

**RECENSÃO A SUZANA TAVARES DA SILVA,  
“OS DIREITOS FUNDAMENTAIS NA ARENA GLOBAL”,  
IMPRESA DA UNIVERSIDADE DE COIMBRA, COIMBRA, 2011**

LUIZA NETO (\*)

1. A obra de Suzana Tavares da Silva convoca os *topoi* essenciais da discussão jusconstitucional hodierna <sup>(1)</sup>. De facto, a obra organiza-se em torno de três eixos essenciais:

- a) Parte I — Direitos fundamentais e transconstitucionalismo
- b) Parte II — Direitos sociais e mercado
- c) Parte III — Direitos, liberdades e garantias na globalização

Estes três vectores de desenvolvimento sintetizam a problematização da constituição normativa como esquema principiológico a ser testado na resolução de problemas reais <sup>(2)</sup>. É que não se consegue, verdadeiramente, separar em termos eficazes, a real compreensão do texto constitucional do problema da legitimidade, nas suas múltiplas vertentes: “legitimidade

---

(\*) Professora Associada da FDUP.

<sup>(1)</sup> Suzana Tavares da Silva, *Os direitos fundamentais na arena global*, Imprensa da Universidade de Coimbra, Coimbra, 2011. Na Introdução — p. 7 — explica a Autora a *occasio* destas 173 páginas, pensadas enquanto “roteiro epistemológico para apoio à unidade curricular de Direito Constitucional I, do mestrado em direito constitucional da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra”, e propondo-se discutir as “virtualidades do *direito em rede* como matriz normativa de um *modelo social dinâmico consentâneo com a globalização do contexto económico*”. A novidade resulta precisamente da assunção do contexto primeiro do direito constitucional ao invés do contexto natural do direito internacional

<sup>(2)</sup> No mesmo sentido, veja-se J. J. Gomes Canotilho, *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*, 7.ª edição, 9.ª reimpressão, Coimbra, Almedina, 2011, p. 1176 sobre a aberta positividade constitucional.

democrática, constitucional e de facto”<sup>(3)</sup>. É pois, neste sentido, que devem hoje ser equacionados os problemas fundamentais da Teoria da Constituição elencados por Gomes Canotilho: inclusão, referência, reflexividade, universalização, materialização do direito e reinvenção do território<sup>(4)</sup>.

De facto, hoje, “[O]s princípios geradores da democracia incitam a uma suspensão colectiva das evidências e convidam a uma elaboração em comum do significado daquilo que somos e daquilo que fazemos”<sup>(5)</sup>. E é assim que “[N]a medida em que supõe e reconduz à experiência fenomenológica da nossa humanidade universal, à experiência de uma humanidade ressentida como essencial, normativa e indeterminada, a democracia, pelo menos se estiver em condições de continuar fiel às promessas inscritas no seu advento, desperta, para além da absorção na preocupação quotidiana, o cuidado colectivo e enigmático de preservar o humano.”<sup>(6)</sup>

E é nesse sentido que Suzana Tavares da Silva busca novos pontos de apoio para uma construção que harmonize os direitos fundamentais — tradicionalmente pensados e dogmaticamente construídos na e para a ordem interna — e os direitos humanos — vocacionados para um esquema de protecção internacional.

Mas para além dessa sobreposição de protecções jussubjectivas a autora penetra ainda no núcleo de cada uma das categorias essenciais de direitos — os sociais, na Parte I, e os direitos e liberdades na Parte III — para perceber o movimento de rotação e as emergentes forças centrípetas e centrífugas.

2. A primeira parte da obra discute os direitos fundamentais no contexto do transconstitucionalismo que se há-de ancorar numa pertença multimoda que suporte o vínculo da cidadania — entendida esta na sua dimensão política, social e civil ou estritamente jurídica<sup>(7)</sup>. Como escreve

<sup>(3)</sup> José Acosta Sánchez, *Formación de la constitución y jurisdicción constitucional: fundamentos de la democracia constitucional*, pref. Manuel Jiménez de Parga, Madrid, Tecnos, 1998, p. 19.

<sup>(4)</sup> Gomes Canotilho, *Direito Constitucional...*, ob.cit., pp. 1347 a 1354 sobre a simbolização dos princípios.

<sup>(5)</sup> Robert Legros, *O advento da democracia*, trad. Alexandre Emílio, Lisboa, Instituto Piaget (Epistemologia e sociedade, 163), 2001, p. 396.

<sup>(6)</sup> Robert Legros, *idem*, ob. cit., p.399.

<sup>(7)</sup> Neste sentido, em termos muito claros de distinção, Maria da Glória F.P.D. Garcia, *A tripla cidadania: a Nação, a Europa e o Mundo*, comunicação ao Instituto de

Giancarlo Rolla: “[N]a realidade quotidiana, marcada pela crise do Estado-nação, a legitimação do Estado democrático não se funda tanto em condicionamentos de tipo pré-jurídico seja a raça, a língua ou a cultura, como na adesão por parte dos cidadãos a valores e princípios comuns. O sentimento de identidade e de pertença (...) emerge da partilha de valores cívicos comuns, através dos quais a ligação entre o povo e o seu Estado assume uma dimensão de tipo voluntarista em detrimento de uma de carácter natural”<sup>(8)</sup>.

Se é certo que o Estado de Direito liberal aproximou na Europa os conceitos de cidadania e de nacionalidade, nos finais do século XX duas razões fundamentais justificaram novo afastamento. “Em primeiro lugar, a estigmatização do que se entende por «nação», em virtude dos movimentos nacionalistas, presentes, em particular no eclodir da 2.ª Grande Guerra. Em segundo lugar, a maior plasticidade que o conceito de cidadania mostra possuir, no enquadramento social, uma plasticidade que lhe permite o afastamento da exclusividade do vínculo cidadão/Estado”<sup>(9)</sup>.

Fala-nos Edgar Morin da tradição europeia como uma “identidade post-nacional”<sup>(10)</sup>, bem próxima das constelações pós nacionais de Habermas<sup>(11)</sup>. De facto, “o cidadão não estabelece vínculos ou laços somente com o poder político do Estado-Nação a que pertence. Ele pertence também a uma realidade política mais ampla na qual o Estado-Nação se integra: a Europa. E, num nível ainda mais amplo, ele pertence a uma outra realidade, na qual o Estado-Nação de igual modo faz parte: o Mundo.

Estudos Académicos para Seniores, Academia das Ciências de Lisboa, em 19.10.2011, pp. 6 e 7.

<sup>(8)</sup> *Tutela de la identidad cultural y de la ciudadanía en los ordenamientos multiétnicos: la experiencia canadiense*, in Francisco Balaguer Callejón (ed. lit.), *Derecho Constitucional y Cultura. Estudios en Homenaje a Peter Häberle*, Madrid, Tecnos, 2004, pp. 131 segs., p. 133. Veja-se ainda Michel Coutu, *Citoyenneté et légitimité. Le patriotisme constitutionnel comme fondement de la référence identitaire*, in *Droit et Société*, n.º 40, 1998, p. 631 segs., 632) e, por todos, Charles Taylor (A política de reconhecimento). In C. Taylor et al. (Eds). *Multiculturalismo* (M. Machado, trad.). Lisboa, Piaget, 1998 (45-94).

<sup>(9)</sup> Maria da Glória Garcia, *A tripla cidadania...*, ob. cit., p. 5.

<sup>(10)</sup> Edgar Morin, *Pensar a Europa*, Publicações Europa América, 1998, pp. 100 e 101.

<sup>(11)</sup> Jürgen Habermas, *Identidades nacionales y post nacionales*, Madrid, Tecnos, 1998, *passim* e Suzana Tavares da Silva, *Os direitos fundamentais na arena global*, ob. cit., p. 12.

Ao ganhar asas para lá do Estado, a cidadania perde a sua unidimensionalidade inicial”<sup>(12)</sup>.

3. É precisamente no que tange à cidadania civil — fundada no respeito da pessoa e que serviu de base ao disposto no artigo 6.º da Declaração Universal dos Direitos do Homem e no critério material aí consagrado do automático reconhecimento de cada indivíduo como pessoa jurídica —, que Suzana Tavares da Silva discute a relação entre os direitos fundamentais constitucionais e as cartas de direitos<sup>(13)</sup>.

Hoje, o princípio da universalidade<sup>(14)</sup> como ínsito ao conceito de cidadania e pedra angular do regime comum dos direitos fundamentais cruza-se com a cidadania supra-estadual, europeia<sup>(15)</sup>, e com a cidadania infra-estadual, autárquica ou regional.

E a constatação de que a cidadania não é hoje sinónimo de mera titularidade mas de vivida participação e envolvimento na *res publica*, remete-nos para a reflexão última sobre os critérios que justificam a ligação jurídico-política de cada indivíduo a uma concreta sociedade política”<sup>(16)</sup>.

4. Ora, como salienta Suzana Tavares da Silva, “a constituição fora concebida para agregar uma comunidade nação sob um projecto político (e para alguns também social e económico) e não para resolver problemas de colisões entre ordenamentos jurídicos”<sup>(17)</sup>, pelo que é pois este o terreno propício para convocar as instâncias do constitucionalismo, neoconstitu-

<sup>(12)</sup> Maria da Glória F. P. D. Garcia, *A tripla cidadania...*, *ob. cit.*, p. 9.

<sup>(13)</sup> Suzana Tavares da Silva, *Os direitos fundamentais na arena global*, *ob. cit.*, p. 17.

<sup>(14)</sup> Este princípio que abrange os cidadãos portugueses tem os seus limites alargados pelo artigo 15.º da Constituição da República Portuguesa no que se refere aos cidadãos de Estados de língua portuguesa, aos cidadãos dos Estados-Membros da União Europeia residentes em Portugal, e a estrangeiros residentes em território português, qualquer que seja a sua proveniência, de acordo com um regime da reciprocidade.

<sup>(15)</sup> Para eliminar quaisquer dúvidas, o Tratado de Amesterdão, em 1997, estipulou que «a cidadania da União é complementar da cidadania nacional e não a substitui». Aliás, como salienta Maria da Glória Garcia, *A tripla cidadania...*, *ob. cit.*, pp. 12/13, “em primeiro lugar, é necessário possuir a cidadania de um Estado-Membro para beneficiar da cidadania da União e, em segundo lugar, a cidadania europeia permite beneficiar de direitos complementares e suplementares à cidadania nacional”.

<sup>(16)</sup> Maria da Glória Garcia, *A tripla cidadania...*, *idem*, *ob. cit.*, p. 4.

<sup>(17)</sup> Suzana Tavares da Silva, *Os direitos fundamentais na arena global*, *ob. cit.*, p. 13.

cionalismo, do constitucionalismo multinível e do transconstitucionalismo<sup>(18)</sup>.

Já em outra sede a Autora se havia debruçado sobre o tema que agora retoma, escrevendo: “[A]doptamos a expressão *transconstitucionalismo*<sup>(19)</sup> porque ela transmite, em nosso entender, de forma mais impressiva do que a expressão original de Pernice<sup>(20)</sup> *constitucionalismo multi-nível*, o sentido do fenómeno em análise, que consiste precisamente no transbordar territorial da Constituição, passando este documento fundamental da identidade dos Estados, por um lado, a interligar-se e complementar-se com documentos de nível superior, e, por outro, a densificar uma matriz cultural nacional. Esta segunda função denota a existência hoje de um movimento inverso nas funções da Constituição, pois as grandes conquistas do constitucionalismo moderno (direitos fundamentais e princípio democrático) transferiram-se para a arena global, esvaziando de sentido as magnas cartas nacionais neste ponto, mas obriga-as a revigorarem-se como matriz de identidade cultural (...), permitindo aos Estados, através delas, afirmarem a sua diferença no espaço global”<sup>(21)</sup>.

5. É neste contexto cosmopolita — nos antípodas do provincianismo constitucional criticado por Ackerman<sup>(22)</sup> — que emerge a teoria da inter-

<sup>(18)</sup> Suzana Tavares da Silva, *idem*, *ob. cit.*, p. 9. Em sentido paralelo, leia-se Maria Luisa Duarte, *União Europeia e direitos fundamentais — no espaço da internormatividade*, AAFDL, Lisboa, 2006 e *O direito da união europeia e o direito europeu dos direitos do homem — uma defesa do “triângulo judicial europeu”*, VIII Congresso Iberoamericano de Derecho Constitucional, Sevilla, 2003 (on line). Ainda antes da actual configuração internormativa europeia, vejam-se António Vitorino, *Protecção Constitucional e Protecção Internacional dos Direitos do Homem: Concorrência ou Complementaridade?*, AAFDL, Lisboa, 1993, e Paulo Rangel, *Uma teoria da “interconstitucionalidade”: pluralismo e Constituição no pensamento de Francisco Lucas Pires*, in *O estado do Estado. Ensaios de política constitucional sobre justiça e democracia*, Dom Quixote, Alfragide, 2009.

<sup>(19)</sup> Marcelo Neves, *Transconstitucionalismo*, WMF, São Paulo, 2009, pp. 152 e ss.

<sup>(20)</sup> Ingolf Pernice, *Multilevel constitutionalism in the European Union*, in *European Law Review*, 27, 2002.

<sup>(21)</sup> Suzana Tavares da Silva, *O princípio (fundamental) da eficiência*, Revista da Faculdade de Direito da Universidade do Porto, Ano 7, 2010, p. 525, nota de rodapé 18. Ainda da Autora, sobre o tema, *Método multinível: “Spill-over effects” e interpretação conforme o direito da União Europeia* / Joaquim Gomes Canotilho e Suzana Tavares da Silva, Revista de Legislação e de Jurisprudência, Ano 138, n. 3955, 2009, pp. 182-199.

<sup>(22)</sup> Suzana Tavares da Silva, *Os direitos fundamentais na arena global*, *ob. cit.*, p. 12.

constitucionalidade como interacção reflexa de normas de diferentes fontes que coexistem no mesmo espaço político e que reclama um método em rede <sup>(23)</sup>.

Ora, a internormatividade e a interjusfundamentalidade insitas num constitucionalismo global e transnacional podem — quase paradoxalmente — permitir qualificar a ordem jurídico-social democrática e salvar o texto constitucional da classificação semântica <sup>(24)</sup>, sugere a Autora. É esta também a lição de Gomes Canotilho <sup>(25)</sup> quando faz relevar a interconstitucionalidade e interparadigmaticidade constituinte ainda que enquanto paradigma fundacional — e não fundacional —, precisamente nos termos em que convoca a interconstitucionalidade e intersemioticidade que ancoram a evolução do poder constituinte <sup>(26)</sup>.

O “novo código binário entre público e privado” <sup>(27)</sup> que sustenta a aplicação do direito em rede deve ser iluminado pelo princípio do mais elevado standard de protecção, destacando a Autora, na arena global (*id est, hoc casu*, europeia), a “inoperatividade de um modelo de controlo centralizado, modelo de tipo *kelseniano*, em que um tribunal supremo tenha a “última palavra” em matéria de interpretação do conteúdo normativo dos direitos quando se trata de “direitos comuns ao nível europeu e nacional” <sup>(28)</sup>.

6. Não se trata já apenas do “enfraquecimento da constituição como norma de protecção” <sup>(29)</sup> ou da distinção entre direitos fundamentais positivados em ordenamento estadual e direitos do homem ou direitos humanos de fundamento moral e internacional ou mesmo da reserva de tal conceito para posições jurídicas subjectivas pacificamente aceites por todos os Estados ou para posições jurídico-subjectivas que encontramos

<sup>(23)</sup> José Joaquim Gomes Canotilho, “Brançosos” e *Interconstitucionalidade: itinerários dos discursos sobre historicidade constitucional*, Coimbra, Almedina, 2006, p. 186.

<sup>(24)</sup> Suzana Tavares da Silva, *Os direitos fundamentais na arena global*, *ob. cit.*, p. 11 sobre a crise do constitucionalismo ou a transição constitucional inacabada e imperfeita e a banalização do termo constituição.

<sup>(25)</sup> Gomes Canotilho, *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*, *ob. cit.*, pp. 1428.

<sup>(26)</sup> Gomes Canotilho, *idem*, *ob. cit.*, pp. 1429.

<sup>(27)</sup> Suzana Tavares da Silva, *Os direitos fundamentais na arena global*, *ob. cit.*, p. 59.

<sup>(28)</sup> Suzana Tavares da Silva, *idem*, *ob. cit.*, pp. 57/58.

<sup>(29)</sup> Suzana Tavares da Silva, *idem*, *ob. cit.*, p. 15.

no direito internacional. Mas o *quid* distintivo das considerações agora expendidos resulta de descolar da problemática da sobreposição de ordenamentos para abordar igualmente a mutação dos objectos passíveis de protecção.

É que “a cidadania não tem politicamente o mesmo conteúdo nem expressa juridicamente uma modalidade única de exercício de direitos” <sup>(30)</sup>. De facto, colocam-se novos e múltiplos desafios à Teoria do Estado quando, na expressão de Goodenough <sup>(31)</sup>, “o multiculturalismo, no mundo contemporâneo, é a experiência humana normal”.

Neste sentido, a coesão social é condição essencial de aprofundamento da democracia apenas a par da aceitação da diversidade cultural, da igualdade de oportunidades e da equidade <sup>(32)</sup>. “Uma situação assim tão complexa representa um desafio (...) para as políticas culturais do Estado normalmente baseadas numa cultura nacional homogénea” <sup>(33)</sup>: porquanto vivida de forma desigual pelos cidadãos, a cidadania assume dimensões múltiplas e uma geometria variável. A dita sensibilidade intercultural não deve, no entanto, ser entendida como resposta para grupos ou minorias, mas antes como paradigma de formação <sup>(34)</sup>. Assim, e nestes termos, o multiculturalismo apresenta-se como abordagem que legitima e aceita a especificidade cultural e social das minorias acreditando que indivíduos e grupos podem estar plenamente integrados numa sociedade sem perderem a sua especificidade, atribuindo ao Estado um papel importante na construção do modelo e assumindo ser impossível a resolução dos conflitos interculturais sem a adopção de um “metacritério” — que pode por exemplo ser o da perspectiva kantiana do liberalismo.

Assim, também estas constatações reclamam e exponenciam a impor-

<sup>(30)</sup> Maria da Glória Garcia, *A tripla cidadania...*, *ob. cit.*, p.10.

<sup>(31)</sup> W. Goodenough, *Multiculturalism as the normal human experience*, *Anthropology and Education Quarterly* 7 (4), 4-6, 1976.

<sup>(32)</sup> Questão diversa é a de se encarar a questão enquanto ‘política’, traduzindo uma via alternativa média entre os modelos tradicionais da assimilação e segregação. Deve no entanto rejeitar-se a errada associação da política multicultural a uma expressão de relativismo absoluto, onde tudo é possível e igual.

<sup>(33)</sup> Rodolfo Stavenhagen, *Educação: um tesouro a Descobrir, Relatório para a Unesco da Comissão Internacional sobre Educação para o século XXI*, Asa, 1996, p. 221.

<sup>(34)</sup> Para uma melhor compreensão do fenómeno em causa, veja-se Ronald Inglehart, *La transition culturelle*, Paris, Economica, 1993.

tância da explanação dos princípios e da metódica dos direitos fundamentais na internormatividade<sup>(35)</sup>, logrando ainda a Autora apresentar-nos um denso “roteiro jurisprudencial para apreensão das diferenças metódicas entre a resolução de litígios de direitos fundamentais por tribunais internacionais e a resolução de litígios de direitos fundamentais no contexto transconstitucional e do *judicial dialogue*”<sup>(36)</sup>.

7. À metódica *supra* não é alheia a Parte II em que a Autora equaciona, como se disse, a relação entre os direitos sociais e o mercado. E fá-lo em termos não muito distanciados daqueles outros do *universalismo normativo substantivo* a que já aludiu Matthias Mahlmann<sup>(37)</sup>: “O objetivo de uma constituição não é, deste ponto de vista, moldar juridicamente uma comunidade com uma identidade substantiva única<sup>(38)</sup>, mas constituir, ao menos no território a que se aplica, os princípios dos direitos humanos, democracia, *rule of law* e solidariedade social, e comprometer os seus cidadãos neste projecto normativo de civilização”.

Suzana Tavares da Silva questiona esta ‘solidariedade social’ e intergeracional, distinguindo *v. g.* o acesso a bens de mérito e bens acessíveis a bens públicos e semipúblicos<sup>(39)</sup> para discutir o fim do compromisso social do Estado escancarado por Habermas<sup>(40)</sup> e para identificar ainda os postulados do sistema que finda:

- i) A construção de uma democracia económica, social e cultural;
- ii) A realização da socialidade por entidades públicas;
- iii) Os limites ao poder de conformação legislativa em matéria de realização da igualdade social;
- iv) O princípio da proibição do retrocesso social<sup>(41)</sup>.

<sup>(35)</sup> Suzana Tavares da Silva, *Os direitos fundamentais na arena global*, *ob. cit.*, pp. 25 e 23.

<sup>(36)</sup> Suzana Tavares da Silva, *idem*, *ob. cit.*, p. 77.

<sup>(37)</sup> *Constitutional Identity and the Politics of Homogeneity*, in *GLJ*, vol. 6, n.º 2, 2005, p. 307 ss., 316-317.

<sup>(38)</sup> M. Castells, *O poder da identidade* (A. Lemos e R. Espanha, trans.), Lisboa, Gulbenkian, 2003.

<sup>(39)</sup> Suzana Tavares da Silva, *Os direitos fundamentais na arena global*, *ob. cit.*, p. 99.

<sup>(40)</sup> Suzana Tavares da Silva, *idem*, *ob. cit.*, p. 101.

<sup>(41)</sup> Apesar da inexistência de referência expressa, não deixa de se sentir o *air du temps* da dogmática unitária dos direitos fundamentais.

A Autora aponta ainda para a “aplicação da nova dogmática em um pressuposto de reabilitação da socialidade”<sup>(42)</sup>, introduzindo um *indirizzo* de imprescindível sustentabilidade. No entanto, saliente-se que se tradicionalmente o princípio da dignidade da pessoa humana — ainda que fundamento de quaisquer direitos ‘fundamentais’ e/ou ‘humanos’ — se associava sobremaneira ao debate discursivo dos direitos e liberdades ditos de 3.ª e 4.ª geração que surgiram ao longo do séc. XX, o século XXI parece ser por excelência o tempo de escalpelizar a conexão daquele princípio com a concretização dos direitos sociais, como tem sido patente na jurisprudência nacional e internacional sobre o direito a um mínimo de existência condigna<sup>(43)</sup>.

8. Partindo do pressuposto da socialização do risco (ainda que em termos distintos do cadinho original de Beck), Suzana Tavares da Silva dedica a Parte III aos Direitos, liberdades e garantias na globalização — entendida esta *lato sensu*<sup>(44)</sup>, *v. g.* no sentido da reformatação do *modus faciendi* do Estado na tomada de decisões<sup>(45)</sup>.

Neste contexto, trata a Autora da já denominada “desterritorialização do crime e da segurança”<sup>(46)</sup>, apontando o risco do terrorismo como nova teoria dogmática<sup>(47)</sup>. No fundo, trata-se aqui do confronto dos princípios constitucionais Estado de Direito, em especial, o princípio da dignidade da pessoa humana, com o modelo de Direito Penal construído por Günther

<sup>(42)</sup> Suzana Tavares da Silva, *Os direitos fundamentais na arena global*, *ob. cit.*, p. 124.

<sup>(43)</sup> José Carlos Vieira de Andrade, *O direito ao mínimo de existência condigna como direito fundamental a prestações estaduais positivas — uma decisão singular do tribunal Constitucional*, *Jurisprudência Constitucional*, 2004/1, pp. 21-29.

<sup>(44)</sup> Em geral, e para contextualização, veja-se por todos, Anthony Giddens, *O Mundo na Era da globalização*, 4.ª Edição, Lisboa, Editorial Presença, 2002.

<sup>(45)</sup> Carla Amado Gomes, “Estado Social e concretização de direitos fundamentais na era tecnológica: algumas verdades inconvenientes”, in *Revista da Faculdade de Direito da Universidade do Porto*, 2010, ano VII Especial, p. 27. No sentido da necessidade da atenção a “novos bens jurídicos, nova dogmática da ilicitude, da culpa e do nexos de causalidade”, J.J. Gomes Canotilho, “Terrorismo e Direitos Fundamentais”, in *Criminalidade Organizada e Criminalidade de Massa, Interferências e Ingerências Mútuas*, p. 28.

<sup>(46)</sup> M. M. G. Valente, “Cooperação Judiciária em Matéria Penal no âmbito do Terrorismo”, in *A União Europeia e o Terrorismo Transnacional*, BRANDÃO, A. P. [et al.], Almedina, 2010, p. 66.

<sup>(47)</sup> Suzana Tavares da Silva, *Os direitos fundamentais na arena global*, *ob. cit.*, p. 152.

Jakobs: *Feindstrafrecht*, em português, 'o Direito penal do inimigo'. A proposta deste novo paradigma é sustentada por Jakobs nos teóricos do Contratualismo: "aqueles autores que fundamentam o Estado de modo estrito, mediante um contrato, entendem o delito no sentido de que o delinquente infringe o contrato, de maneira que já não participa dos benefícios deste: a partir desse momento, já não vive com os demais dentro de uma relação jurídica" (48).

Esta asserção e outras que lhe são correspondentes levantam o problema das "descontinuidades democráticas do transconstitucionalismo e da resiliência dos direitos de participação política na arena global" (49).

Em 1989 Francis Fukuyama defendia, simplifiquemos, a inevitabilidade da aproximação mútua, lenta, pachorreta ao modelo de Estado Constitucional Representativo e de Direito de matriz ocidental (50). E não se diga aqui europeia, na medida em que esta divisão do tipo histórico do Estado Moderno há-de buscar as suas raízes e ancorar-se sem pejo naquela que foi a primeira revolução liberal no sentido preciso do termo, e que ocorreu do lado de lá do Atlântico.

Depois da fúria eufórica com que uns e outros se dedicaram a vaticinar o consenso fundacional existente sobre aquele que havia afinal de

(48) Günther Jakobs, "O Direito Penal do Cidadão e o Direito Penal Do Inimigo", in *Direito penal do inimigo: noções e críticas*/Günther Jakobs, Manuel Cancio Meliá; org. e trad. André Luís Callegari, Nereu José Giacomolli; rev. Rosane Marques Borba — 2.ª ed. — Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007, p. 25.

(49) Suzana Tavares da Silva, *Os direitos fundamentais na arena global*, ob. cit., p. 154. Trazendo ainda à colação o conceito de interconstitucionalidade e o que dizemos *supra* em 6., lembremos que enquanto política a assumir pelo Estado, se perfilam vários argumentos a favor da adopção e garantia dos chamados "direitos diferenciados de grupo" — na expressão de Kymlicka — ou "direitos culturalmente diferenciados" sustentados, de acordo com diversos autores, numa teoria do reconhecimento, num modelo pluralista e cosmopolita de multiculturalismo, num "difference multiculturalism" do "critical multiculturalism", num multiculturalismo demográfico-descritivo, num multiculturalismo programático-político ou num multiculturalismo ideológico-normativo. Recorde-se que a relevância do multiculturalismo pode ainda ter reflexo determinante e radical na própria forma de Estado. O *Relatório do Desenvolvimento Humano 2004, Liberdade Cultural num Mundo, Bruxelas, 15 de Julho de 2004* fazia apelo a um novo modelo de federalismo, o dos "Estados Multiculturais Estáveis". Como exemplo óbvio desta estruturação encontramos por exemplo o multiculturalismo canadense: em Julho de 1988 o Acto de Multiculturalismo do Canadá veio expressamente determinar que "todo o cidadão, não importando a sua origem, tem oportunidades iguais de participação em todos os aspectos da vida colectiva do país, cabendo ao Governo a responsabilidade de promover o multiculturalismo."

(50) Francis Fukuyama, *O fim da história e o último homem*, Gradiva, 1996.

sempre ser considerado o conteúdo mínimo de um texto constitucional e desde há muito plasmado no artigo 16.º da Declaração de Direitos do Homem e do Cidadão, parecia o mundo respirar de um contentamento fácil e gozoso. Fixado um regime regra — o democrático, e por democrático entenda-se aqui uma conformação da democracia que pode não ser, nos seus termos e efeitos, a única admissível —, a própria comunidade internacional, em termos mais informais ou mais institucionais, se encarregou de fixar quais as ideias de Direito que considerava admissíveis, apartando-se pois da exigência de uma mera legalidade, formal, para clamar por um efectivo Estado de Direito, que invocasse as tábuas da ética, da dignidade da pessoa humana, dos intangíveis valores de um Direito Natural supostamente consensual.

Ora, tudo isto parece ter sido rasurado nas mentes dos homens pelos acontecimentos de 11 de Setembro último. Mais do que os actos terroristas em si, têm-se questionado os cadinhos civilizacionais de que supostamente aqueles resultaram. Não se assinam aqui de forma indiscriminada as objecções que Huntington (51) em tempos apontou a Fukuyama. E sabemos que este último veio já, ao menos através da comunicação social, reafirmar a sua posição de crença na vitória inquestionável e incontornável de uma certa ideia de democracia liberal. Só que a forma como os Estados Unidos em especial, e a comunidade internacional em geral, reagiram aos ataques perpetrados não é também de modo algum isenta de dúvidas, perplexidades, e estranhos sabores.

E esta reacção desnuda as dificuldades de uma *multilevel governance* (52). É que "a democracia só está no coração das pessoas se responder às preocupações sociais, económicas e culturais" (53). Se tal se não verificar, e apesar do aparente momento de triunfo da democracia pluralista como único princípio político responsável e único sistema político viável (54),

(51) Samuel P. Huntington, *The Clash of Civilizations and the Remaking of World Order*, New York, Simon & Schuster, 1996.

(52) Suzana Tavares da Silva, *Os direitos fundamentais na arena global*, ob. cit., p. 144.

(53) *The democratic invention*, ed. lit. Marc F. Plattner, João Carlos Espada, Baltimore, The Johns Hopkins University Press, 2000 (A journal of democracy book), pps. xi e xiv da introdução dos dois editores.

(54) Neste sentido, referindo-se aos pressupostos de Dahl, Danilo Zolo, *Democracy and complexity: a realist approach*, trad. David McKie, reimpressão, Cambridge, Polity Press, 2003, p.3.

este regime convola-se em frágil precipitado normativo <sup>(55)</sup>. Neste sentido, torna-se imperiosa, paradoxalmente, a necessidade de (re)invenção democrática <sup>(56)</sup>.

“Os cidadãos agregam-se em ondas, ascendentes, descendentes e horizontais, que assim como nascem, também morrem, ondas de agregação em função da defesa de direitos ou interesses, muitos não sediados em específicos territórios, mas todos mobilizadores de empenhos e vontades” <sup>(57)</sup>. Não nos podendo já bastar com a posição original ou o véu da ignorância de Rawls na busca pelo mais elevado nível de protecção num mundo sobreposto e sobreponível, apresenta-nos Suzana Tavares da Silva um contributo importante para a “construção de uma nova metodologia” que é, de facto, o “grande desafio do Séc. XXI” <sup>(58)</sup>.

EXECUÇÃO GRÁFICA  
COIMBRA EDITORA  
COIMBRA

---

<sup>(55)</sup> *The democratic invention, ob. cit.*, pp. xiv da introdução dos dois editores.

<sup>(56)</sup> *Idem, ob. cit.*, pp. xiv da introdução dos dois editores. Ian Shapiro fala na aparente condição moribunda da teoria democrática (*Democratic Justice*, 4, 1999) *apud* Richard A. Posner, *Law, pragmatism and democracy*, Richard A. Posner, *Law, pragmatism and democracy*, Massachusetts, Harvard University Press, 2003, *ob. cit.*, pp. 8.

<sup>(57)</sup> Maria da Glória Garcia, *A tripla cidadania...*, *ob. cit.*, p. 5.

<sup>(58)</sup> Suzana Tavares da Silva, *Os direitos fundamentais na arena global, ob. cit.*, p.76, concordando com Marcelo Neves, *Transconstitucionalismo, ob. cit.*