOTILHO E VITAL MOREIRA sustentam que “a Declaração não vigora na ordem jurídica portuguesa como Direito Internacional”, *Constituição da República Portuguesa anotada*, vol. I, anotação IV ao artigo 16.º; posição que não merece o nosso sufrágio na medida em que a *DUDH* consiste num diploma que consagra normas vigentes na Ordem Jurídica Internacional, como ficou demonstrado no texto, que constitui o pressuposto necessário para a recepção das mesmas na Ordem interna portuguesa, nos termos do artigo 16.º, n.º 1, da *CRP*.

<sup>350</sup> Segundo IAN BROWNLIE, “a principal característica distintiva das regras de *jus cogens* é a sua não derogabilidade. São regras de Direito consuetudinário que não podem ser afastadas por tratado ou aquiescência mas apenas pela formação de uma regra consuetudinária subsequente de efeito contrário. Os exemplos menos controversos deste tipo de regras são a proibição do uso da força, as regras sobre o genocídio, o princípio da não discriminação racial, os crimes contra a humanidade e as regras que proíbem o comércio de escravos e a pirataria”, *Princípios de Direito Internacional Público*, p. 537; MICHAEL AKEHUEST, por seu turno, coloca o acento tónico da norma de *jus cogens* na aceitação e reconhecimento da norma pela comunidade de Estados no seu conjunto, *Introdução ao Direito Internacional*, p. 52. Cfr. ainda artigo 53.º da *Convenção de Viena sobre o Direito dos Tratados*.

<sup>351</sup> Cfr., a favor da solução da recepção formal da *DUDH* pela *CRP*, JORGE MIRANDA sustenta que “traduzindo-se como se traduz, a Declaração Universal em princípios gerais de Direito Internacional, eles aplicar-se-iam, enquanto tais, na ordem interna por virtude (...) da cláusula aberta de direitos fundamentais do artigo 16.º, n.º 1. O artigo 16.º, n.º 2, eleva-os, porém, directamente à categoria de

seja mais correcto reconhecer-lhe, no plano interno, a natureza de *norma constitucional em sentido formal com valor reforçado*<sup>352</sup> na medida em que a “*Declaração*, enquanto decide da interpretação a dar aos preceitos relativos aos direitos fundamentais, tem força jurídica superior à da própria Constituição enquanto interpretada sem o subsídio dessa *Declaração*”<sup>353</sup>. Seguramente é este o motivo pelo qual PAULO OTERO qualifica o artigo 16.º, n.º 2, em apreço como “uma das principais manifestações de um constitucionalismo transnacional, permitindo já hoje vislumbrar a formação de um *ius commune constitucional* no domínio dos direitos fundamentais inerentes ao ser humano”<sup>354</sup>. Em suma, a *Constituição da República Portuguesa* recebe a *Declaração Universal dos Direitos Humanos* com uma força jurídica superior àquela que reveste no

---

princípios constitucionais”, *Manual de Direito Constitucional*, tomo II, p. 39, e *A recepção da Declaração Universal dos Direitos do Homem pela Constituição da República Portuguesa – Um fenómeno de conjugação de Direito Internacional e de Direito Constitucional*, s/d (mas 1993), disponível na internet em <http://biblio.juridicas.unam.mx/libros/1/113/24.pdf>, p. 511; contra, BACELAR GOUVEIA afirma que estamos apenas perante uma “incorporação de tipo funcional”, *A Declaração Universal dos Direitos do Homem e a Constituição Portuguesa*, in *Ab Vno Ad Omnes – 75 Anos da Coimbra Editora. 1920-1995*, Coimbra, Coimbra Editora, 1998, p. 948 e ss.

<sup>352</sup> Qualificamos a DUDH como uma *norma constitucional em sentido formal com valor reforçado* e não uma norma com “valor supraconstitucional” como sustenta PAULO OTERO quando reconhece que “a CRP acabar por receber e integrar a própria DUDH no Direito interno português, ainda que lhe reconheça uma força jurídico-constitucional especial” (*Declaração Universal dos Direitos do Homem e Constituição: a inconstitucionalidade de normas inconstitucionais?*, p. 609) porque a DUDH não é “fundamento de validade” (a expressão é de JORGE MIRANDA e proferida a propósito dos actos legislativos com valor reforçado, *Manual de Direito Constitucional*, tomo V, p. 380), da CRP mas consubstancia apenas um esquema de “parametricidade entre actos jurídicos dotados do mesmo valor formal” (assim se pronunciam GOMES CANOTILHO e VITAL MOREIRA ainda sobre os actos legislativos com valor reforçado, *Constituição da República Portuguesa anotada*, vol. II, Coimbra, Coimbra Editora, 2010, anotação VII ao artigo 112.º).

<sup>353</sup> A expressão é de AFONSO QUEIRÓ, *Lições de Direito Administrativo*, vol. I, Coimbra, 1976, policopiado, p. 325.

<sup>354</sup> Cfr. PAULO OTERO, *Instituições políticas e Direito Constitucional*, vol. I, p. 588, que acrescenta: “a Constituição formal de um Estado de direitos humanos, “expropriada” de uma liberdade decisória neste sector de matérias, encontra numa dimensão internacional o referencial último de vinculação da tutela dos direitos humanos; já anteriormente PAULO OTERO havia considerado o artigo 16.º, n.º 2, da CRP “um dos preceitos mais originais e revolucionários do Direito Constitucional português”, *Declaração Universal dos Direitos do Homem e Constituição: a inconstitucionalidade de normas inconstitucionais?*, p. 603. PETER HÄBERLE, embora não se reporte ao preceito constitucional em apreço, afirma que “o conceito de “sociedade aberta de intérpretes da Constituição” se realiza em particular no campo dos direitos fundamentais”, *Le liberta fondamentali nello stato costituzionale*, trad. italiana de Alessandro Fusillo e Romulo Rossi, Roma, La Nuova Italia Scientifica, 1994, p. 187.

seu ordenamento originário e simultaneamente com uma força jurídica reforçada perante as normas do ordenamento recipiente.

Além da *Declaração Universal dos Direitos Humanos*, o edifício jurídico internacional sobre direitos humanos, comporta alguns textos convencionais. Ainda no contexto dos princípios basilares, o *Pacto Internacional dos Direitos Cíveis e Políticos* e o *Pacto Internacional dos Direitos Económicos Sociais e Culturais*, ambos celebrados em 1966<sup>355</sup>, são textos normativos de alcance genérico que acolhem ambas as espécies de direitos mencionadas: direitos cíveis e políticos, de um lado, e direitos económicos, sociais e culturais, do outro<sup>356</sup>. Neste contexto, por um lado, o *Pacto Internacional dos Direitos Cíveis e Políticos* aborda predominantemente a cultura em sentido antropológico na medida em que associa o (x) direito dos povos a asseguram livremente o seu *desenvolvimento* económico, social e cultural ao seu respectivo direito à *autodeterminação*<sup>357</sup> e consagra ainda um (xi) direito à *vida cultural própria das minorias étnicas, religiosas ou linguísticas*<sup>358</sup>. Quanto ao domínio específico da educação, portanto no domínio da cultura em sentido humanista, o mesmo *Pacto* reconhece ainda a (xii) liberdade de *ensino*<sup>359</sup>, presumindo-se que esta compreende, quer a liberdade de ensinar, quer a liberdade de aprender, na medida em que é a única interpretação coerente com o (xiii) direito, também reconhecido nos termos do *Pacto*,

---

<sup>355</sup> Os textos foram adoptados e abertos a assinatura, ratificação e adesão nos termos da *Resolução da Assembleia Geral n.º 2200-A (XXI)*, de 16 de Dezembro de 1966; o Estado Português aderiu, por ratificação, ao primeiro *Pacto* em 15 de Junho de 1978 e ao segundo em 31 de Julho do mesmo ano.

<sup>356</sup> Os textos mencionados foram completados por dois *Protocolos adicional ao Pacto Internacional dos Direitos Cíveis e Políticos (PIDCP)*, adoptados, respectivamente, em 1966 e 1989) e ainda por um *Protocolo adicional ao Pacto Internacional dos Direitos Económicos Sociais e Culturais (PIDESC)*, adoptado em 2008).

<sup>357</sup> Cfr. artigo 1.º, § 1, do *PIDCP*; sobre o direito dos povos à autodeterminação e as suas manifestações primárias, cfr. *supra*, Introdução, 1.1.

<sup>358</sup> Cfr. artigo 27.º do *PIDCP*.

<sup>359</sup> Cfr. artigo 18.º, § 1, do *PIDCP*.

dos pais escolherem a educação que desejam para os respectivos filhos<sup>360</sup>. Por seu turno, o *Pacto Internacional dos Direitos Económicos Sociais e Culturais* aborda igualmente a cultura em conexão com a autodeterminação<sup>361</sup> e com o desenvolvimento dos povos<sup>362</sup>. Quanto aos direitos em especial, o *Pacto* em apreço reconhece às pessoas o (xiv) direito a *receber educação* com vista a atingir os seguintes objectivos: desenvolvimento da sua personalidade, consciência da sua dignidade humana, fortalecimento do respeito pelos direitos humanos e liberdades fundamentais, capacitação para a participação efectiva na vida política e favorecimento da tolerância entre todos os povos em prol da manutenção da paz<sup>363</sup>. Com vista à prossecução deste escopo, os Estados estão vinculados a proporcionar a (xv) *educação primária a título gratuito* aos seus cidadãos, que em contrapartida é de (xvi) *frequência obrigatória*<sup>364</sup>, enquanto a (xvii) *educação secundária deverá ser generalizada*, isto é, ser implementado progressivamente o acesso de todos e a respectiva gratuitidade<sup>365</sup>, princípios que os Estados deverão observar também no que concerne ao (xviii) *ensino superior* mas neste caso *com base na capacidade pessoal*<sup>366</sup>. Ainda neste contexto, os Estados estão vinculados a fomentar e intensificar a denominada educação de adultos<sup>367</sup> e a desenvolver uma rede escolar em todos os níveis de ensino, implementar um sistema adequado de bolsas de estudo e melhorar continuamente as condições materiais do corpo docente<sup>368</sup>. Por último, encontramos reconhecidos dois direitos com natureza

---

<sup>360</sup> Cfr. *idem*, § 4.

<sup>361</sup> Cfr. artigo 1.º, n.º 1, do *PIDESC*.

<sup>362</sup> Cfr. artigo 6.º, n.º 2, do *PIDESC*.

<sup>363</sup> Cfr. artigo 13.º, n.º 1, do *PIDESC*.

<sup>364</sup> Cfr. *idem*, n.º 2, a).

<sup>365</sup> Cfr. *idem*, b).

<sup>366</sup> Cfr. *idem*, c).

<sup>367</sup> Cfr. *idem*, d).

<sup>368</sup> Cfr. *idem*, e).

predominantemente de direitos de liberdade<sup>369</sup> como os (xix) direitos dos *pais escolherem o ensino que desejam para os seus filhos*, nomeadamente o ingresso em escola privada<sup>370</sup> e a (xx) *pressuposta liberdade de criação destes estabelecimentos desde que respeitadas padrões mínimos de qualidade*<sup>371</sup>. Além da incumbência de assegurar o gozo destes direitos no domínio da educação, os Estados devem proporcionar a todos a (xxi) *participação na vida cultural*<sup>372</sup> e o (xxii) *desfrute do processo científico* e das suas aplicações<sup>373</sup>. Com vista à prossecução de tal desiderato, os Estados adoptarão todas as medidas necessárias ao desenvolvimento e à difusão da arte e da ciência<sup>374</sup>. À semelhança do estatuído em matéria educativa, o *Pacto* consagra alguns direitos de liberdade em sede de criação intelectual, como são a (xxiii) *liberdade indispensável à pesquisa científica e à actividade criadora*<sup>375</sup> e a (xxiv) *titularidade dos interesses morais e materiais decorrentes de toda a produção artística ou científica de que a pessoa seja autor*<sup>376</sup>. Ambas as convenções, assim como os respectivos protocolos adicionais vigoram no espaço geográfico sob soberania portuguesa ao abrigo da *cláusula aberta de direitos fundamentais*, consagrada no artigo 16.º, n.º 1, da *Constituição da República Portuguesa*<sup>377</sup>.

O conjunto de diplomas constituído pela *Declaração Universal dos Direitos Humanos*, pelo *Pacto dos Direitos Económicos Sociais e Culturais*, pelo *Pacto Internacional dos Direitos Cívicos e Políticos* e pelos respectivos protocolos adicionais, é

---

<sup>369</sup> Sobre este conceito, cfr. *infra*, III, 2.1.4.

<sup>370</sup> Cfr. artigo 13.º, n.º 1, do *PIDESC*.

<sup>371</sup> Cfr. *idem*, n.º 4.

<sup>372</sup> Cfr. artigo 15.º, n.º 1, a), do *PIDESC*.

<sup>373</sup> Cfr. *idem*, b).

<sup>374</sup> Cfr. *idem*, n.º 2.

<sup>375</sup> Cfr. *idem*, n.º 2.

<sup>376</sup> Cfr. *idem*, n.º 1, a).

<sup>377</sup> A vigência interna das convenções em apreço estaria sempre salvaguardada nos termos do artigo 8.º, n.º 2, da *CRP* mas, conforme verificamos anteriormente, o artigo 16.º, n.º 1, acolhe-as com a qualidade de *normas constitucionais em sentido material* (cfr. *supra*, 2.3.1.).

doutrinariamente identificado por *Carta Internacional dos Direitos Humanos*<sup>378</sup> e subjaz a uma ideia fundamental: a *dignidade humana*<sup>379</sup>, isto é, a dignidade inerente à pessoa humana que é por natureza um ser livre e racional e deve ser reconhecida e tratada como tal em consequência da qualidade de pessoa humana que adquire, *ipso facto*, no momento do seu nascimento<sup>380</sup>. À semelhança do sucedido no âmbito do Estado de Direito<sup>381</sup>, a Sociedade Internacional deve proteger esta dignidade como um valor em si mesmo, independentemente da condição ou das circunstâncias ou de qualquer outra característica específica de um indivíduo ou de um grupo de indivíduos. Ou seja, a dignidade da pessoa humana constitui um valor objectivo conformador da ordem jurídica internacional e desse modo vinculativo para a Sociedade Internacional no seu conjunto, conforme proclamado na II Conferência Mundial dos Direitos Humanos, realizada em Viena, em 1993, “a promoção e a protecção dos direitos humanos são questões prioritárias para a Comunidade Internacional”<sup>382</sup>.

Acresce ainda a actividade da *Organização das Nações Unidas para a Educação, Ciência e Cultura (UNESCO)*, agência especializada das *Nações Unidas*<sup>383</sup>, nos domínios da investigação científica<sup>384</sup>, da educação<sup>385</sup> e do património cultural<sup>386</sup>.

---

<sup>378</sup> Cfr. CARLOS VILLÁN, *Curso de Derecho Internacional de los Derechos Humanos*, p. 210 e ss.

<sup>379</sup> Cfr. preâmbulo da *DUDH*, § 5.º

<sup>380</sup> Cfr. *infra*, III, 2.1.2.

<sup>381</sup> Cfr. *infra*, III, 2.1.2.

<sup>382</sup> Cfr. preâmbulo da *Declaração e Programa de Acção adoptado pela Conferência Mundial de Viena sobre Direitos Humanos*, disponível na internet em [www.oas.org/dil/port/1993%20Declara%C3%A7%C3%A3o%20e%20Programa%20de%20Ac%C3%A7%C3%A3o%20adoptado%20pela%20Confer%C3%Aancia%20Mundial%20de%20Viena%20sobre%20Direitos%20Humanos%20em%20junho%20de%201993.pdf](http://www.oas.org/dil/port/1993%20Declara%C3%A7%C3%A3o%20e%20Programa%20de%20Ac%C3%A7%C3%A3o%20adoptado%20pela%20Confer%C3%Aancia%20Mundial%20de%20Viena%20sobre%20Direitos%20Humanos%20em%20junho%20de%201993.pdf).

<sup>383</sup> Adoptamos o conceito de *agência especializada das Nações Unidas* proposto por JOSÉ A. PASTOR RIDRUEJO que a define como “aquelas organizações internacionais inter-governamentais que, sendo titulares de amplas atribuições internacionais, conforme os seus tratados constitutivos em matérias de carácter económico, social, cultural, educativo, sanitário e outros conexos, estejam vinculadas à Organização das Nações Unidas mediante acordo específico; acordo que, segundo o artigo 63.º da Carta, é adoptado pelo Conselho Económico e Social e pela agência em apreço e carece de aprovação pela Assembleia Geral”, *Curso de Derecho Internacional Público y Organizaciones Internacionales*, p. 796.

<sup>384</sup> Cfr., selectivamente, *Declaração Universal sobre o Genoma Humano e os Direitos Humanos*, de 11 de Novembro de 1997, *Declaração Internacional sobre os Dados Genéticos Humanos*, de 16 de Outubro

### **2.3.3 O ordenamento do Conselho da Europa**

O Conselho da Europa é uma organização internacional de âmbito regional, criada em Londres, em 5 de Maio de 1949, cujo objectivo primordial consiste na “realização de uma união mais estreita entre os Estados europeus por forma a salvaguardar e promover os ideais e os princípios que constituem o seu património comum e de fomentar o progresso económico e social”<sup>387</sup>, mediante “a análise de questões de interesse comum, a celebração de acordos e a adopção de uma acção comum nos domínios económico, social, questões culturais, científicos, jurídicos e administrativos e na manutenção e desenvolvimento dos Direitos Humanos e das Liberdades Fundamentais”<sup>388</sup>. O mesmo objectivo de assegurar o gozo efectivo dos direitos inerentes à dignidade da pessoa humana contra o poder estadual que motivou a realização das várias actividades das Nações Unidas nesta matéria desde a sua fundação, mobilizou também os Estados da Europa Ocidental para a concretização de objectivos semelhantes ao nível específico do *velho* continente.

---

de 2003, *Convenção Internacional contra a Dopagem no Desporto*, adoptada em Paris, em 19 de Outubro de 2005, e *Declaração Universal sobre Bioética e Direitos Humanos*, de 19 de Outubro de 2005; as declarações de direitos, sem carácter convencional, adoptadas pela UNESCO vigoram no ordenamento jurídico português, nos termos do artigo 16.º, n.º 1, da CRP, cfr. *supra* 2.3.1.

<sup>385</sup> Cfr., selectivamente, *Convenção relativa à luta contra as discriminações na esfera da educação*, adoptada em Paris, em 14 de Dezembro de 1960, *Recomendação relativa à luta contra as discriminações na esfera da educação*, de 14 de Dezembro de 1960, *Convenção sobre Convalidação de Estudos e Títulos ou Diplomas relativos ao Ensino Superior nos Estados da Região Europa*, adoptada em Paris, em 21 de Dezembro de 1979, e *Convenção sobre Reconhecimento de Qualificações Relativas ao Ensino Superior na Região Europeia*, adoptada em Lisboa, em 11 de Abril de 1997.

<sup>386</sup> Cfr., selectivamente, *Convenção Internacional para a protecção de bens culturais em caso de conflito armado*, adoptada em Den Haag, em 14 de Maio de 1954, *Convenção relativa às medidas a adoptar para proibir a importação, exportação e transferência ilícita da propriedade de bens culturais*, adoptada em Paris, em 14 de Novembro de 1970, *Convenção para a protecção do Património Mundial Cultural e Natural*, adoptada em Paris, em 23 de Novembro de 1972, *Convenção para a protecção do Património Cultural Subaquático*, adoptada em Paris, em 15 de Outubro de 2001, *Convenção para a Salvaguarda do Património Cultural Imaterial*, adoptada em Paris, em 17 de Outubro de 2003, e *Convenção sobre a protecção e a promoção da diversidade das expressões culturais*, adoptada em Paris, em 21 de Outubro de 2005.

<sup>387</sup> Cfr. artigo 1.º, a) do *Estatuto do Conselho da Europa*, adoptado em Londres, em 5 de Maio de 1949.

<sup>388</sup> Cfr. *idem*, b).

Com efeito, os povos do continente europeu foram pioneiros a constatar serem os Estados os principais responsáveis pela violação dos direitos humanos, por dois motivos. Por um lado, porque os combates militares da II Guerra Mundial foram localizados, quase na totalidade, em território europeu e desse facto resultaram consequências especialmente nefastas para as populações locais que sentiram na sua pessoa e nos seus bens os efeitos da guerra. Por outro lado, porque o estado civilizacional dos povos europeus permitiu não apenas reconhecer imediatamente as atrocidades cometidas por alguns regimes políticos da primeira metade do século XX mas permitiu também aos novos regimes políticos instalados no pós guerra instituir e aperfeiçoar os mecanismos decorrentes do princípio do Estado de Direito necessários para assegurar o respeito pelos direitos humanos. Assim sendo, os Estados do continente europeu constituíram uma organização para a protecção dos direitos humanos que actualmente conta com quarenta e sete Estados membros, entre os quais Portugal que aderiu em 1976<sup>389</sup>.

A adesão de um Estado ao Conselho da Europa implica *ipso facto* a vinculação também à *Convenção Europeia para Protecção dos Direitos Humanos e Liberdades Fundamentais*, ou simplesmente *Convenção Europeia dos Direitos Humanos*, adoptada em Roma, em 4 de Abril de 1950, e, entretanto, enriquecida por catorze protocolos adicionais que vão reflectindo a evolução do entendimento dos Estados sobre esta matéria, permitindo não só alargar o âmbito material de protecção dos direitos que

---

<sup>389</sup> Sobre o Conselho da Europa, cfr. J. A. PASTOR RIDRUEJO, *Curso de Derecho Internacional Público y Organizaciones Internacionales*, p. 835 e ss., CARLOS VILLÁN DURÁN, *Curso de Derecho Internacional de los Derechos Humanos*, p. 185 e ss. e 535 ss., JORGE MIRANDA, *Manual de Direito Internacional Público*, p. 417 ss.; A. GONÇALVES PEREIRA e FAUSTO DE QUADROS, *Manual de Direito Internacional Público*, p. 595 e ss., J. MOTA DE CAMPOS, MANUEL C. LOPES PORTO, ANTÓNIO J. FERNANDES, EDUARDO RAPOSO DE MEDEIROS, MANUEL DE ALMEIDA RIBEIRO e M.<sup>a</sup> LUÍZA DUARTE, *Organizações Internacionais*, p. 595 e ss., J. MOTA DE CAMPOS, *Manual de Direito Comunitário*, Lisboa, Fundação Calouste Gulbenkian, 2000, p. 42 e ss., e JORGE BACELAR GOUVEIA, *Manual de Direito Internacional*, p. 470 e ss.



reconhece mas simultaneamente aperfeiçoar os procedimentos de protecção desses direitos. O primeiro aspecto a destacar na *Convenção*, no contexto da presente investigação, é um certo agnosticismo em relação aos aspectos culturais. Se o alheamento em relação à cultura em sentido antropológico é compreensível atendendo à homogeneidade cultural dos Estados da Europa Ocidental, o anátema da cultura em sentido humanista só é passível de justificação em consequência da conjuntura do pós guerra na medida em que os Estados europeus conferiram prioridade às tarefas de reconstrução: dinamização das actividades económicas devastadas pelo conflito armado e dignificação imediata das condições materiais de vida dos cidadãos<sup>390</sup>. Ainda assim, no protocolo adicional à *Convenção*, celebrado em Paris, em 20 de Março de 1952, está consagrado o direito à *educação*, quer numa perspectiva de liberdade, ao reconhecer o (i) direito dos *pais a escolher o ensino que desejam para os seus filhos*<sup>391</sup>, quer numa perspectiva de solidariedade, ao reconhecer a todas as pessoas o (ii) direito *ao ensino*<sup>392</sup>, assumindo ainda como pressuposto que ao Estado incumbem tarefas no campo da educação e do ensino<sup>393</sup>.

Contudo, é na *Carta Social Europeia*, adoptada na década seguinte, mais precisamente celebrada em *Torino* em 18 de Outubro de 1961<sup>394</sup>, que o Conselho da Europa reconhece alguns direitos na esfera cultural, como o (iii) *acesso* das pessoas, nomeadamente dos cidadãos portadores de deficiência<sup>395</sup>, *às actividades culturais*<sup>396</sup>, por forma a assegurar o exercício efectivo do direito à protecção contra a pobreza e a

---

<sup>390</sup> Cfr. *supra*, I, 1.4.

<sup>391</sup> Cfr. artigo 2.º, 2.ª parte, do *Protocolo adicional à Convenção Europeia dos Direitos Humanos (Protocolo/CEDH)*.

<sup>392</sup> Cfr. *idem*, 1.ª parte.

<sup>393</sup> Cfr. *idem*, 2.ª parte.

<sup>394</sup> A versão da *Carta Social Europeia* em vigor consta do texto revisto em *Strasbourg*, em 3 de Maio de 1996, e ratificado pelo Estado Português em 16 de Outubro de 2001.

<sup>395</sup> Cfr. artigo 15.º, n.º 3, da *Carta Social Europeia (CSE)*.

<sup>396</sup> Cfr. artigo 30.º, a), da *CSE*.

exclusão social, (iv) a faculdade dos *trabalhadores participarem na organização de serviços e equipamentos sociais e socio-culturais na empresa* com vista a assegurar o exercício efectivo do direito a tomarem parte na determinação e na melhoria das condições de trabalho e do meio de trabalho na empresa<sup>397</sup> e a (v) faculdade dos *idosos* perceberem recursos suficientes que lhes permitam levar uma existência digna e *participar activamente na vida pública, social e cultural*<sup>398</sup>. Como podemos verificar, as preocupações culturais do Conselho da Europa circunscrevem-se a promover o acesso de alguns grupos sociais mais desfavorecidos a actividades culturais directamente conexas com o seu quotidiano, sem que esta organização internacional tenha procedido à regulação da esfera cultural em termos gerais e abstractos.

A importância crescente e a actualidade do surgimento da problemática associada à bioética e da biomedicina foi determinante para a celebração da *Convenção para a protecção dos direitos do homem e da dignidade do ser humano face às aplicações da biologia e da medicina*, ou simplesmente, *Convenção sobre os direitos do homem e a biomedicina*, adoptada em Oviedo, em 4 de Abril de 1997, e respectivo *Protocolo adicional que proíbe a clonagem de seres humanos*, adoptado em Paris em 12 de Janeiro de 1998. Os tratados em apreço consagram os seguintes direitos com intuito de protecção do ser humano contra a liberdade de investigação científica: à (i) *dignidade*<sup>399</sup>, à (ii) *identidade*<sup>400</sup> e à (iii) *integridade humana*<sup>401</sup>, ao (iv) *primado do ser humano* sobre o interesse único da sociedade ou da ciência<sup>402</sup>, à (v) *informação adequada* quanto ao objectivo e à natureza de qualquer intervenção no domínio da

---

<sup>397</sup> Cfr. artigo 22.º, c), da CSE.

<sup>398</sup> Cfr. artigo 23.º, a), da CSE.

<sup>399</sup> Cfr. artigo 1.º da *Convenção para a protecção dos direitos do homem e da dignidade do ser humano face às aplicações da biologia e da medicina (Convenção de Oviedo)*.

<sup>400</sup> Cfr. *ibidem* e artigo 1.º do *Protocolo adicional*.

<sup>401</sup> Cfr. artigo 1.º da *Convenção de Oviedo*.

<sup>402</sup> Cfr. artigo 2.º da *Convenção de Oviedo*.

saúde<sup>403</sup>, assim como à (vi) *recusa do consentimento* nessa intervenção<sup>404</sup> e ainda à (vii) *revogação do mesmo*, caso haja sido manifestada<sup>405</sup>, à (viii) *intimidade da vida privada* no âmbito da saúde<sup>406</sup>, à (ix) *liberdade de ser ou não ser informado*<sup>407</sup> e à (x) *não discriminação* em virtude do património genético<sup>408</sup>.

A título de nota final, é necessário mencionar que as *Convenções* do Conselho da Europa, que reconheçam direitos fundamentais à semelhança da solução defendida em relação aos *Pactos* das Nações Unidas, vigoram no espaço soberano português ao abrigo da *cláusula aberta de direitos fundamentais*, isto é, com dignidade de *normas constitucionais em sentido material*<sup>409</sup>.

#### **2.3.4. O ordenamento da *União Europeia***

Apesar dos mentores do fenómeno da integração europeia visarem *ab initio* o fim último de uma integração política dos Estados do continente europeu<sup>410</sup>, começaram por agir de forma pragmática estabelecendo metas exequíveis a curto prazo no domínio económico<sup>411</sup> com vista ao controlo recíproco da produção das matérias necessárias ao fabrico de material bélico, carvão e aço<sup>412</sup>. O alargamento do projecto europeu a outras matérias, um mercado global na esfera comercial e industrial e outro específico no âmbito da energia atómica, com a celebração dos Tratados de Roma em 25 de Março de

---

<sup>403</sup> Cfr. artigo 5.º, § 2.º, da *Convenção de Oviedo*.

<sup>404</sup> Cfr. *idem*, § 1.º.

<sup>405</sup> Cfr. *idem*, § 3.º.

<sup>406</sup> Cfr. artigo 10.º, n.º 1, da *Convenção de Oviedo*.

<sup>407</sup> Cfr. *idem*, n.º 2.

<sup>408</sup> Cfr. artigo 11.º da *Convenção de Oviedo*.

<sup>409</sup> Cfr. *supra*, 2.3.2.

<sup>410</sup> Cfr. ROBERT SCHUMAN *Declaração* à Assembleia Nacional Francesa, em 9 de Maio de 1950 (*Declaração Schuman*), § 6.º e 10.º, disponível na *internet* em [http://europa.eu/about-eu/basic-information/symbols/europe-day/schuman-declaration/index\\_pt.htm](http://europa.eu/about-eu/basic-information/symbols/europe-day/schuman-declaration/index_pt.htm).

<sup>411</sup> Cfr. *Declaração Schuman*, § 7.º e 13.º.

<sup>412</sup> Cfr. *idem*, § 9.º

1957 não impulsionou o projecto europeu para além do domínio económico<sup>413</sup>. Assim, em momento algum anterior à celebração do *Tratado da União Europeia*, em *Maastricht*, em 7 de Fevereiro de 1992, o projeto europeu incorporava qualquer política comunitária na esfera cultural<sup>414</sup>. Apesar da inexistência de uma política, ou de qualquer competência das instituições europeias em matéria cultural, os plenipotenciários que negociaram o *Tratado de Roma* mostraram sensibilidade para a eventual ocorrência de problemas na esfera cultural com a progressiva abertura das fronteiras comerciais no interior da então Comunidade Económica Europeia quando reconheceram aos Estados membros competência exclusiva para definir os seus próprios patrimónios culturais e para adoptarem as medidas necessárias à protecção contra a respectiva comercialização no espaço europeu<sup>415</sup>.

O contributo de *Maastricht* para a dimensão cultural do fenómeno da integração europeia consistiu na incumbência à redenominada *Comunidade Europeia* de uma política referente “à educação, à formação profissional e à juventude”<sup>416</sup> e uma outra relativa à “cultura”<sup>417</sup>. Caminhado deste modo o primeiro passo rumo a uma dimensão cultural da *União Europeia*, o acervo dos *Tratados de Amsterdam, Nice e Lisboa* e de duas versões da *Carta dos Direitos Fundamentais da União Europeia* conferiu a

---

<sup>413</sup> Sobre a génese e evolução das Comunidades e da União Europeia, cfr., selectivamente, MAURICE DUVERGER, *A Europa dos cidadãos*, p. 17 e ss., e *Europa – O Estado da União*, p. 9 e ss., PHILIPPE MANIN, *Les Communautés Europeennes et l’Union Européenne*, p. 9 e ss., JEAN BOULOUIS, *Droit Institutionnel de l’Union Européenne*, Paris, Montchrestien, 1997, p. 21 e ss., F. LUCAS PIRES, *Amsterdão – Do mercado à Sociedade Europeia*, p. 17 e ss., J. MOTA DE CAMPOS, *Manual de Direito Comunitário*, p. 19 e ss.

<sup>414</sup> Neste sentido, PETER HÄBERLE, *La Constitución como cultura*, p. 191, KLAUS STERN, *Los valores culturales en el Derecho Constitucional alemán*, p. 574, MARCOS VAQUER, *Estado y Cultura*, p. 153, e RAFAEL BARRANCO, *El ámbito jurídico-administrativo del derecho de la cultura*, p. 204.

<sup>415</sup> Cfr. artigo 36.º do *Tratado da Comunidade Económica Europeia*.

<sup>416</sup> Cfr. artigos 126.º e 127 do *Tratado da Comunidade Europeia*, na redacção introduzida pelo *Tratado da União Europeia (TUE)*.

<sup>417</sup> Cfr. artigo 128.º, *idem*; cfr. KLAUS STERN, *Los valores culturales en el Derecho Constitucional alemán*, p. 574/575.

seguinte morfologia ao *ordenamento cultural da União Europeia*, passível de sistematização em direitos e tarefas.

Assim, em sede de *direitos fundamentais*, a *Carta dos Direitos Fundamentais da União Europeia* que, tal como a *Convenção Europeia dos Direitos Humanos*, incorpora o Direito Comunitário originário<sup>418</sup> por força do disposto no artigo 6.º do *Tratado da União Europeia*, reconhece, quer direitos de liberdade, quer direitos de solidariedade, em matéria cultural. Quanto ao primeiro grupo, a *Carta* reconhece as (i) liberdades de criação artística e científica<sup>419</sup>, embora esta última esteja limitada pelo direito à integridade física e mental do ser humano<sup>420</sup>, nomeadamente no domínio da medicina e da biologia<sup>421</sup>, a (ii) liberdade académica, que não pode deixar de coincidir com o binómio liberdade de ensinar / liberdade de aprender<sup>422</sup>, o (iii) direito à criação de estabelecimentos de ensino, com os limites do respeito pelo estabelecido nas legislações nacionais que regulam o respectivo exercício e pelos princípios democráticos<sup>423</sup>, e ainda o (iv) direito dos pais escolherem o tipo de ensino que desejam para os filhos<sup>424</sup>. Quanto ao segundo grupo, a *Carta* reconhece o (v) direito à educação<sup>425</sup>, nomeadamente a faculdade de frequentar gratuitamente o ensino obrigatório<sup>426</sup> e o (vi) acesso à formação

---

<sup>418</sup> Segundo a definição de JEAN BOULOUIS, o *Direito Comunitário originário* é composto “pelos tratados institutivos e pelos textos jurídicos que lhes são anexados ou que os modificam”, *Droit Institutionnel de l’Union Européenne*, p. 209; cfr. ainda J. MOTA DE CAMPOS, *Manual de Direito Comunitário*, p. 275.

<sup>419</sup> Cfr. artigo 13.º, 1.ª parte, da *Carta dos Direitos Fundamentais da União Europeia (CDFUE)*.

<sup>420</sup> Cfr. artigo 3.º, n.º 1, da *CDFUE*.

<sup>421</sup> Cfr. *idem*, n.º 2.

<sup>422</sup> Cfr. artigo 13.º, 2.ª parte, da *CDFUE*.

<sup>423</sup> Cfr. artigo 14.º, n.º 3, 1.ª parte, da *CDFUE*.

<sup>424</sup> Cfr. *idem*, 2.ª parte.

<sup>425</sup> Cfr. artigo 14.º, n.º 1, 1.ª parte, da *CDFUE*.

<sup>426</sup> Cfr. artigo 14.º, n.º 2, da *CDFUE*; considerando que o Direito da União Europeia não define o conceito de *ensino obrigatório*, este deverá ser entendido como o ensino obrigatório nos termos da legislação do respectivo Estado pois é matéria respeitante à organização do sistema educativo que integra o *domínio reservado dos Estados*, nos termos do artigo 165.º, n.º 1, do *TFUE*, cfr. *infra*. Sobre o *princípio da atribuição específica de competências* e a articulação das atribuições da União Europeia com as atribuições dos Estados membros entre *competências exclusivas* e *competências partilhadas*, cfr. JOSÉ

profissional e contínua<sup>427</sup>. Além dos direitos genéricos mencionados, a *Carta* reconhece ainda direitos de dois grupos sociais específicos, o (vii) direito das pessoas idosas a participarem na vida cultural<sup>428</sup> e o (viii) direito dos jovens não verem a sua educação prejudicada por motivo de ingresso na vida laboral<sup>429</sup>.

As normas sobre *políticas e acções internas da União Europeia* no domínio cultural, embora não sejam recebidas no ordenamento jurídico português ao abrigo da *cláusula aberta de direitos fundamentais* por não revestirem essa natureza, estão directamente relacionadas com a concretização dos direitos de solidariedade pelo que merecem uma referência neste contexto<sup>430</sup>. Assim, a *União Europeia* está incumbida de (i) contribuir para o desenvolvimento de uma educação de qualidade, incentivando a cooperação entre Estados-Membros e, se necessário, apoiando e completando a sua acção<sup>431</sup>, de (ii) desenvolver uma política de formação profissional que apoie e complete as acções dos Estados-Membros<sup>432</sup> de (iii) contribuir para o desenvolvimento das culturas dos Estados-Membros<sup>433</sup>, e ainda de (iv) complementar as políticas nacionais na melhoria da saúde pública e na prevenção das doenças e afecções humanas e na redução das causas de perigo para a saúde física e mental, nomeadamente mediante a luta contra os grandes flagelos, fomentando a investigação sobre as respectivas causas, formas de transmissão e prevenção<sup>434</sup>, em qualquer dos casos com observância do princípio da subsidiariedade, na medida em que a União está vinculada a respeitar, respectivamente, a (i) responsabilidade dos Estados-Membros pelo conteúdo do ensino

---

LUCAS CARDOSO, *Aspectos pluridisciplinares do projecto de Constituição europeia: os aspectos constitucionais*, p. 222 e ss., e autores aí citados.

<sup>427</sup> Cfr. artigo 14.º, n.º 1, 2.ª parte, da *CDFUE*.

<sup>428</sup> Cfr. artigo 25.º da *CDFUE*.

<sup>429</sup> Cfr. artigo 32.º, n.º 2, *in fine*, da *CDFUE*.

<sup>430</sup> Cfr. *supra*, 2.2.

<sup>431</sup> Cfr. artigo 165.º, n.º 1, do *TFUE*.

<sup>432</sup> Cfr. artigo 166.º, n.º 1, do *TFUE*.

<sup>433</sup> Cfr. artigo 167.º, n.º 1, do *TFUE*.

<sup>434</sup> Cfr. artigo 168.º, n.º 1, do *TFUE*.

e pela organização do sistema educativo, bem como a sua diversidade cultural e linguística, (ii) pela organização da formação profissional e (iii) pela diversidade nacional e regional mas evidenciando simultaneamente o património cultural comum<sup>435</sup>. Quanto à vinculação das instituições europeias ao princípio da subsidiariedade<sup>436</sup> neste domínio específico, é consequência do reconhecimento da diversidade das culturas em sentido antropológico dos vários Estados<sup>437</sup> pois, de acordo com uma clássica afirmação de MAURICE DUVERGER, “a Comunidade não destrói o Estado-Nação assim como este não destruiu as Cidades”<sup>438</sup>.

#### **2.4. A delimitação negativa de *Constituição Cultural*: alguns pretensos *núcleos materiais* da *Constituição***

Algumas propostas doutrinárias no sentido de identificar outros *núcleos materiais* da *Constituição* para além dos quatro mencionados<sup>439</sup> não serão de acolher pois, em conformidade com a realista constatação de JORGE MIRANDA anteriormente citada, “o surto destas expressões tem (...) o risco de inculcar uma desagregação da unidade da *Constituição*”<sup>440</sup> e por esse motivo entendemos por bem adoptar um critério restritivo na delimitação dos *núcleos materiais* da *Constituição*. Opção metodológica

---

<sup>435</sup> Quanto ao dever de conciliação entre a diversidade nacional e regional dos Estado membros e a promoção do património cultural comum que vincula as instituições europeias, cfr. PETER HÄBERLE, *La Constitución como cultura*, p. 192/193.

<sup>436</sup> O princípio da subsidiariedade da intervenção das instituições europeias está consagrado em termos genéricos nos termos do artigo 5.º, n.ºs 1 e 3 do *TUE*.

<sup>437</sup> Cfr. preâmbulo da *CDFUE*, § 5.º; no mesmo sentido PETER HÄBERLE, *La Constitución como cultura*, p. 192/193.

<sup>438</sup> MAURICE DUVERGER, *Europa – O Estado da União*, p. 45; sobre o “Direito constitucional da cultura na União Europeia”, cfr. PETER HÄBERLE, *idem*, p. 191 e ss.

<sup>439</sup> Cfr. *supra*, 2.2.

<sup>440</sup> Cfr. JORGE MIRANDA, *Manual de Direito Constitucional*, tomo I, p. 20, e tomo II, p. 20, e ainda *supra*, II, 2.2.

que implica a rejeição de alguns pretensos *núcleos materiais* do texto constitucional qualificados por alguma doutrina como dotados de identidade específica<sup>441</sup>.

Atenta esta orientação, é nosso entendimento não existir fundamento para acolher o conceito de *Constituição do trabalho* elaborado por GOMES CANOTILHO<sup>442</sup> na medida em que as relações de trabalho não consubstanciam *per se* um sub-sistema social interactivo, ao invés as relações jurídicas laborais são matéria transversal a vários dos sub-sistemas sociais interactivos enquadrados na classificação de TALCOTT PARSONS e NEIL SMELSER<sup>443</sup>. Com efeito, a relação contratual de prestação de uma actividade laboral insere-se necessariamente num processo de produção e distribuição de bens ou serviços e, nesse sentido, é parte integrante da *Constituição económica*. Deste modo, os direitos à segurança no emprego<sup>444</sup>, o direito à greve e a proibição do *lock-out*<sup>445</sup>, embora revistam a natureza de liberdades pessoais, respeitam especificamente à relação contratual de trabalho, na maioria dos casos celebrada entre entidades privadas, e apesar das normas em apreço estabelecerem o conteúdo de relações subjectivas reportam-se ao sub-sistema económico e desse modo incorporam a *Constituição económica*. Por outro lado, as liberdades de constituir tipos específicos de associações<sup>446</sup>, como é o caso das comissões de trabalhadores<sup>447</sup> e das associações sindicais<sup>448</sup>, bem como os respectivos direitos próprios enquanto pessoas

---

<sup>441</sup> O método utilizado no texto é tributário do pensamento de KARL POPPER quando ensinava que “o conhecimento científico, o saber científico é, (...) sempre hipotético: é um saber por conjectura; o método do conhecimento científico é o método crítico, o método da pesquisa e da eliminação do erro ao serviço da busca da verdade, ao serviço da verdade”, *Conhecimento e formação da realidade: a busca de um mundo melhor*, in *Em busca de um mundo melhor*, trad. portuguesa de T. Curvelo, M. Loureiro e J. C. Espada, Lisboa, Editorial Fragmentos, 1992, p. 18.

<sup>442</sup> Cfr. J. J. GOMES CANOTILHO, *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*, 2003, p. 346.

<sup>443</sup> Cfr. *supra*, 1.4.

<sup>444</sup> Cfr. artigo 53.º da *CRP*.

<sup>445</sup> Cfr. artigo 57.º da *CRP*.

<sup>446</sup> Cfr. artigo 46.º da *CRP*.

<sup>447</sup> Cfr. artigo 54.º da *CRP*.

<sup>448</sup> Cfr. artigo 55.º da *CRP*.



colectivas, alguns dos quais, como o direito de participar na elaboração da legislação do trabalho<sup>449</sup>, revestem a natureza de direitos de participação política que visam o aprofundamento da democracia participativa<sup>450</sup> e nesse contexto incorporam a *Constituição política*. Por último, uma das características distintivas das Constituições do Estado social de Direito é a consagração de direitos fundamentais que conferem especial protecção às pessoas em caso de invalidez permanente, de doença, de acidente<sup>451</sup>, bem como no termo da carreira profissional<sup>452</sup>, e apesar de serem as classes trabalhadores o grupo social que mais necessita do acesso às prestações mencionadas e virtualmente o que mais as aproveita na realidade dos factos, os preceitos que as conferem integram-se na *Constituição social*.

Além do conceito anterior de *Constituição do trabalho*, GOMES CANOTILHO recorta ainda na Lei Fundamental o conceito de *Constituição do ambiente* que define como o conjunto das normas que consagram “um direito ao ambiente como direito fundamental”<sup>453</sup>, conjugadas com as “normas-tarefa e normas fim referentes ao ambiente”<sup>454</sup>. JOÃO LOUREIRO, em consonância com seu *mestre*, também sustenta a autonomia do conceito análogo de *Constituição ambiental* que identifica, numa formulação de conteúdo menos abrangente, porque esvaziada da componente subjectiva, como as regras que estabelecem como tarefa do Estado “prevenir e controlar

---

<sup>449</sup> Cfr. artigo 56.º, n.º 2, a) da *CRP*. O direito em apreço só deixou de constituir privilégio de um grupo social a partir do momento em que a respectiva titularidade foi estendida por lei ordinária às associações de empregadores, cfr. o disposto no artigo único da Lei n.º 36/99, de 26 de Maio, entretanto substituído pelos artigos 525.º e 529.º do Código do Trabalho, assumindo assim a natureza de direito fundamental extra-documental (artigo 16.º, n.º 1; cfr. *infra*) e simultaneamente de natureza análoga (i. é, direitos fundamentais que encerram um conteúdo de liberdade, aferida segundo um critério de *analogia iuris*, com os direitos consagrados na Parte I, Título II, da *CRP*) aos direitos, liberdades e garantias (artigo 17.º).

<sup>450</sup> Cfr. artigo 2.º, *in fine*, da *CRP*.

<sup>451</sup> Cfr. artigos 63.º e 64.º da *CRP*.

<sup>452</sup> Cfr. artigo 72.º da *CRP*.

<sup>453</sup> Cfr. J. J. GOMES CANOTILHO, *Procedimento administrativo e defesa do ambiente*, in *Revista de Legislação e de Jurisprudência*, Coimbra, Coimbra Editora, ano 124.º, n.º 3802, 1990/1991, p. 10.

<sup>454</sup> Cfr. J. J. GOMES CANOTILHO, *ibidem*.

a poluição e os seus efeitos e as formas prejudiciais de erosão”<sup>455</sup>. O conceito de *Constituição ambiental* carece de um sub-sistema social interactivo subjacente de tal modo que foi o desiderato de protecção do *ambiente* que, paralelamente ao escopo da protecção da pessoa humana, motivou ALESSANDRO PIZZORUSSO a delimitar o conceito de *Constituição cultural* por oposição à *Constituição económica*<sup>456</sup>. Com efeito, segundo as palavras do jurista de *Bagni di Lucca*, “ainda que seja certo que a garantia constitucional do ambiente foi construída pela doutrina, principalmente, a partir das disposições relativas à paisagem, não pode desconhecer-se a vinculação deste aspecto com a protecção da cultura, isto é, com uma actividade defensora deste género de valores<sup>457</sup> perante a dinâmica da exploração económica”<sup>458</sup>.

Creemos também não ser merecedor de autonomia científica o conceito de *Constituição financeira*, ou mais especificamente de *Constituição financeira pública*, empregue por SOUSA FRANCO e por GUILHERME D’OLIVEIRA MARTINS que o primeiro define como a “ordenação da actividade do Estado na satisfação, por meios económicos, das necessidades da sociedade que estão a seu cargo”<sup>459</sup>. O conceito em apreço não assume a dimensão de *núcleo material* da Constituição na medida em que são os próprios autores que o qualificam apenas como um dos “aspectos” do “conteúdo

---

<sup>455</sup> Cfr. JOÃO LOUREIRO, *Da sociedade técnica de massas à sociedade de risco: prevenção, precaução e tecnociência*, p. 870; cfr. ainda artigo 66.º, n.º 2, da CRP.

<sup>456</sup> Cfr. ALESSANDRO PIZZORUSSO, *Lezioni di Diritto Costituzionale*, p. 180 e ss., e *supra* 2.1.

<sup>457</sup> ALESSANDRO PIZZORUSSO refere-se ao escopo de “a assegurar uma protecção básica da vida humana considerada como valor em si, à margem do uso que se faça dos recursos humanos em relação a fins políticos ou económicos” e nessa perspectiva considera o “ambiente em que o homem vive como pressuposto das garantias especificamente dispensadas à pessoa e aos seus atributos”, *idem*, p. 180.

<sup>458</sup> Cfr. ALESSANDRO PIZZORUSSO, *idem*, p. 181; a posição em apreço é acolhida na doutrina espanhola por BEATRIZ GONZÁLEZ MORENO, *El Estado social – Naturaleza jurídica y estructura de los derechos sociales*, Madrid, Civitas, 2002, p. 159.

<sup>459</sup> Cfr. A. SOUSA FRANCO, *Noções de Direito da Economia*, p. 91; GUILHERME D’OLIVEIRA MARTINS adere *ipsis verbis* a este conceito, *Constituição económica*, p. 11.

da Constituição económica”<sup>460</sup>, esse sim regulador de um dos sub-sistema sociais interactivos anteriormente mencionados.

Outra proposta doutrinária tendente à demarcação de um *núcleo material* da Constituição na comunidade científica portuguesa e que em nosso entendimento não encontra apoio nos termos da própria Lei Fundamental é o conceito de *Constituição administrativa*, elaborado e definido por VITAL MOREIRA como “o conjunto dos princípios e normas constitucionais respeitantes à administração pública”<sup>461</sup>. A nossa rejeição da posição de VITAL MOREIRA é devida à circunstância da Administração pública constituir parte integrante do complexo organizatório do Estado-poder, isto é, corresponde ao poder administrativo do Estado configurado na pureza dos princípios liberais<sup>462</sup>, que os jus-administrativistas denominam por *Administração pública em sentido orgânico, subjectivo ou organizatório*<sup>463</sup>, e nesse contexto ser regulada pela *Constituição política*.

O conceito de *Bioconstituição* que JOÃO LOUREIRO define como “o conjunto de normas (princípios e regras), formalmente e/ou materialmente constitucionais, que têm como objecto acções ou omissões, do Estado ou de entidades privadas, centradas sobretudo na tutela da vida, da identidade e da integridade pessoais e na saúde do ser humano, actual ou futuro, nomeadamente, mas não exclusivamente, face às ameaças da

---

<sup>460</sup> Ambas as expressões são de SOUSA FRANCO, *ibidem*; posição corroborada por GUILHERME D’OLIVEIRA MARTINS, *Constituição financeira*, p. 3.

<sup>461</sup> Cfr. VITAL MOREIRA, *Constituição e Direito Administrativo – A “Constituição Administrativa” Portuguesa*, in *Ab Vno Ad Omnes – 75 Anos da Coimbra Editora. 1920-1995*, Coimbra, Coimbra Editora, 1998, p. 1141.

<sup>462</sup> Cfr. *supra*.

<sup>463</sup> Adoptamos o conceito de *administração pública em sentido orgânico ou subjectivo* proposto por DIOGO FREITAS DO AMARAL, *Curso de Direito Administrativo*, vol. I, p. 29, i. é, “como sinónimo de organização administrativa”; a expressão “administração em sentido subjectivo” era já usada por AFONSO QUEIRÓ, *Lições de Direito Administrativo*, vol. I, p. 84, enquanto MARCELO REBELO DE SOUSA adopta a denominação de “administração pública em sentido orgânico”, *Lições de Direito Administrativo I*, Lisboa, edição de autor, 1994/95, p. 18, e ROGÉRIO SOARES (*Direito Administrativo*, p. 4) e VIEIRA DE ANDRADE (*Lições de Direito Administrativo*, p. 11) preferem a expressão “administração pública em sentido organizatório”.

Biomedicina”<sup>464</sup> e que PAULO OTERO, em sentido concordante, fundamenta em três postulados: (i) garantia da dignidade pessoal e da identidade genética do ser humano, (ii) protecção da dignidade humana contra formas de utilização abusiva de informações relativas às pessoas e às famílias, (iii) visando a protecção da família e a salvaguarda da dignidade humana, vincula o Estado a regulamentar a procriação assistida”<sup>465</sup>, não assume autonomia em relação à *Constituição cultural*. Assumimos esta posição na medida em que, por um lado, as matérias em apreço incorporam a *Constituição cultural* porque se reportam a *padrões de valores*<sup>466</sup> e, além disso, ao elaborar o conceito de *Constituição cultural*, ALESSANDRO PIZZORUSSO tinha em vista “assegurar uma protecção básica da vida humana considerada como valor em si mesmo”<sup>467</sup>, à semelhança da função dos princípios mencionados, e, por outro lado, porque as regras e princípios apontados por ambos os autores consistem num conjunto, aliás importante, de limites<sup>468</sup> ao direito de investigação científica, integrante da *Constituição cultural*<sup>469</sup>, com vista a assegurar a dignidade pessoal e a identidade genética do ser humano<sup>470</sup>.

Aliás, os estudos empreendidos por JOÃO LOUREIRO sobre matérias de âmbito constitucional, se levados às últimas consequências, conduziriam certamente a um *desmantelamento irreversível* da unidade da Constituição na medida em que os diversos temas analisados pelo autor sugerem-lhe quase invariavelmente a demarcação de um inovador *núcleo material* da Constituição. Se compulsarmos os escritos de JOÃO LOUREIRO, verificamos que além das *constituições* mencionadas, o autor identifica

---

<sup>464</sup> Cfr. JOÃO LOUREIRO, *O direito à identidade genética do ser humano*, in *Portugal – Brasil. Ano 2000*, Coimbra, Coimbra Editora, 1999, p. 294.

<sup>465</sup> Cfr. PAULO OTERO, *Direito da Vida – Relatório sobre o programa, conteúdo e métodos de ensino*, Coimbra, Livraria Almedina, 2004, p. 80/81.

<sup>466</sup> Cfr. *supra*, 1.4.

<sup>467</sup> Cfr. *supra*, 2.1.

<sup>468</sup> Cfr. *infra*.

<sup>469</sup> Cfr. artigo 42, n.º 1, da CRP, e *infra*.

<sup>470</sup> Cfr. Artigo 26.º, n.º 3, *ab initio*, da CRP.

ainda os conceitos de *Constituição da saúde*, em cujo contexto destaca a regulação da “medicina preventiva, [curativa e de reabilitação]”<sup>471</sup> e a “prevenção e tratamento da toxicod dependência”<sup>472</sup>, e de *Constituição da segurança social* que, apesar de não definir, indexa ao actualíssimo problema das “pensões de reforma e de aposentação”<sup>473</sup>. Contudo, ambas as matérias constitucionais abordadas por JOÃO LOUREIRO reportam-se ao sub-sistema social, integrativo ou comunitário porque regulam a satisfação de interesses de pessoas com necessidades de ordem diversa com vista a promover a sua integração na sociedade<sup>474</sup> e nesse sentido incorporam a *Constituição social*, como aliás o próprio autor vem a referir-se-lhe na sequência do texto<sup>475</sup>.

Ainda neste contexto mas para além da doutrina portuguesa, também não sufragamos a autonomia dos conceitos de *Constituição educativa*, sob o qual JOSÉ LUIS MARTÍNEZ LÓPEZ-MUÑIZ<sup>476</sup> identifica o conjunto de direitos fundamentais, deveres e tarefas das entidades públicas no âmbito da educação, consagrados na *Constitución Española*<sup>477</sup>, nem o de *Constituição escolar*, com que SALVATORE MASTROPASQUA identifica a mesma realidade no ordenamento jurídico italiano<sup>478</sup>, nem o de *Constituição da educação*, adoptada entre nós por JORGE MIRANDA e RUI MEDEIROS<sup>479</sup>, por JOÃO LOUREIRO<sup>480</sup>, e por PAULO NOGUEIRA DA COSTA<sup>481</sup>,

---

<sup>471</sup> Cfr. artigo 64, n.º 3, a), da CRP.

<sup>472</sup> Cfr. artigo 64, n.º 3, f), da CRP; decorre do contexto da exposição que JOÃO LOUREIRO coloca o acento tónico da *Constituição da saúde* nos dois aspectos mencionados no texto porque os aborda no âmbito da prevenção como “exigência constitucional” numa sociedade de risco, *Da sociedade técnica de massas à sociedade de risco: prevenção, precaução e tecnociência*, p. 870.

<sup>473</sup> Cfr. JOÃO LOUREIRO, *Adeus ao Estado Social?*, p. 109/110.

<sup>474</sup> Cfr. *supra*, 1.4.

<sup>475</sup> Cfr. JOÃO LOUREIRO, *Adeus ao Estado Social?*, p. 113.

<sup>476</sup> Cfr. JOSÉ LUIS MARTÍNEZ LÓPEZ-MUÑIZ, *El esclarecimiento de la “Constitución educativa”*. *Un determinante primer paso*, in *Persona y Derecho*, Navarra, Universidad de Navarra – Facultad de Derecho, n.º 55, 2006, p. 795.

<sup>477</sup> Cfr. artigo 27.º

<sup>478</sup> Cfr. SALVATORE MASTROPASQUA, *Cultura e scuola nel sistema costituzionale italiano*, p. XII.

<sup>479</sup> Cfr. JORGE MIRANDA e RUI MEDEIROS, *Constituição da República Portuguesa anotada*, tomo I, anotação IV ao artigo 43.º

<sup>480</sup> Cfr. JOÃO LOUREIRO, *Liberdade de ensino, pluralismo e democracia*, p. 82.

ou de *Constituição educativa*, empregue por PAULO PULIDO ADRAGÃO<sup>482</sup>, porque a educação, nomeadamente através da escola<sup>483</sup>, é uma das componentes do sub-sistema cultural de uma comunidade humana. Sem embargo de reconhecermos que a educação é provavelmente o domínio cultural de maior impacto na sociedade na medida em que como procedimento de *transmissão* e *assimilação* culturais<sup>484</sup> é, em primeiro lugar, o mecanismo que melhor permite a subsistência da identidade cultural da comunidade e, por outro lado, uma vez que permite o acesso da pessoa humana à cultura, quer em sentido antropológico, quer em sentido humanista, é o procedimento mais adequado a realizar a democracia cultural, a educação permanece, no entanto, circunscrita ao sub-sistema cultural e nesse contexto incorpora a *Constituição cultural*.

A viagem pela modernidade conduziu-nos até ao ponto de confluência entre *cultura, sociedade e poder político*. Aqui chegados, o momento é simultaneamente de balanço e de lançamento, balanço da investigação realizada e lançamento de novos objectivos no contexto da mesma. Assim, quanto ao primeiro aspecto, adoptada a delimitação dos *núcleos materiais* da Constituição mediante o critério da aferição dos mesmos pelos *quatro sub-sistemas sociais interactivos* delimitados por TALCOTT PARSONS e NEIL SMELSER, político, económico, social e cultural, e reconhecidos pela *Constituição da República Portuguesa*<sup>485</sup>, analisado o *estado da arte* no que concerne ao fundamento doutrinário da autonomia e delimitação da *Constituição cultural* e testada a bondade da circunscrição da demarcação dos *núcleos materiais* da

---

<sup>481</sup> Cfr. PAULO NOGUEIRA DA COSTA, *Concorrência no Ensino Superior*, p. 103.

<sup>482</sup> Cfr. PAULO ADRAGÃO, *A liberdade de aprender e a liberdade das escolas particulares*, p. 221.

<sup>483</sup> Apesar de sufragarmos a distinção entre o conceito amplo de *educação* como sinónimo da formação integral da pessoa humana, i. é, compreendendo os domínios intelectual, moral, ético, religioso, *etc.*, do conceito mais restrito de *ensino* ou *instrução*, circunscrito ao domínio intelectual (cfr. *infra*, III, 2. e 3.), cremos que, para efeitos de delimitação dos *núcleos materiais* da Constituição vale a mesma ordem de argumentos para ambos os conceitos.

<sup>484</sup> Cfr. *infra*.

<sup>485</sup> Cfr. artigo 2.º da *CRP* e *supra*.

Lei Fundamental aos mencionados quatro sub-sistemas sociais interactivos, mediante a fundamentação da exclusão de outras subdivisões constitucionais doutrinariamente sustentadas, por forma a evitar “uma desagregação da unidade da Constituição”<sup>486</sup>, e sem ignorar a admoestação de PETER HÄBERLE segundo a qual “a compreensão “da Constituição e da cultura” não consegue eliminar a tensão, forçosamente eterna, entre intelecto e poder, entre cultura e política”<sup>487</sup>, reunimos o municiamento teórico necessário para empreender uma análise jurídico-positiva da *Constituição cultural portuguesa*. Quanto ao objectivo agora proposto, é necessário começar por realizar uma delimitação da *Constituição cultural* em sentido jurídico-positivo no (con)texto da *Constituição da República Portuguesa*, para, em seguida, partir para uma análise detalhada, exegética mas também sistemática, dos preceitos que a incorporam, sejam eles referentes a direitos ou a deveres fundamentais, ao acervo patrimonial ou a tarefas do Estado, ou de outras entidades públicas e privadas, no âmbito das matérias que identificarmos como incorporados no universo cultural. Assim, cremos por imperativo começar pela delimitação de *um conceito constitucionalmente adequado de Cultura* com conteúdo e contornos *claros, coerentes e completos* na medida em que só com arrimo neste postulado, e para o efeito podemos beneficiar do estudo do conceito de *cultura* empreendido *ab initio*<sup>488</sup>, será possível estabelecer com o necessário rigor o conteúdo as *fronteiras da Constituição cultural portuguesa*.

---

<sup>486</sup> Citamos novamente JORGE MIRANDA, *Manual de Direito Constitucional*, tomo II, p. 20.

<sup>487</sup> Cfr. PETER HÄBERLE, *La Constitución como cultura*, p. 198; neste sentido, NORBERTO BOBBIO afirmava que “também o mundo da cultura tem necessidades diferentes, deveres, poderes de natureza política, saber quais os fins dessas necessidades, a substância dessas obrigações, a extensão desses poderes, é tornar-se consciente da cultura como um facto político”, *Politica e cultura*, p. 34.

<sup>488</sup> Cfr. *supra*, Introdução, 1.2.

# **Índice do volume I**





## Sumário

## Abstract

## Introdução

### **1. Estado e cultura: uma relação congénita não assumida**

- 1.1. A génese cultural do *Estado*: a *Nação* 3
- 1.2. Em busca *do* conceito de *Cultura* 32

### **2. Estado e Cultura: como conciliar duas realidades congénitas separadas à nascença?**

- 2.1. As relações entre *Estado*, *Direito* e *Cultura* 49
- 2.2. *Estado* e *cultura*: gémeos monozigóticos ou dizigóticos? 60

## I. O Estado Cultural

### **1. O Estado cultural no tempo: as relações entre poder político e cultura no âmbito da modernidade**

- 1.1. Preliminares. 69
- 1.2. O Estado absoluto: *a cultura de Estado* 71

1.3. O Estado liberal: <i>a cultura como instrumento adequado à prossecução da liberdade e a autonomia cultural da Sociedade Civil</i>	75
1.4. O Estado social: <i>a revolução tecnológica como propulsora da cultura de massas</i>	87
1.5. Os Estados autoritários e os Estados totalitários: <i>a negação da autonomia da cultura</i>	101
1.6. Um Estado pós-moderno? <i>A superação da instrumentalidade da cultura rumo à sua assunção como fim do Estado?</i>	108
1.6.1. A recuperação doutrinária do conceito de <i>Kulturstaat</i>	110
1.6.2. O <i>regresso da cultura</i> à enciclopédia jurídica constitui causa adequada para um novo entendimento dos elementos do Estado?	116
1.6.3. O fim do Estado social ou um Estado social renovado?	120
1.6.4. <i>Estado de cultura</i> : o paradoxo involuntário da expressão	129
1.6.5. O <i>Estado cultural</i> como um Estado de Direito democrático e social antropológicamente configurado	134
<b>2. O Estado cultural no espaço: o pluralismo de estilos culturais</b>	
2.1. Preliminares	139
2.2. O contributo alemão: <i>der Kulturstat und Hochschulreform</i>	141
2.3. O contributo italiano: <i>la Costituzione culturale ed i beni cultural</i>	146
2.4. O contributo francês: <i>le mécénat et l'Université impériale</i>	150
2.5. O contributo britânico: <i>the impetus of civil society and the light University</i>	156

## **II. A Constituição Cultural**

### **1. A Constituição em sentido material**

1.1. A génese do constitucionalismo: as <i>declarações de direitos</i>	163
1.2. A <i>quintessência</i> da Lei Fundamental: o acervo das matérias jurídico-constitucionais	170
1.2.1. A <i>quintessência</i> da Lei Fundamental: o acervo <i>político</i>	172
1.2.2. A <i>quintessência</i> da Lei Fundamental: o acervo <i>social</i>	183
1.2.3. A <i>quintessência</i> da Lei Fundamental: o acervo <i>económico</i>	189
1.2.4. A <i>quintessência</i> da Lei Fundamental: o acervo <i>cultural</i>	191
1.2.5. A <i>quintessência</i> da Lei Fundamental: <i>novos desafios, novos conteúdos</i>	193
1.3. A <i>quintessência</i> da Lei Fundamental: um balanço	197
1.4. A demarcação dos <i>núcleos materiais</i> da <i>Constituição da República Portuguesa</i> : os sub-sistemas sociais interactivos	202

### **2. A Constituição Cultural em especial**

2.1. O conceito de <i>Constituição Cultural</i>	209
2.2. A delimitação positiva de <i>Constituição Cultural</i>	212
2.3. A <i>Constituição Cultural</i> como um espaço normativo aberto e consequente extensão pelo impacto da globalização	227
2.3.1. O alargamento <i>Constituição material</i> por força da cláusula aberta de direitos fundamentais	227

2.3.2 O ordenamento da <i>Organização das Nações Unidas</i>	235
2.3.3 O ordenamento do <i>Conselho da Europa</i>	246
2.3.4. O ordenamento da <i>União Europeia</i>	250
2.4. A delimitação negativa de <i>Constituição Cultural</i> : alguns pretensos <i>sectores fundamentais</i> da Constituição	254
<b>Índice do volume I</b>	265