

Velhas e Novas Liberdades

Uma síntese para o nosso tempo, em três andamentos^(*)

Paulo Ferreira da Cunha
*Professor da Faculdade de Direito
da Universidade do Porto*^(**)

Resumo: O presente artigo tem dois principais eixos de abordagem. Os primeiros “andamentos” ligam-se à sempre renovada questão jurídico-política dos Antigos e dos Modernos. Depois de um tempo de quase completo olvido académico da dicotomia entre Constituição Natural, histórica, consuetudinária, e Constituição Moderna, codificada, voluntarista, etc., começa a ficar sedimentada essa diferença e também a continuidade que historicamente há entre as várias modalidades de Constituição. O último “andamento” concentra-se no Direito à Palavra ou Liberdade de Expressão. Parecia ser um dos primeiros direitos, e por isso consabido e adquirido. Mas as subtilezas das pulsões autoritárias que nenhuma democracia completamente conseguiu ainda erradicar parece encontrarem sempre formas de que algumas vozes não possam falar, ou atingir o público. Ou se inibam de o fazer. Há assim que repensar este direito, e encontrar novos mecanismos de proteção dos que têm coisas a dizer, nem sempre agradáveis para todos, e contudo não possuem os meios para se fazer exprimir ou são ameaçados (ou assim se sentem) pelos que (ou alguns dos que) não gostariam que falassem. Esta Liberdade ou Direito é sem dúvida uma pedra angular do Estado de Direito democrático, e há que ser exigente, rigoroso e não conformista para o defender.

Palavras-chave: Liberdade dos Antigos / Liberdade dos Modernos / Constituição Natural / Constitucionalismo Moderno / Liberdade de Expressão / Direito à Palavra / Magna Carta

^(*) Texto baseado na nossa conferência de abertura do III Colóquio Jushumanista Internacional, que teve lugar na Faculdade de Letras da Universidade do Porto, dedicado à Liberdade de Expressão, e comemorando o VIII centenário da Magna Carta. Permitimo-nos manter algumas marcas de oralidade, sem o que o texto se descaracterizaria.

^(**) Presentemente em licença, a seu pedido, “por circunstâncias de interesse público”: Membro do Comité *ad hoc* para o Tribunal Constitucional Internacional; coordenador do Programa de Pesquisa “Fun-

Toute Société dans laquelle la garantie des Droits n'est pas assurée, ni la séparation des Pouvoirs déterminée, n'a point de Constitution.

Art. 16.º da primeira Declaração
dos Direitos do Homem e do Cidadão

I. Primeiro Andamento: Liberdade(s) e Constitucionalismo(s)

Há uma profunda relação entre Liberdade e Constitucionalismo.

A melhor maneira de falar de Liberdade, racionalmente, de forma juridicamente enquadrada, parece ser mesmo falar de Constitucionalismo. É verdade que falar em Liberdade e em Liberdades pode não querer dizer sempre pensar em Constitucionalismo, mas em muitos casos sim. Nos casos certamente mais importantes no plano macrossocial.

Descontemos os casos de micro-política, de liberdade empresarial ou mesmo doméstica. Vendo a questão ao nível macro, a questão parece clara: se uma liberdade ou um punhado delas, de forma desarticulada, esparsa, num pano de fundo de autoritarismo, não darão lugar a uma Constituição livre, já um sistema de liberdades (associada a uma democrática ou protodemocrática estruturação do poder, seus órgãos e funções) é o essencial de uma Constituição digna desse nome.

Claro que pode haver situações políticas em que uma Constituição (formal, escrita) prega como frei Tomás, e a prática não navega por essas águas, bem ao contrário: são as constituições nominais, ou semânticas, na conhecida qualificação de Loewenstein, ou inefetivas, aproveitando a classificação jurídica mais genérica de Carbonnier. Fala-se já, noutras latitudes, em síndrome da inefetividade das normas constitucionais. E, para a Constituição de 1933, Adriano Moreira usou a classificação de “inautêntica”, no seu *Novíssimo Príncipe*⁽¹⁾; aliás – e não creio que tenha sido suficientemente sublinhado – este Autor tem pontuado o seu discurso com expressões que ganhariam em ser mais escutadas: cremos ter sido o primeiro a entre nós falar em “Teologia do mercado”, e recentemente também em “Neoliberalismo repressivo”.

damentação do Direito e Contrato Constitucional Internacional”, Bolseiro da FUNADESP na FADISP e Professor de Direito Público na Universidade Anhembi Morumbi (*Laureate International Universities*).

⁽¹⁾ ADRIANO MOREIRA, *O Novíssimo Príncipe. Análise da Revolução*, Braga/Lisboa, Intervenção, 1977.

De qualquer modo, uma boa forma de perspetivar em conjunto a ausência ou a presença de liberdades [a ausência total é quase inconcebível e um desafio para os utopistas: mesmo o *Leviathã* de Hobbes tem algumas liberdades civis, privadas⁽²⁾] é analisar os tipos de Constituição. O mesmo é dizer, dividir os constitucionalismos.

O Constitucionalismo não começou com o Inglês, o Americano ou as Revoluções Francesas. O texto da Magna Carta, que hoje justamente celebramos no seu já VIII centenário, surpreenderá muitos dos que nela esperariam ler talvez uma antiga Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão, ou mesmo uma avó direta da Declaração dos Direitos Humanos das Nações Unidas.

Pelo contrário, a Magna Carta, não sendo sequer o primeiro momento de constitucionalismo (ainda antigo, tradicional, sem dúvida alguma), tem a grande vantagem epistémica e heurística, para os estudiosos desta matéria, de recordar alguns aspetos essenciais, que hoje só se podem ir buscar aos momentos nascentes das coisas, à aurora das instituições, às “regiões matinais” dos problemas.

Refiramos apenas pouco mais de meia dúzia dessas coisas não *escondidas desde a fundação do mundo*, como diria René Girard⁽³⁾, mas olvidadas desde há alguns séculos, pelo menos por alguns:

1) Logo pelo título se vê que se trata de um contrato constitucional⁽⁴⁾, de um pacto ou contrato social, entre quem detém poder: *Magna Charta Libertatum sev Concordiam inter regem Johannem at barones pro concessione libertatum ecclesiae et regni angliae* (*Grande Carta das liberdades, ou concórdia entre o rei João e os barões para a outorga das liberdades da Igreja e do rei Inglês*). Não é, obviamente, uma constituição em sentido moderno. Faz-nos pensar no jogo de poderes que desagua no *soit-disant* “poder constituinte”.

2) Daí que muitas das suas providências sejam não só ditadas por abusos mais ou menos recentes, como recortadas *intuitu personae*. E há mesmo no texto alguns casos em que há preconceito e “favor” para alguns grupos. Naturais marcas do tempo.

3) Tudo isso lhe dá um ar de objetividade e de concretude, mas aos olhos hodiernos do jurista educado na normatividade teoricamente geral e abstrata não pode deixar de ter um ar arcaico. E de se confundir o direito com o privilégio, que

⁽²⁾ THOMAS HOBBS, *Leviathan*, ed. Harmondsworth, Penguin, reimp., Introduction par C. B. Macpherson, 1986.

⁽³⁾ RENÉ GIRARD, *Des choses cachées depuis la fondation du monde*, Paris, Grasset, 1978.

⁽⁴⁾ Cf. o nosso livro *O Contrato Constitucional*, Lisboa, Quid Juris, 2014.

uma etimologia falsa, mas eloquente, diz derivar de lei privada. Privilégio e também discriminação.

4) A grande verdade esquecida a retirar da Magna Carta é que tem direitos e pode conservá-los quem (como os barões ingleses) se encontra em posição de poder suficiente para os impor ao poder (no caso, ao rei). Recordo uma frase de Ulisses Guimarães, que foi o presidente da constituinte brasileira, e a quem creio se dever a expressão “constituição cidadã”: “Só o povo nas ruas mete medo em político”. Ou então barão armado entrando nos palácios...

5) E a grande razão de se comemorar, *hinc et nunc*, a Magna Carta com um debate sobre o direito à palavra ou a liberdade de expressão, não é tanto porque ela de forma solene o consagre no seu texto. É que, para que ela tivesse podido fazer-se foi necessário não um texto que a permitisse, mas a força e o rasgo necessário de uma elite amante de liberdades (pelo menos para alguns) que falou e falou tão alto que a Coroa teve de inclinar-se perante a sua vontade.

6) As velhas liberdades da Magna Carta obviamente em si são diversas das que temos e das que precisamos (e precisamos de muitas ainda, umas a recuperar, outras a reinventar, e outras a descobrir). Mas as condições do contrato constitucional afiguram-se-nos ser semelhantes. É verdade que hoje há o sufrágio, que pode, para dar um exemplo recente, permitir aos Gregos afirmar uma constituição material acima da constituição europeia real: quer dizer, fazer ouvir a sua vontade profunda contra o estado de coisas político que se criou por cima da constituição formal que é o Tratado de Lisboa e a malha diplomático-normativa para que remete. Mas são sempre os barões, a voz dos barões, que podem representar as massas. Ou não.

7) Tudo parte – e por isso também (não apenas) colocamos no programa: *Liberdade de Expressão, primeira das liberdades* –, para a refundação da Pólis, de um ato de criação, pela palavra: *in principium erat verbum*. Claro que hoje, contra o artigo da Constituição grega (precisamente), art. 3, n.º 3, que assim reza em inglês:

“The text of the Holy Scripture shall be maintained unaltered. Official translation of the text into any other form of language, without prior sanction by the Autocephalous Church of Greece and the Great Church of Christ in Constantinople, is prohibited”,

a constituição real universal (melhor se diria, a anticonstituição real global) proclama que: *No princípio era a Verba*. Talvez até sendo alfa e omega, princípio e

fim: e mesmo ao dizê-lo pedimos emprestado aos gregos, sem juro, a primeira e a última letra do seu alfabeto.

As Constituições voluntaristas modernas criam-se pela palavra. E as liberdades talham-se ao som de hino. Às vezes até só de uma palavra, como *República*. Quem não se recorda daquele grito vindo do fundo da alma de um soldado de poucas letras, presente a julgamento após o 31 de janeiro:

“Eu, meu senhor, não sei o que é a República, mas não pode deixar de ser uma coisa santa.

Nunca na igreja senti um calafrio assim. Perdi a cabeça então, como os outros todos. Todos a perdemos.

Atirámos então as barretinas ao ar. Gritámos então todos: viva, viva, viva a República.”

Confesso-vos que ainda sinto um calafrio quando oiço o hino da Maria da Fonte, ou quando, no nosso hino nacional, se grita “Contra os canhões, marchar, marchar.”.

É suicida marchar contra os canhões, é o que se chama um vício de temeridade, não de coragem. Um extremismo. Mas quem não recorda, também, aquele poema de Fausto Guedes Teixeira, sobretudo dito por Villaret:

Amar ou odiar: ou tudo ou nada!
O meio termo é que não pode ser.
A alma tem que estar sobressaltada
Para o nosso barro se sentir viver...
Não é uma cruz a que não for pesada,
Metade de um prazer não é um prazer;
E quem quiser a alma sossegada,
Fuja do mundo e deixe-se morrer!
Vive-se tanto mais quando se sente:
Todo o valor está no que sofremos.
Que nenhum homem seja indiferente!
Amemos muito como odiamos já:
A verdade está sempre nos extremos
Porque é no sentimento que ela está!

Paul Valéry explicou (obviamente sem o conhecer) a lição política deste poema, pelo menos é com essa que me identifico:

Le monde ne vaut que par les extrêmes et ne dure que par les moyens. Il ne vaut que par les ultras et ne dure que par les modérés.

Desde que os moderados não sejam mornos: para esses, a Bíblia tem uma receita ancestral, no livro da Revelação, vulgo Apocalipse, capítulo 3, versículos 15 e 16:

“Conheço as tuas obras, que nem és frio nem quente; quem dera foras frio ou quente!

Assim, porque és morno, e não és frio nem quente, vomitar-te-ei da minha boca.”

É lição bíblica... E não é apologia nem de extremismo, e muito menos de violência. É que para um sistema constitucional poder funcionar, nomeadamente um sistema que se baseia (e bem: não se encontrou ainda um melhor) em partidos, estes terão de ser diferentes, e não intermutáveis, fungíveis e coligáveis como se podem acoplar peças de Lego.

O peso simbólico e de vassalagem era grande em Inglaterra. Mas a assunção da liberdade natural de expressão e de conformação constitucional foi mais forte. Coisa semelhante é o “Si no, no” dos barões de Aragão: algo como “nós, que cada uma vale tanto como tu (o futuro rei) e todos juntos mais que tu, juramos obediência, lealdade, etc., se respeitares os nossos *fueros e costumbres. Si no, no*”.

Mas será que eu pretendo uma república de barões, se tanto nos queixamos já dos que existiriam? Obviamente que se fala metaforicamente. O que é preciso é de um escol, de uma elite, ou de uma vanguarda (os nomes estão pejados de conotações) não apenas demofílica, mas democrática. E está já tudo inventado, nesse aspeto. Como dizia Ana de Castro Osório:

“Não precisamos de um homem salvador, precisamos de muitos, que queiram trabalhar e pelo trabalho levantar a Pátria”⁽⁵⁾.

⁽⁵⁾ ANA DE CASTRO OSÓRIO, *A Minha Pátria*, nova ed. 2008, p. 92.

II. Segundo Andamento

As liberdades podem, pois, florescer, se houver quem por elas fale, e por elas esteja disposto a sacrifícios. Essa a grande lição da Magna Carta. Foi preciso primeiro o pronunciamento dos barões, para depois ter havido o assentimento real. Falar para que se fale, falar para que depois, com a força da letra de que falava, em louvor do Constitucionalismo ulterior, o nosso Almeida Garrett, se reduzir a escrito.

“Fundada porém em sólidos e naturais princípios, a antiga constituição de Portugal pecava na forma: já porque dispersa em várias leis escritas, em costumes e usanças tradicionais, carecia da regularidade e nexa e harmonia, já porque, destituída de garantias e remédios legítimos para os casos de infracção da lei positiva, ou aberração de seu espírito, forçosamente corria o perigo de ser mal conhecida da nação, desprezada portanto e infrigida do governo. (...)”

A memorável Revolução de 1820 não fez mais do que proclamar a restauração dos antigos princípios da constituição portuguesa, que pela ignorância do povo e usurpação da coroa havia mais de um século tinham caído em total dessuetude e esquecimento.”⁽⁶⁾

Está também aqui presente uma ideia muito interessante, e que não é única ou privativa da Constituição (também tem aflorações na ideia de império: e daí a *translatio imperii*). É um mito jurídico-político segundo o qual as coisas velhas e clássicas (e boas, e naturais) são sempre as mesmas, permanecem, apenas se vão redescobrimo, renovando. Como o cisne de Goethe para o Direito Romano, que de vez em quando submergiria e outras vezes viria à tona do lago da consciência jurídica, ou dos juristas. Ou, como dizia um já velho blues: *anything old is new again*.

Assim se poderia dizer que as novas liberdades não são senão as velhas, como, nas memórias de José Liberato Freire de Carvalho, pedir as Cortes velhas é pedir as Cortes Novas – ou vice-versa (não sabemos até que ponto ele é sincero quando faz propaganda liberal ou quando escreve as memórias...). Mas pouco importa, porque é realmente essa intermutabilidade que interessa.

⁽⁶⁾ ALMEIDA GARRETT, *Obras de...*, Porto, Lello, s/d, 2 vols., vol. I, *maxime* pp. 932-933.

Aliás, com argúcia e não sem ironia, ao que cremos, o historiador do direito brasileiro José Pedro Galvão de Sousa dizia que o liberalismo seria uma rampa ensebada para o socialismo. Claro que não está a falar do neoliberalismo, isso seria anacrónico. E resta saber também de que socialismo se trata. Mas sabemos, de todo o modo, até empiricamente, que os liberais são avós espirituais (há metamorfoses, mesmo de regime) dos republicanos, e os republicanos avós dos democratas de várias tendências da nossa II República: sim, Segunda República que o Estado Novo foi um interregno.

Não foi por acaso que um dos grandes combatentes teóricos pela liberdade, o portuense (nascido em Massarelos) António Ribeiro dos Santos, que se opôs ao pombalino Mello Freire na polémica a que Magalhães Collaço chamou “formidável sabatina”, que em muitos casos é apresentado pelos comentadores como liberal ou protoliberal, quando teria sido um tradicionalista cioso das velhas liberdades, embora, obviamente, pelas circunstâncias tendo de falar para o seu Século das Luzes, com as formas e modos da época...

Nas velhas e novas liberdades, como nos velhos e novos direitos, há o ADN ou DNA essencial da Liberdade. Em muitos casos trata-se de cor local. É uma guerra fratricida atacar os novos Direitos (por exemplo, os Direitos Humanos) com base nos direitos tradicionais, ou no próprio Direito Natural. Pelo contrário, como diz Francisco Puy, os Direitos Humanos são a linguagem moderna do Direito Natural. A contraposição é sobretudo de índole política: os que não perdoam a Revolução Francesa, e os que por ela juram. E aqui em Portugal, embora tenha estado silenciado durante umas décadas, de novo assoma à claridade do dia a divisão entre os que querem e os que não querem democracia, os que aderem ou não aderem ao 25 de abril e à sua Constituição. É uma distinção claríssima e liminar.

Ora, a verdade é que se faz necessário um novo *suave milagre* constitucional. Como sabemos, em muitos casos, a recusa do moderno, do presente, é uma questão visceral, ódio de estimação, questão de costados, enquistamento histórico (sem sentido do devir histórico). Muitos dos nossos contemporâneos não são sequer modernos, dizia o Padre Teilhard de Chardin. Pois é: e muitos desses morreriam de choque se, como no fado cantado (por exemplo) por António Mourão, o tempo voltasse para trás. E não só no plano tecnológico. A liberdade que tantos caluniam e apodam de libertinagem, far-lhes-ia muita falta. Como na polémica em que um célebre político francês, adepto fervoroso de restrições à liberdade de expressão, um dia se veria vítima da censura...

Tranquilizem-se os meus antigos alunos, aqui presentes: continuarei a ensinar que existe um constitucionalismo histórico, costumeiro, tradicionalista, dito natural também (no ano passado publiquei um livro em Paris precisamente com esse nome: *La Constitution naturelle*⁽⁷⁾), e um constitucionalismo voluntarista, moderno, codificado, que é ainda aquele em que vivemos, depois de ter sofrido o impacto democrático logo à nascença, e social, mais tarde. Continuarei a dizer que há uma excelente tríade mítica (de que falo em novo livro, este editado no Quebeque, no ano passado também⁽⁸⁾) neste segundo constitucionalismo, que se pode ver explicitamente em dois aspetos no art. 16 da primeira Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão (a francesa):

Toute Société dans laquelle la garantie des Droits n'est pas assurée, ni la séparation des Pouvoirs déterminée, n'a point de Constitution.

Faltando o elemento implícito, que dá força à própria Declaração, a sacralidade textual. Essa que faz os americanos falarem em *sacred instrument*.

E note-se que a Declaração francesa não fala do Estado, mas, mais latamente, da sociedade. É preciso que haja direitos e separação dos poderes (e que o texto constitucional valha, seja cumprido) em sociedade. Evidentemente que glosar este artigo levaria rios de tinta...

Sim, continuarei a ensinar assim. Mas também dizendo que a fonte da Liberdade, a raiz dos Direitos, é uma só. E que cada época responde aos desafios da iniquidade múltipla, metamórfica, proteica, quantas vezes lobo com pele de cordeiro, com os instrumentos que consegue forjar.

Se procurarmos um recuo metodológico, se começarmos a entender os preconceitos que envolvem algumas destas polémicas dos Direitos (já houve tempo em que muitos académicos foram contra os Direitos Humanos, e ainda há uma mão cheia deles explicitamente, e não sabemos quantos envergonhadamente), concluiremos que, continuando a necessitar dos direitos humanos que levam a

⁽⁷⁾ PAULO FERREIRA DA CUNHA, *La Constitution naturelle*, Paris, Buenos Books, 2014.

⁽⁸⁾ *Idem*, *Constitution et Mythe*, Quebeque, Les Presses de l'Université Laval, Prefácio de François Vallançon, 2014.

marca do direito subjetivo, talvez tenhamos a aprender com as fórmulas anteriores, de direito mais objetivo, desse passo do Dom Quijote em que se diz: *Debajo de mi capa al rei mato*. Ou, na fórmula de Camões, a “Lusitana, antiga liberdade”.

É, para usar um exemplo de Pereira Menaut, a diferença entre ter direito a um Ferrari Testarossa ou ter mesmo esse automóvel.

Não é mau, no meu entender, é até bom, que as Constituições digam que temos não Ferraris, mas direitos. Contudo, é muito mais importante que os tenhamos mesmo, na vida real. É a diferença, que se aprende no 1.º ano de Direito (ou devia aprender), entre Constituição formal e constituição real.

Acima de todas e no coração (e na cabeça) dos Homens, como nova Lei natural, está a Constituição material.

III. Terceiro Andamento

Uma palavra final sobre a liberdade de expressão, o direito à palavra: é inegável que, como direito até clássico, tem recorte jurídico na Constituição. Mas, curiosamente, na própria Constituição formal, como sempre recorda o Dr. José Preto, parece insinuar-se uma limitação: pois aí se fala de infrações no exercício desses direitos (art. 37, 3: 3. “As infracções cometidas no exercício destes direitos ficam submetidas aos princípios gerais de direito criminal ou do ilícito de mera ordenação social, sendo a sua apreciação respetivamente da competência dos tribunais judiciais ou de entidade administrativa independente, nos termos da lei.”). Como pode haver, em rigor, “infrações” no exercício de Direitos? No abuso de direitos, sim... Não no uso, ou exercício...

Também tendo a acreditar que as únicas (e evidentemente excepcionais) limitações à liberdade de palavra serão as presentes na Convenção Europeia dos Direitos do Homem, no n.º 2 do seu art. 10.º, e sempre no contexto e não contrariando a existência e o desenvolvimento de “uma sociedade democrática”, e apenas na medida em que seja necessárias para garantir aquele ou aqueles bens, direitos, ou princípios:

“2. O exercício desta liberdades, porquanto implica deveres e responsabilidades, pode ser submetido a certas formalidades, condições, restrições ou sanções, previstas pela lei, que constituam providências necessárias, numa sociedade democrática, para a segurança nacional, a integridade territorial ou a segurança pública, a defesa da ordem e a prevenção do crime, a protecção da saúde ou da

moral, a protecção da honra ou dos direitos de outrem, para impedir a divulgação de informações confidenciais, ou para garantir a autoridade e a imparcialidade do poder judicial.”

Creio que no novo direito futuro, a que vamos chamando fraterno e humanista, a liberdade de pensar e de se exprimir, de criar e de opinar não estará de modo algum limitada nem pela carência de meios de comunicação para se fazer ouvir, nem pela agelástica sisudez da *prima-donna* (com o devido respeito, evidentemente), a quem o nosso nariz desagradou, nem por uma noção persecutória do “se não foste tu foi o teu pai, se não disseste querias ter dito”.

Se há desbragamento em muito do que se diz, se a tolice não paga imposto, existem, por outro lado, pensadores e criadores sérios que temem pelo que digam e façam, porque não sabem como o vizinho, que pode ser rico e poderoso para o arrastar aos tribunais, irá reagir. Numa sociedade muralhada, de crescentes preconceitos e imensas presunções, que cada um toma para si abundantemente, e aí o que abunda prejudica, é sempre possível que se pague pelo que se pensa, pelo que se disse... E pode mesmo pagar-se pelo que presumiram que pensaríamos ao dizer o que nem dissemos...

Precisamos, pois, de novos instrumentos jurídicos, metodológico-hermenêuticos e certamente legais e constitucionais para proteger esta liberdade, condição *sine qua non* das demais.

Mas a primeira coisa que precisamos, lembrando Santo Agostinho, é de pessoas justas. E a justiça pressupõe a prudência, que inclui conhecimento e bom senso. Não o senso comum que nos ilude, mas precisamente a sabedoria para as coisas comuns.

Espero muito que deste colóquio saiam ideias para essa importante renovação. Na verdade, disso estou certo.