

DIREITO CONSTITUCIONAL

(Sumários Alargados) — (II Parte)*

José Carlos Vieira de Andrade
*Professor Catedrático da Faculdade de Direito
da Universidade de Coimbra*

CAPÍTULO IV – A CONSTITUIÇÃO COMO ESTATUTO JURÍDICO FUNDAMENTAL DO ESTADO – COMUNIDADE POLÍCIA

1. A evolução histórica da Constituição

Em certo sentido, pode afirmar-se que todas as sociedades politicamente organizadas têm (tiveram) uma Constituição (conceito universal de Constituição).

Mas, no nosso âmbito teórico de preocupações interessa especificamente o nascimento do sentido moderno da Constituição, aquele que resulta, aliás, de uma sucessão de factos históricos que teve os seus primeiros afloramentos no século

* NOTA DO CENTRO DE ESTUDOS JURÍDICOS DA FACULDADE DE DIREITO DA UNIVERSIDADE DE MACAU: O presente texto corresponde aos Sumários desenvolvidos preparados para servir de base aos alunos do 1.º ano do Curso de Direito da Universidade Moderna/ Porto, no Ano Lectivo de 1994/95. Por razões didácticas e editoriais, entendeu-se por bem, publicá-lo no presente número do Boletim da Faculdade de Direito da Universidade de Macau. O texto é da autoria do Professor Doutor José Carlos Vieira de Andrade, como regente, tendo como assistentes as Dra. Alexandra Além Douro, Dra. Inês Folhadela e a Dra. Paula Brito.

XVIII, expressamente designado por “movimento constitucional”.

Esse sentido moderno exprime-se na ideia da consagração, por lei, de uma *ordenação sistemática e racional* de toda a vida política e manifesta-se historicamente pela conjugação das concepções individualísticas e voluntaristas protestantes com as crenças racionalistas do humanismo, em documentos escritos, provenientes de assembleias representativas, com a pretensão de constituir (ou reconstituir) de forma segura e duradoura a sociedade política.

As constituições modernas filiam-se, no entanto, nalguns dos seus aspectos e das suas intenções (pese isso embora ao anti-historicismo racionalista e revolucionário) em conceitos e realidades anteriores, que não devem, por essa razão, ser ignoradas.

De facto, quer no pensamento grego (na “politeia”), quer em concepções romanas, quer ainda no pensamento medieval, encontramos já referências a uma ordenação fundamental de tendência ou carácter jurídico, organizadora e limitadora do poder, à qual, por vezes, se ligam certos atributos como a superioridade normativa ou a natureza convencional – elementos em que se reconhecem alguns dos aspectos problemáticos da concepção moderna de constituição.

A intenção liberal (burguesa) era fundamentalmente a defesa dos indivíduos (isolados e iguais) e das relações sociais que constituíam (por contrato) perante o aparelho de Estado, através da *organização e limitação do poder* – limitação dos poderes públicos em face da *autonomia* privada (individual e social) e, concretamente, limitação do poder monárquico ainda acantonado no Executivo e do poder dos representantes na impossibilidade de um governo directo pela Nação.

A essência da Constituição liberal residia, assim, na afirmação dos direitos (liberdades) dos cidadãos e na consagração do princípio da separação dos poderes – “Toute société dans laquelle la garantie des droits n’est pas assurée, ni la séparation des pouvoirs déterminée, n’a point de constitution”, lê-se no artigo 16.º da Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão de 1789.

A Constituição assumia um sentido ideal e era, acima de tudo, um instrumento de *liberdade*.

A destruição das bases da sociedade liberal e o nascimento de uma nova sociedade, a sociedade técnica de massas, heterogénea e conflitual, vem, contudo, alterar o entendimento do Estado e da Constituição. O Estado deixa de ser visto como uma máquina de poder separada da sociedade e animada de uma lógica própria, carregando-se com preocupações e tarefas sociais. O espaço do político alarga-se, o conceito romântico de Nação desrealiza-se, os indivíduos e a sociedade comprimem ou abandonam a sua pretensão de independência e o Estado passa a ser entendido como expressão comunitária.

A Constituição já não se reduz agora a um estatuto de organização e limitação do poder e (apesar de não perder essa intenção), pretende ser uma ordenação fundamental congregadora da vida da comunidade. Ao lado das declarações de direitos



(de liberdades), das normas organizatórias, surgem os direitos à acção estadual e os princípios directores da vida social.

Essas modificações do conteúdo dos documentos constitucionais não são meramente formais, porque, ultrapassada a visão destes direitos e princípios como afirmação puramente políticas e programáticas, a Constituição deixa de ser, também do ponto de vista jurídico, um mero texto legal especial contendo um mecanismo racional de organização e limitação do poder, para se tornar, mais do que isso, num sistema de valores político-jurídicos aceites pela comunidade.

Este sistema de valores não é, contudo, nem um dado fixo, nem uma ordem imposta. É, por um lado, um *quadro de conformação do futuro*, que pretende regular a comunidade política no seu devir e tem, por isso, de aceitar essa sua dimensão histórica. É, por outro lado, um compromisso, um equilíbrio ou uma *tentativa de equilíbrio* entre um conjunto de forças políticas diversas ou opostas que exprimem a pluralidade social de pontos de vista sobre o bem comum.

2. As funções ou tarefas actuais da Constituição

a) A construção da unidade política

O quadro liberal de uma sociedade atomista e (pretensamente) homogénea, espiritualmente unificada numa Nação e contraposta a um Estado-guarda nocturno, não resiste aos embates da industrialização e do progresso técnico. A autonomia individual (familiar) quebra-se na interdependência e na massificação cidadinas, por falta de tempo e de espaço. Os interesses multiplicam-se com a divisão do trabalho e entram em concorrência feroz numa sociedade em movimento contínuo e sem lugares marcados. A sociedade complexifica-se e fragmenta-se em grupos, manifestando de forma explosiva as suas contradições e antagonismos. Os indivíduos e, sobretudo os grupos em que se arregimentam, reconhecem e exigem a intervenção do poder político na solução dos conflitos contínuos provocados pelo aumento da velocidade social.

A esfera do político alastra com a intervenção da máquina do Estado na vida social, acompanhada e propulsãoada pelo alargamento formal (através do sufrágio universal) e real do público político. As leis banalizam-se e o aparelho estadual torna-se “Estado Administração” e, pela sua indispensabilidade e poderio, “Estado-Previdência”.

Numa sociedade deste tipo já não é possível falar de homogeneidade de interesses, nem de “vontade geral” (unânime), nem de “bem comum” como grandeza dada abstractamente determinável. Não há lugar para abstracções simplificadoras e estáticas. Não existe uma ordem (racional) fixa, nem as relações sociais são estáveis e constantes. Por isso a unidade política não é um pressuposto, mas uma finalidade que tem que ser continuamente conseguida.



A unidade consegue-se a partir da dinâmica real dos interesses e comportamentos através de certos processos e segundo critérios de escolha que permitem construir um equilíbrio vinculante (*com sentido*) e fundado num consenso social (*consentido*).

A unidade política exige, portanto, que os múltiplos gestos políticos se inscrevam numa *ordem geral*, num conjunto concertante, e que exista uma *autoridade legitimada* que, em última análise, defina e faça respeitar essa ordem.

Torna-se, para isso, desde logo, necessária a organização de instâncias decisórias capazes de assegurarem, no dia-a-dia ou nos grandes momentos, as opções comunitárias e, ainda, a atribuição e delimitação dos poderes e a definição dos processos com os quais ou através dos quais essas opções vão ser concretizadas. Por outro lado, é indispensável a referência dessas opções de autoridade a um *conjunto de valores* que as justifiquem e fundamentem. Nas sociedades de homens, as escolhas determinam-se sempre por valores e, hoje, numa sociedade política democrática, esses valores têm de ser valores aceitos na comunidade.

A construção da unidade política implica, assim, um *processo de integração contínuo*, uma “conexão de sentido na acção”, se quisermos fundir os contributos de SMEND e HELLER que revolucionaram no século passado o pensamento do Estado, ao compreenderem essa dinâmica unificadora, que o primeiro referia mais ao mundo espiritual e o segundo mais ao universo sociológico.

Nesse processo cabe um papel principal à Constituição que há-de, precisamente, consagrar os critérios de organização e de valor indispensáveis à integração política comunitária, isto é, à constituição do Estado.

b) A ordenação jurídica da comunidade

O processo de formação da unidade política postula, como vimos, a ordenação dos comportamentos sociais politicamente relevantes.

Essa ordenação não pode ser o mero produto de uma afirmação de força. Destruída a legitimidade supra-social do monarca absoluto, o poder político procura o seu fundamento na própria sociedade. Mas, a ordem política também não pode ser agora a simples resultante das relações de força estabelecidas entre os grupos sociais. Não pode ser uma ordem que vale apenas por ser posta (imposta), por ser uma ordem positiva. Por isso, a referência a valores que fizemos a propósito do processo de constituição do Estado significa necessariamente também uma remissão para valores *jurídicos*.

Não apenas porque ou na medida em que o Direito é a forma instrumental pela qual se regula a organização das relações sociais e o processo de integração política – porque é através de princípios e de normas que se reclamam da positividade jurídica que se garante a ordenação dos comportamentos humanos e a realização das tarefas estaduais numa perspectiva de unidade (Estado de Direito formal).



A concepção de ordem constitucional como ordem jurídica, isto é, a vinculação da comunidade política ao Direito, justifica-se, para além disso, pela necessidade de *fundamentar* em considerações de rectitude e justiça, o carácter obrigatório dos critérios de decisão política (Estado de Direito material). Não se trata aqui da subordinação de interesses políticos a uma ordem jurídica ideal, intemporal e verdadeira. O Direito não pode ser pensado fora da História, não prescinde da experiência das gerações e do grau de aceitação que tem na consciência ética dos homens que formam a comunidade. Quando nos referimos ao Direito como fundamento das decisões políticas, estamos a pensar na justiça como “ideia regulativa”, num “pedaço de utopia” que não poder ser precipitado completamente em normas escritas, mas que conduz, através delas, à procura de uma integração comunitária historicamente válida, num entendimento dialéctico de espiritualidade e historicidade (CASTANHEIRA NEVES).

Ora, esta ideia de Direito, culturalmente definida ou definível, é uma componente essencial do bem público (bem comum), isto é, da unidade de sentido constituinte da comunidade política.

Neste contexto, cabe à Constituição a tarefa de ordenação jurídica da comunidade. Ela é a “norma das normas”, não apenas porque estabelece concretamente os órgãos competentes e regula o processo de criação e modificação das normas jurídicas, e porque fixa as relações entre os vários tipos de normas, mas porque, para além disso, condensa os valores jurídico-políticos fundamentais que servem de critério de validade e aplicação do direito (público e privado).

Pressuposto da actividade normativa e quadro de legitimidade de toda a ordem jurídica, a Constituição cumpre a sua tarefa de unificação, que é garantida pela sua supremacia material e formal em face de todos os outros modos de produção jurídica (princípio da constitucionalidade).

Noção e alcance da Constituição

Depois de perspectivada numa dimensão histórica e de confrontada com as tarefas fundamentais que se lhe exigem actualmente (e que não põem em causa as suas tarefas enquanto instrumento de liberdade e garantia dos cidadãos), a Constituição pode agora ser definida com maior aproximação.

Em síntese, poder-se-á dizer que a Constituição é, substancialmente, o *estatuto fundamental da comunidade política*.

Preferimos esta designação à de “estatuto jurídico do político” para acentuar dois aspectos. Por um lado, a Constituição não abrange todo o estatuto jurídico da vida política, mas apenas os seus momentos fundamentais, aqueles que imprimem carácter à comunidade política. E é bom que isso não se esqueça numa altura em que a tendência é para o alargamento e a concretização excessivos do texto constitucional. Por outro lado, a Constituição não é um qualquer estatuto jurídico do



político, mas, por definição, o estatuto de uma *comunidade* política, isto é, tem de (para corresponder ao seu nome e constituir alguma coisa) ser capaz de funcionar como base elementar de construção da unidade política e, portanto, do Estado.

Enquanto estatuto jurídico fundamental, a Constituição abrange (hoje) os *princípios basilares da construção da unidade política e da ordenação jurídica da Comunidade*, bem como *as normas concretas* relativas à *organização* do aparelho estadual e ao *processo* das respectivas decisões.

Assim, a Constituição:

1. *Declara a assunção da sociedade como Estado* nas suas manifestações existenciais, definindo o seu âmbito territorial e pessoal e a sua autonomia;

2. *Caracteriza a sua forma política*, pela designação do titular do poder soberano, pela determinação do estatuto e função dos indivíduos, dos grupos e instituições sociais na vida política, pelo estabelecimento dos modos e das formas de expressão política e, em particular, do sistema de designação dos governantes (titulares concretos do poder), pela fixação dos grandes princípios de organização dos poderes públicos;

3. *Define o sistema de governo*, estruturando concretamente a máquina estadual designadamente pela determinação dos órgãos políticos, das suas competências (e limites) e das relações entre eles, e regulamentando o processo de decisão política;

4. *Reconhece ou estabelece e garante os valores jurídicos e políticos fundamentais* que presidem à realização das tarefas “governativas” e constituem o quadro material da ordenação jurídica da comunidade.

A Constituição, ao disciplinar estas matérias fundamentais, realiza as tarefas específicas que atrás lhe assinalamos, cumprindo a sua função de tornar possível e garantir o processo de integração política, e de estabilizar e racionalizar a vida comunitária – limita e legitima os poderes e define as linhas gerais do projecto colectivo.

3. As formas constitucionais

3.1 Constituição escrita e não escrita

A noção moderna de Constituição, enquanto ordenação sistemática e racional da vida política, aparece, como vimos, ligada à elaboração de documentos escritos, de *leis constitucionais*.

As exigências lógicas de arrumação e a certeza anti-providencial e anti-histórica do racionalismo, aliados à necessidade de segurança profundamente sentida pela burguesia liberal e revolucionária, põem em relevo a superioridade jurídica e política

da lei sobre o costume, em virtude da sua maior clareza, da sua maior solenidade, das melhores garantias que confere e do seu carácter pedagógico como meio de ilustração.

Hoje, praticamente todas as constituições são compostas de leis e não admira, por isso, que a ideia comum de constituição esteja intimamente associada a um texto escrito.

Contudo essa associação não representa em si nada de necessário, mesmo no âmbito circunscrito da cultura europeia. Os quadros fundamentais da vida política de um país podem ser regulados por outras formas, por exemplo, por usos, costumes, e convicções forjados na prática e observados ao longo dos tempos. Assim aconteceu em regra até ao período liberal e, mesmo actualmente, há países que por tradição e temperamento (pelo seu “génio”), continuam a manter grande parte do seu ordenamento constitucional não escrito (Inglaterra e alguns países da mesma família cultural).

Mas não são apenas as diferenças entre o continente europeu e as ilhas britânicas que teoricamente podem relevar nesta distinção entre constituição escrita e não-escrita.

Afinal, bem vistas as coisas, em todas as constituições de todos os países haverá sempre uma parcela que não está reduzida nem é talvez redutível a palavras, um conjunto de regras e de princípios que não estão expressamente consagrados nas leis constitucionais – não nos referimos apenas ao costume propriamente dito, mas em geral a toda uma série de princípios jurídicos e políticos que formam o ambiente cultural e suportam a renovação permanente da comunidade política.

Ora, quando se classifica uma constituição como escrita, não se está a afirmar a irrelevância do Direito Constitucional não escrito, mas apenas a constatar a existência de um documento em que está inscrita a generalidade dos princípios e regras que integram o ordenamento constitucional – a distinção é, pois, aqui encarada sob o ponto de vista exclusivamente formal.

3.2. Constituições rígidas e constituições flexíveis

A rigidez de uma Constituição está, nesta acepção e como o nome indica, dependente da maior ou menor mutabilidade dos respectivos preceitos e, embora a doutrina não nos forneça um critério único de distinção, poderá dizer-se que há rigidez sempre que é reconhecida a diferença formal entre as leis constitucionais e as leis ordinárias.

A rigidez constitucional está, portanto, de algum modo ligada à forma escrita da constituição, já que não é possível distinguir formalmente o Direito Constitucional do direito ordinário a não ser por referência a textos legais. Dito de outra maneira, as constituições de base consuetudinária são, nessa medida, necessariamente flexíveis.

Por outro lado, a rigidez implica de algum modo a codificação ou uma



“semicodificação” do direito constitucional. A distinção que se quer conferir às normas constitucionais exige uma separação formal, que pode ser conseguida pela obrigatoriedade da introdução das alterações constitucionais no texto primitivo (cfr., p. ex., o art. 287.º n.º 1 da Constituição da República Portuguesa – CRP), ou por aditamentos ao documento inicial (v.g., os Actos Adicionais à Carta Constitucional de 1826 ou os “Amendments” da Constituição dos E.U.A.).

Para alguns autores, rígidas são apenas as constituições que não prevêm a possibilidade de serem alteradas. No entanto, como tais tipos de constituições praticamente não existem, será mais operacional partir do conceito de constituição flexível – em que não há diferença formal entre o direito constitucional e o direito ordinário e considerar a rigidez uma qualidade variável e graduável conforme a solenidade específica das normas constitucionais.

A medida da rigidez é dada pelo grau de agravamento do processo (de feitura e) de alteração das leis constitucionais em relação às leis ordinárias (cfr., p. ex., os arts 286.º a 289.º da nossa Constituição). É, portanto, em nosso entender, uma grandeza que varia em função das condições *formais* de revisão (incluindo os chamados limites temporais) e *apenas deles*. Isto é, contrariamente a REBELO DE SOUSA (*ob. cit.*, p. 52), *parece-nos que em nada podem* relevar aqui os limites materiais ao poder de revisão. Não só porque esses limites existem sempre, independentemente de consagração expressa, que, quando exista, será só declarativa ou aclarativa – e, portanto, não são aptos à distinção -, como sobretudo porque a rigidez é um atributo que tem de ser compreendido dentro da ideia de Constituição em sentido formal.

Pode, evidentemente, falar-se de uma “rigidez material” ligada à maior ou menor permanência dos conteúdos normativos constitucionais, mas então estamos perante um outro problema e a referir-nos a uma outra função – que, na realidade, não está sequer correlacionada com a primeira. De facto, a rigidez (formal) de um texto não obsta a que ele possa ser alterado (frequente e) profundamente, ao passo que uma constituição flexível pode durar muito tempo sem alterações significativas de conteúdo, se estiver em consonância real com os valores culturais e políticos que fundamentam a vida comunitária (v., por exemplo a Constituição inglesa). E isto não apenas no que diz respeito às alterações formais expressas através de revisões constitucionais mas ainda e mesmo no que toca às mutações tácitas do sentido das normas constitucionais por via interpretativa....”.

3. 3. *Constituição formal e Constituição material*

Referimo-nos, no capítulo anterior, à constituição como estatuto jurídico fundamental da comunidade política e de uma forma sumária e geral, às *matérias* que a integram. Nesse sentido, é possível falar de um sentido substancial ou *material* de Constituição.



Por outro lado, o conceito de constituição aparece outras vezes, a designar um conjunto de disposições a que é atribuída uma superioridade (formal) em relação às leis comuns, um “valor constitucional” – fala-se, então, de constituição em sentido *formal*.

Percebe-se imediatamente que o conceito de Constituição em sentido formal pressupõe – em termos práticos, pelo menos – a existência de leis constitucionais diferenciadas das outras leis: a superioridade formal da Constituição é garantida pela formulação em textos escritos dos respectivos preceitos e confirmada pelas especificidades da sua feitura e alteração relativamente aos restantes diplomas jurídicos, quanto aos órgãos competentes e às formas de processo. Daí que tenda hoje, apesar das diferenças de critérios subjacentes, a identificar-se o conceito de Constituição formal com os de Constituição escrita e não flexível.

A distinção entre a Constituição material e a Constituição formal resulta segundo alguns Autores do facto de nem todas as normas incluídas no texto constitucional respeitarem as matérias fundamentais para a construção e identificação do Estado, isto é, de nem todas as normas formalmente constitucionais regularem matérias constitucionais.

Para outros Autores, a diferença de âmbito é mais vasta, já que se deveria também ter em conta que há igualmente normas e princípios relativos a aspectos essenciais do sistema político (materialmente constitucionais, portanto) que não aparecem previstos no texto constitucional – estão contidos em leis ordinárias ou, nalguns casos, para quem o admita, são Direito Constitucional não-escrito.

Qualquer que seja a posição adoptada, o problema da distinção entre a Constituição material e a Constituição formal é, neste sentido, o problema da *extensão* ou do *âmbito* constitucional. Pressupõe-se a possibilidade de *identificar* um conjunto de matérias com dignidade constitucional própria e, mais, que os eventuais critérios de “constitucionalidade” de uma matéria não dependem da vontade do legislador constituinte – o qual pode pecar por defeito ou por excesso.

Pecaria por excesso quando em virtude das garantias de permanência conferidas pela superioridade e rigidez do texto constitucional, as forças políticas dominantes no momento da feitura ou da revisão da Constituição aproveitam para inserir no documento constitucional disposições que normalmente seriam de direito comum, consagrando regras e soluções que logicamente deveriam ser deixadas a opções legislativas, políticas ou até administrativas.

O pecado por defeito seria em parte o produto inevitável das deficiências de previsão humana, mas poderia resultar ainda da impossibilidade de obtenção de um consenso, frequente nas sociedades pluralistas e conflituais de hoje, ou da tradição, que leva a deixar ao legislador ordinário o encargo de regular certas matérias.

No entanto, o âmbito das constituições varia conforme os tempos e, naturalmente, conforme a própria ideia que se faz do Estado, designadamente dos



fins e funções que lhe cumprem. Assim, as constituições actuais são no conjunto mais extensas que as liberais, porque o Estado tem agora como fim a transformação das estruturas sociais e, para isso, intervêm profundamente na vida económica e, em geral, em todos os domínios da sociedade. Por isso, a autonomização de uma Constituição material a partir da Constituição formal pode ser um acto ideológico, em que se pretende, *por exemplo*, descaracterizar as normas constitucionais relativas à organização económica e aos direitos sociais, reduzindo a matéria constitucional à organização do poder político ou às liberdades dos cidadãos – isto é, em qualquer dos casos, uma opção liberal.

Tal não significa, contudo, que a distinção em causa tenha de se resumir numa mera questão ideológica em que se degladiam os partidários do “liberalismo” e do “socialismo”.

A distinção entre matérias constitucionais pode ser encarada sob um ponto de vista doutrinal e científico, para a determinação do objecto da ciência do Direito Constitucional e, no plano de uma “ciência da constituição”, para a definição de uma política legislativa constituinte (fornecimento de critérios de elaboração dos textos constitucionais).

Por exemplo, poderiam considerar-se formalmente certas normas relativas ao estatuto de deputados (art. 161.º e 162.º CRP), à organização autárquica (art. 244.º), às incumbências do Estado quanto aos direitos sociais (por todos, art. 65.º n.º 2 CRP), etc. – normas que não regulam aspectos essenciais do Estado.

Por outro lado, serão materialmente constitucionais, por exemplo, grande parte das normas de direito eleitoral, certas disposições dos estatutos das regiões autónomas, as normas do Código Civil relativas à interpretação e integração dos preceitos jurídicos ou a direitos de personalidade, etc.

Só que, em nosso entender, esta perspectiva da distinção não oferece grande interesse prático, a não ser em casos-limite. Não oferece grande interesse prático porque a ciência do Direito Constitucional não pode pretender delimitar com rigor as matérias constitucionais nem pode desprezar as normas só formalmente constitucionais, porque é nessa condição formal que se radicam elementos fundamentais de caracterização da “constitucionalidade” (do “valor constitucional”) das normas – rigidez, superioridade formal.

Contudo, em casos limite, a distinção é importante. É que, apesar do âmbito constitucional ser uma variável em princípio indeterminada, não pode admitir-se que o legislador constituinte possa incluir legitimamente todas e quaisquer matérias no texto constitucional. Levada ao extremo, por absurdo, essa liberdade do legislador constituinte poderia transformar os diplomas constitucionais em programas de governo, destruindo aspectos fundamentais do Estado democrático – o pluralismo e a alternância política e o princípio da representação –, para além de tender a transformar o golpe de Estado e a revolução nos meios normais de evolução política. Daí que, se

não vamos ao ponto de aceitar a existência de verdadeiros “limites inferiores” ao poder constituinte, equiparáveis aos “limites superiores” (vd. *Infra* o capítulo a propósito do poder constituinte), defendemos, pelo menos, que o princípio democrático impõe neste campo uma auto-contenção ao legislador constituinte.

Esta é, no entanto, apenas uma primeira perspectiva de distinção entre os sentidos material e formal de Constituição. É a perspectiva do *objecto* das normas constitucionais, onde se trata de classificar matérias, delimitar a extensão e definir o âmbito da Constituição.

Ao lado desta, é possível descobrir uma outra perspectiva de distinção, mais importante e fecunda, embora intimamente relacionada com aquela. Procura-se agora ter em conta o *conteúdo* da Constituição, a *intenção* constitucional, o *sentido* das normas e os *valores* nela consagrados.

O problema da existência de uma Constituição material ao lado da Constituição formal é, afinal, como veremos, o problema da compreensão do próprio sentido da Constituição – o problema da Constituição.

4. O debate teórico-constitucional: o conceito e o problema da Constituição em sentido material e a Constituição e a realidade constitucional

a) O conceito e o problema da Constituição em sentido material

A ideia da Constituição, isto é, de um conjunto de normas reguladoras de toda a actividade estadual, teve como primeiro objectivo assegurar os valores de liberdade conquistados pela Revolução. Os conceitos de “soberania da Constituição” e de “poder constituinte” (distinto e anterior em relação aos poderes constituídos) correspondiam às necessidades de segurança da burguesia em luta pela sua afirmação política e garantiam a implantação e a coerência de uma concepção do Estado baseada (justificada) por existências ético-rationais. Nesse sentido estamos inicialmente perante uma concepção material de Constituição e, mais que isso, perante uma concepção ideal pois se defendia que a protecção dos direitos fundamentais dos cidadãos e o princípio da separação dos poderes eram condição da própria existência de uma Constituição.

Contudo, o valor da liberdade, tendencialmente único e predominantemente encarado sob o ponto de vista económico, conduzia afinal à concepção de um Estado abstencionista e de um Direito garantia do livre jogo das forças sociais – a ética do Estado é apenas o respeito pelas éticas individuais e a abstenção da paz social. Ora, uma tal concepção, com a consolidação da vitória burguesa sobre as ideias do poder pessoal (natural), satisfaz-se facilmente com uma compreensão formal da Constituição como limite jurídico ao poderio do Estado – isto é, ao poder executivo, normalmente ainda monárquico –, consagrado num documento de força legal superior.



Afirma-se na Constituição que o Parlamento, eleito directamente pelos cidadãos – isto é, pela burguesia, dado o voto censitário –, tinha a competência exclusiva para legislar – isto é, segundo as concepções da altura, para definir a situação jurídica dos particulares – e, através do primado da lei, para impor os limites necessários à intervenção administrativa em defesa dessa liberdade individual e social. Para a garantia desses limites, os particulares podiam recorrer ao juiz, que era a boca que pronunciava as palavras da lei. O objectivo de segurança cumpria-se, assim, perfeitamente na racionalidade de um sistema organizatório que, sustentado e mantido em respeito pela sociedade, formalizava uma relação de domínio conseguida.

A ideia da supremacia formal da Constituição, esquecida agora a sua função inicial, transforma-se, portanto, nas concepções positivistas (sobretudo em Kelsen), de elemento instrumental em momento essencial do conceito. A unidade do Estado passa a ser a unidade formal do *sistema normativo* que tem como “fecho” a Constituição.

A Constituição é, nesse sistema, uma lei com força superior à das outras leis, mas independentemente do seu conteúdo de valor ou sentido próprio.

É um acto de vontade soberana do povo que se auto-fundamenta e estabelece a hierarquia e competências estadual, de onde resulta, gradualmente, toda a restante ordem jurídica (teoria gradualística da ordem jurídica).

A garantia jurídica constitucional baseia-se exclusivamente no carácter geral e abstracto das normas (uma certa igualdade perante a lei) e no cumprimento das regras de hierarquia, de competência e de forma estabelecidas. A validade das normas e actos jurídicos “inferiores” é aferida através de um juízo de dedução lógica a partir do grau anterior. O conteúdo constitucional não é, em si, importante – a matéria constitucional limita-se à organização do poder político – e a defesa da “materialidade” é apenas a defesa da *lógica do sistema*, isto é, do respeito pelo princípio gradualístico. Assim, seria juridicamente válida, por exemplo, a introdução da escravatura, se isso resultasse do texto constitucional ou de norma legal, desde que, neste último caso, a competência do legislador não estivesse (expressamente) excluída quanto a esse aspecto.

Mais, acentuado o seu carácter positivo e escrito, a Constituição pode bem acabar por ser uma lei que só *formalmente* tem de ser (e é) reforçada em relação às leis ordinárias.

Em homenagem a um “absolutismo democrático” (a confiança nos representantes do povo), a lei comum pode não ser sequer controlada nas suas opções, não se admitindo, como acontecia há bem pouco tempo em França, qualquer mecanismo de fiscalização da constitucionalidade das leis.

Esta concepção formal de Constituição, ainda que reclamasse de perfeição racional, não poderia, no entanto, resistir às modificações profundas operadas na estrutura social, quando a sociedade se revela em todas as suas diferenças e o poder



político invade o domínio reservado até aí aos particulares. O Estado tem de intervir na sociedade e é preciso definir o sentido e os limites dessa intervenção – por um lado, a transformação da sociedade para garantir uma maior justiça social implica opções de valor constitucionais; por outro lado, a defesa das liberdades, que pode agora ser ameaçada pela própria lei (comprometida necessariamente na definição dos interesses públicos a cargo da máquina estadual) exige, por sua vez, o relevo normativo dos direitos fundamentais; por último, os conflitos de valores e princípios tornam-se patentes em cada momento, já que ao predomínio incontestado (anterior) do princípio da liberdade não sucede a afirmação absoluta da sociedade tornando-se necessário conciliar e harmonizar princípios opostos.

As insuficiências da Constituição formal, revelam-se, então, na impossibilidade de cumprir as tarefas de fundamentação (garantia), unificação e identificação da ordem constituída.

Não é capaz de fundamentar a ordem jurídica, porque parte de um postulado de auto-validade, não se baseando em nenhum conteúdo de sentido (que são relegados para a esfera de Moral ou da Política). Teria de se admitir, como vimos, a validade jurídica de regras contrárias à dignidade da pessoa humana desde que formalmente consagradas em preceito legal. Por outro lado, também não é capaz de garantir contra a manipulação das forças políticas já que, por pureza, as ignora e se basta com a regularidade formal das manifestações jurídicas.

Não pode assegurar a unidade da ordem jurídica, visto que, cega à realidade constitucional e aos valores, não explica nem justifica (com a sua unidade apenas lógica) os actos de direcção política, as transições ou mutações constitucionais, os critérios de interpretação criadora, a harmonização dos conflitos normativos no seio da Constituição, isto é, toda a vida jurídica que não é de mera dedução lógica ou execução directa dos textos constitucionais. Se já é, em geral, improvável a ideia de “plenitude lógica do ordenamento jurídico, ela é talvez impossível no Direito Constitucional”.

Não estabelece limites materiais ao poder de revisão nem fornece critérios para identificação da ordem constitucional (isto é, para avaliar da sua continuidade ou ruptura resultantes dos processos de alteração), porque, como “constituição em branco”, admite qualquer alteração e não é sensível às diferenças de sentido, desde que se respeite a sua distinção formal (as condições de exercício do poder de revisão).

É em face de todas estas considerações que se aceita hoje normalmente, ao lado da ideia de Constituição formal, a ideia de Constituição em sentido material, agora em busca de um conjunto de princípios e normas que constituem o verdadeiro fundamento de valor da comunidade política e que explicam e regulam a respectiva vida jurídica.

(O conteúdo de sentido que se pretende descobrir refere-se, naturalmente, apenas aos princípios e normas que regulam matérias fundamentais do Estado – daí



a necessária correspondência entre as duas acepções de Constituição material).

Mas a diversidade de posições volta naturalmente a manifestar-se quando se pergunta o que é, em concreto, a Constituição em sentido material. As posições assumidas pela doutrina são as mais díspares, desde o anti-racionalismo autocrático dos contra-revolucionários do século XVIII até ao decisionismo de CARL SCHMITT e ao integracionismo de SMEND. A extensão desta divergência, pode medir-se pela distância que separa as posições mais extremas: as concepções “realistas” e as “espiritualistas”.

Para as primeiras, a Constituição material é a expressão da realidade política, a direcção que aponta a composição das forças políticas operantes na sociedade. Nesta acepção se integra, por exemplo, a concepção sociológica de LASSALE que considera a Constituição escrita como “uma folha de papel”, à qual contrapõe a *Constituição real* resultante dos factos e das relações reais de poder efectivamente existentes na sociedade. Se num incêndio percessem todas as leis escritas, as novas leis teriam necessariamente de exprimir essas relações de poder. Também aqui se pode incluir a concepção institucional de MORTATI, ao referir a *Constituição material* ao *fim político* ou “princípio director da acção”, que consubstancia a visão de bem comum assumida e imposta efectivamente, com uma relativa estabilidade, por um conjunto de *forças colectivas* (designadamente os partidos políticos) dominantes.

Para as segundas, a Constituição material seria formada por um conjunto de valores transcendentais, pré-constitucionais e supra-positivos, que confeririam unidade de sentido às normas constitucionais. Esse conjunto integraria valores determinantes da cultura da comunidade e constituiria uma *ordem de valores* subtraída à opinião histórica, anterior e superior à Constituição escrita e que esta pretenderia positivar, dando-lhe uma formalização técnico-jurídica. É uma teoria desenvolvida especialmente na Ex-Alemanha Federal por parte da doutrina e da jurisprudência, que aparece ligada à defesa e garantia dos valores fundamentais da cultura ocidental: a ideia da dignidade da pessoa humana e o postulado democrático – sobretudo em virtude da experiência traumatizante do nacional-socialismo, que subvertera por completo esses valores.

O problema da Constituição em sentido material, tal como aparece em qualquer um destes tipos de concepções, corresponde à crise da Constituição, como conceito que, construído num certo tempo e para um determinado tipo de sociedade, tem de defrontar-se com novas realidades e de ser compreendido num mundo radicalmente diverso (mesmo quando nos circunscrevemos, como é o caso, a um espaço cultural limitado).

Implicará a ideia de Constituição material o abandono do texto constitucional, devendo o seu conteúdo ser buscado na realidade ou num conjunto de valores espirituais? E isso não significará então, afinal, a “disfuncionalidade” e, portanto, a falência do próprio conceito jurídico de Constituição?



Hoje, a generalidade da doutrina inclina-se para a conclusão de que o conceito de Constituição pode ter um sentido útil e que não deve ser abandonado, no plano teórico ou dogmático, como instrumento ultrapassado. Não têm, por isso, já grande audiência as concepções que, de um modo absoluto, reduzem a Constituição a uma pura realidade ou a um conjunto abstracto de valores. Qualquer uma destas concepções leva ao esvaziamento e à imprestabilidade prática do conceito de Constituição, reduzindo-a a um pedaço de papel ou a um tratado de moral que, de um modo ou de outro, acabam sempre por entregar o futuro da comunidade política ao jogo ou ao jugo das forças dominantes.

Hoje reafirma-se, pelo contrário, a tese de *força normativa da Constituição*, a ideia de que lhe cabe uma tarefa histórica de conformação (material) da comunidade política concreta, conferindo-lhe unidade de sentido e garantindo-a. A Constituição material há-de, por isso, operar através de um texto, onde se manifestem e formulem as opções de valor jurídicas e políticas da comunidade – um texto que já não esgota nas suas palavras a Constituição; um texto que seja depositário dos *valores constituintes* aceites e que sirva de base para a descoberta das soluções jurídico-constitucionais *concretas*; um texto que garanta a permanência das grandes opções comunitárias contra a leviandade das opiniões políticas do momento e contra a especulação abstracta do subjectivismo conservantista ou utópico.

O problema está, agora, no peso específico reconhecido a cada um dos diversos elementos constitucionais designadamente, no relevo jurídico dos valores, dos factos e do texto na composição da resultante normativa constitucional.

Daí que o problema da Constituição em sentido material inclua em parte o problema das relações entre a Constituição escrita e a realidade constitucional e se dissolva, afinal, no problema mais vasto do ser da Constituição.

As considerações que a seguir se alinham referem-se, contudo, especialmente à parte não organizatória da Constituição e pressupõem, no problema da constituição material, o especial relevo das disposições constitucionais que, relacionadas com o processo de intervenção de poderes públicos na vida económica e social, dizem respeito à determinação dos “fins colectivos” e à definição dos valores jurídicos e políticos fundamentais da comunidade. É que, diferentemente do que acontecia no séc. XIX, a correlação das forças desmontada pelas posições “realistas” ganha importância, ela própria, hoje num contexto ideológico, em busca de compromissos de sentido, mais do que num contexto institucional, onde teriam primazia considerações de equilíbrio entre poderes.

Uma concepção material-positiva

Alguns autores, entre os quais podemos incluir GOMES CONOTILHO, partem de uma crítica às teorias “espiritualistas”, procuram referir a Constituição material à Constituição escrita e obtêm aquela a partir desta, prezando menos os elementos



valorativos exteriores ao texto constitucional.

As críticas dirigidas à teoria da “ordem de valores” são várias. De facto, pode perguntar-se quais são esses valores, quem os determina e como, se formam um verdadeiro sistema, se podem modificar-se e, até que ponto, se não será a ordem dos valores, feitas as contas, uma fórmula vazia ou, pelo menos, juridicamente imprestável.

A força normativa da Constituição estaria seriamente ameaçada já que o conteúdo constitucional ficaria dependente do subjectivismo do intérprete que se substituiria ao texto constitucional e à sua força estabilizadora.

Só assim não seria se houvesse um consenso geral, objectivamente determinável quanto a esses valores, facto que é, porém, altamente improvável no contexto de uma sociedade heterogénea e dividida por conflitos ideológicos mais ou menos profundos.

A Constituição tem de ser, por isso, uma ordem construída por elementos diferenciados, plena de tensões internas e é, nesse sentido, necessariamente um *compromisso* entre forças políticas. Daí que a Constituição em sentido material, enquanto *compromisso efectivo*, tenha de ser uma medida textual, que reflecta com *exactidão* o peso relativo que é reconhecido aos diversos interesses e valores em presença.

(Eventualmente poderá reconhecer-se que essa base de entendimento também se estende ao conteúdo de *leis* ordinárias fundamentais, com dignidade constitucional – aceitando a distinção entre a Constituição formal e material (substancial) no primeiro sentido apontado).

Mas, reconhecendo talvez que o conceito de Constituição material só interessa, afinal, se for capaz de referir os conteúdos constitucionais a uma qualquer “ordenação”, afirma-se que esse conjunto de *normas* jurídicas fundamentais define uma ordem jurídico-política que aparece como *unidade político-ideológica* fundamental. A partir daí seria possível definir um *núcleo essencial* da Constituição que confere a esta *identidade histórica concreta* e cuja alteração, por isso, significaria a feitura de uma Constituição nova.

Deste entendimento resulta, pois, uma *revalorização do texto* constitucional, agora encarado como o depositário do compromisso de valores encontrado. O direito constitucional não-escrito só vale com funções de completude, integração (?) e desenvolvimento das normas constitucionais – não se admite o costume “*praeter legem*” nem a validade autónoma dos princípios jurídicos fundamentais, a interpretação da Constituição na sua adaptação aos novos tempos e às diferentes situações terá de conter-se dentro dos limites do texto como programa normativo, e o texto constitucional só pode ser alterado com observância das condições formais e dos limites materiais estabelecidos para o poder de revisão no momento da feitura da Constituição.



A preocupação destes Autores parece ser a garantia da força normativa da Constituição e a salvaguarda do (inevitável) compromisso em que se funda a comunidade política contra o subjectivismo dos juízes e a manipulação pelas forças policiais e sociais.

Nota-se, por outro lado, uma certa abertura (aparente?) à realidade constitucional e a recusa firme da existência dos valores supra-positivos, corolários de uma concepção de tendência sociológica e não-axiológica da consciência jurídica da comunidade.

Estas preocupações, são, em muitos aspectos, hoje partilhadas pela generalidade da doutrina. E as discordâncias provenientes das diferentes concepções de Direito são muitas vezes mais teóricas do que práticas já que, por exemplo, é difícil que se formem, na nossa civilização constitucional, costumes “contra-legal”, tal como só muito excepcionalmente não conterà o texto constitucional, ao menos implicitamente, aqueles poucos princípios que, para uma parte da doutrina, derivam imediatamente da ideia de Direito.

Só que, designadamente nos termos em que é defendida por GOMES CANOTILHO, esta concepção funda-se num conjunto de pressupostos que não podem, em nosso entender, ser pura e simplesmente aceites como postulados ou grandezas constantes de análise.

Em primeiro lugar, a afirmação do texto como medida de compromisso político fundamental esquece ou ignora que o texto constitucional, além de vago, é, muitas vezes, ambíguo e contraditório. Ora, se o compromisso não está suficientemente esclarecido no texto, como pode este, por si, servir de *base* para a construção da unidade política e para a ordenação jurídica da comunidade, tarefas fundamentais da Constituição actual? Não há garantia de estabilidade, porque o fundamento das soluções é discutível, nem há sequer maior aderência à expressão real dos interesses e valores da comunidade, porque muitas vezes um tal compromisso acaba por estabelecer o que não é querido por ninguém.

Em segundo lugar, os valores político-ideológicos são em si precários e pouco inclinados à unificação. São tendencialmente fechados, conjunturais e impróprios para a construção de um consenso normativo estável, sobretudo se encararmos a Constituição numa perspectiva temporal, tendo em conta a evolução que continuamente se opera na realidade.

(Só por ironia se poderia, aliás, apontar o art. 80.º da CRP na sua versão de 1976, como exemplo ou símbolo de uma opção fundamental que obteve (e não continuou a obter) a “concordância clara” das principais forças políticas). Isto para não falar da incapacidade dos valores político-ideológicos para dar um fundamento material suficiente às normas, já que se reclamam, quanto muito, de uma legitimidade sociológica que pode não ser mais que uma mera positividade.

Parece de facto que, se se pretende encontrar uma concordância clara e um



consenso estável, eles têm de ser procurados em valores jurídicos e políticos mais profundos, enraizados e partilhados – não há consenso, por exemplo, quanto à obrigatoriedade de transição para o socialismo, mas quando há uma convicção generalizada da necessidade e bondade da intervenção do Estado na transformação da sociedade segundo critérios de justiça, a maioria esmagadora das forças políticas e dos cidadãos reconhece, assim, o valor constitucional do princípio da socialidade – valores que constituem uma unidade de sentido *cultural*, que é naturalmente manifestada pelo texto constitucional, mas que a ele também naturalmente não se reduz, nem, muito menos, nele se hipostasia.

Por outro lado, como toda a gente reconhece, a consideração dos valores e até de uma certa unidade (ordem) dos valores não implica necessariamente uma visão homogênea da sociedade ou um relação hierárquica entre esses valores num sistema fechado.

Julgamos, por isso, desproporcionada a aversão de GOMES CANOTILHO em relação à relevância jurídica dos “valores”. Tal como parece excessiva a prudência demonstrada perante a realidade constitucional. Nesta última perspectiva, para além da inadmissibilidade do costume constitucional como fonte de direito, é manifesta a desconfiança em face da ideia de “abertura” da Constituição e o desconforto com que se aceitam, em termos limitados e vagos, as transições constitucionais.

Uma tal posição parece, afinal, aproximar-se da defendida por ABENDROTH que, partindo da existência de um sentido determinado no progresso histórico, considera que a Lei Fundamental alemã se encontra avançada (“à esquerda”) em relação à realidade e que, por isso, deve ser interpretada com base no *compromisso* efectuado (no momento da sua feitura).

Por um lado, GOMES CANOTILHO reconhece no movimento histórico “um processo de desalienação do homem” que vai constituindo a consciência jurídica geral, e fala de “travagem na aceleração da história” e “de uma assimilação ideológico-social” dos valores normativos. A força normativa da Constituição será, portanto, acentuada, talvez porque o texto constitucional funciona no caso concreto como *instrumento* de transformação da sociedade *no sentido* do (que se julga ser o) “progresso” histórico.

Por outro lado, defende a ‘constituição material’ como unidade de sentido de *compromisso* estabelecido. A recusa do conceito formal de Constituição visará então sobretudo *garantir* o equilíbrio de valores *conseguido* num certo momento histórico no texto constitucional. (A concepção de GOMES CANOTILHO, menos clara, revelará a tónica *defensiva* da sua posição, porventura resultante da situação “mais avançada” do compromisso português – o texto constitucional seria entre nós mais “balanço” do que “programa”).

Assim se explicou, por exemplo, a posição ultra-radical assumida em matéria de revisão constitucional; da eficácia absoluta dos limites materiais à proibição do

referendo (não contemplado no texto de 1976), passando pelo carácter superconstitucional das normas que estabelecem as condições formais de revisão e pelo princípio da protecção do texto contra maiorias, mesmo de 2/3 – procura(va)-se, sem flexibilidade, a protecção máxima do texto originário.

Tal como se explicará melhor a recusa de uma “medida” constitucional (denunciada sem contemplanções como conspiração liberal) e, em geral, a desconfiança sistemática perante a abertura constitucional à realidade ou aos valores culturais dominantes na sociedade.

Só assim se explica, por último, a absolutização do texto da Constituição, reduzindo a ele toda a potência normativa dos valores constitucionais e encerrando nele toda a história futura da comunidade.

A Constituição material como unidade de sentido cultural

As tendências para a instrumentalização e para o fixismo criticadas no que julgamos ser a concepção material-positiva de GOMES CANOTILHO permitem já entender a dimensão *cultural* que queremos acentuar no conceito de constituição material.

Antes de mais, importa sublinhar que a ideia de cultura engloba aqui simultaneamente os aspectos de valor (axiológico) e de realidade (sociológico) que caracterizam o “ambiente” em que vai ser interpretada (aplicada) a Constituição escrita. Recusando todos os reducionismos, pretende-se encontrar na ideia de Constituição material o “símbolo” verdadeiro da *constituição jurídica real* de um país e não de uma constituição imaginária ou nominal.

Uma concepção cultural da Constituição pressupõe a existência, mesmo nas sociedades pluralistas conflituais de hoje, de valores mais espessos, mais profundos e mais espalhados, capazes de recolher um elevado grau de consenso e aos quais se pode reconhecer, por isso, uma força normativa unificadora (que permitirá até um certo nível, fundar a *validade* das soluções constitucionais).

Todos os Autores reconhecem, aliás, embora com diferenças de entendimento, a existência de valores enraizados na vida social que formam a “*consciência jurídica geral*” e que estão na base da validade do Direito.

Problemático será, contudo, saber se essa validade fundamental é possível em toda a extensão da constituição material ou se será apenas preferível a um conjunto muito reduzido de princípios jurídicos fundamentais.

Por nossa parte entendemos que há no nosso País, como nos países culturalmente parentes do nosso, um consenso social em relação ao *núcleo essencial* da Constituição material, isto é, em relação àquele conjunto de princípios e normas que dá carácter e identifica uma Constituição (e que, por isso se considera salvaguardada perante o próprio poder de revisão constitucional) –, incluindo, portanto, os princípios políticos constitucionalmente conformadores e os princípios que



estabelecem os fins do Estado.

Esta ideia pressupõe, é certo, uma Constituição concebida e aplicada como um *quadro normativo aberto*, que não pretende ser um programa de governo nem, portanto, regular de forma exaustiva as situações e os factos políticos – e que por essa razão, não tem de levar as suas opções até ao nível de superfície política em que as diferenças geram inevitáveis contradições.

Mas isso não significa, por sua vez, que uma Constituição assim concebida tenha de ser uma constituição liberal, restringida à declaração das liberdades fundamentais e à organização do poder político. Hoje há, pelo menos na Europa, um consenso generalizado quanto à necessidade de uma intervenção do Estado na conformação da sociedade, designadamente dirigida à correcção das injustiças e à criação de condições para uma maior igualdade social. Daí que o quadro normativo constitucional se estende sem divergências radicais às matérias dos direitos económicos, sociais e culturais dos cidadãos e da intervenção do Estado na vida económica, onde pontifica o princípio da socialidade.

Por outro lado, esta concepção também não tem de ser conservadora como poderia à primeira vista pensar-se, a partir da consideração superficial (e falsa) de que o futuro (o progresso) é sempre discutido e só o passado (a tradição) suscita consenso. É que a Constituição pode efectivamente consagrar princípios e normas que traduzam opções de *valor queridas e estabelecidas na consciência geral*, embora *ainda não realizadas* na prática. Nesse sentido, uma concepção cultural da Constituição implica o reconhecimento de um largo campo de actuação à *força normativa do direito* constitucional, à capacidade de este contribuir para a transformação efectiva da sociedade, para o progresso histórico.

Por último, também esta concepção não é estática, pelo contrário, não esquece as tensões sociais existentes nem põe obstáculos irrealistas às mudanças que daí necessariamente advêm. Admite, por isso, para além da evolução interpretadora, uma zona periférica de compromisso político, cuja actuação considera normal e necessária de acordo com o princípio da revisibilidade das normas constitucionais.

A defesa de uma unidade de sentido cultural não pretende, de facto, consagrar uma “harmonia social mágica”, perfeita, estabelecida e fixa, em nome da qual possam ser subvertidos ou desarmados os eventuais preceitos destinados à transformação da sociedade existente.

As críticas dirigidas contra as teorias da “ordem de valores” são cabidas contra a ordenação *hierárquica* e *unicitária* dos valores que pretende estabelecer uma relação fixa entre estes e daí obter directamente todas as soluções constitucionais concretas. São justificadas contra uma ordem de valores ideal e inteiramente sobreposta ao texto e à realidade constitucional, que ignora ou substitui. Mas já perdem o seu peso se a “ordem” dos valores for *pluralista* – aí se reconhece que não há um princípio único redutor, sem resto, de todo o espaço de valor



constitucionalmente protegido –, *aberta* – admite mudanças de sentido e é capaz de uma legitimação prospectiva –, não hierárquica – *não discrimina* em abstracto estes ou aqueles valores constitucionais, subalternando-os ou inferiorizando-os em relação a outros –, *e positiva* – os princípios que constituem essa unidade têm sempre de poder referir-se, designadamente quando não estejam expressos no texto constitucional ou não lhe sejam imanentes, a um consenso real objectivamente determinável, à consciência jurídica da comunidade.

Por sua vez, também não se pode acusar esta concepção de dissolver a normatividade jurídico-constitucional nos factos, reconduzindo o direito constitucional à vontade política circunstancial ou ao arbítrio dos (juízes) aplicadores da Constituição.

A cultura implica também uma ideia de *positividade social* e o texto é um limite que só em casos (excepcionais) de “ilegitimidade” pode ser ultrapassado: quando estejam em causa princípios directamente decorrentes da Ideia de Direito, ou quando a prática social demonstre inequivocamente a convicção jurídica geral do carácter obsoleto ou ilegítimo do programa normativo escrito.

Em nosso entender, uma concepção cultural da Constituição material representa o equilíbrio necessário ao desenvolvimento natural e estável da vida política, porque reconhece ao texto constitucional um papel mediador e estabilizador do sistema político, mas funda e integra as respectivas normas num conjunto de valores profundos enraizados na comunidade (que assegura a sua validade) e confere-lhes a flexibilidade necessária para manterem a sua intenção e a sua força normativas ao longo dos tempos de acordo com as novas situações e realidades que vão surgindo.

b) Constituição e realidade constitucional

As relações entre a Constituição e a realidade constitucional representam, como vimos, um aspecto do problema do ser da Constituição. Como problema específico, trata-se de saber qual o papel jurídico-constitucional que cabe aos factos, à vida constitucional efectiva.

O problema encontra uma solução relativamente simples, porque extrema, nas concepções de LASSALE ou de KELSEN, considerando o primeiro que é na realidade política que se define a *Constituição real do Estado*, reduzindo o segundo a Constituição aos *textos constitucionais* e remetendo as manifestações reais para o plano da política ou da sociologia.

A generalidade da doutrina, porém, procura o terceiro caminho e inclui nas suas preocupações jurídicas a questão da eficácia concreta das normas constitucionais, prolongando a sua atenção para o momento da aplicação do direito, entendido agora como o problema. Neste contexto, tenta dar solução ao *equilíbrio*, considerado necessário, *entre a força normativa da Constituição e a sua abertura à realidade sociológico-política*.



De facto, a Constituição justifica-se e define-se pelas tarefas que cumpre – isto é, pela construção real da unidade do Estado e pela ordenação jurídica da comunidade –, e manifesta-se numa pretensão de estabilidade – visa cumprir essas tarefas continuamente e por tempo indeterminado. O jurista não pode, por isso, ignorar pura e simplesmente a realidade constitucional, encerrar-se com os seus textos numa torre de marfim e limitar-se, em resposta aos movimentos da realidade não previstos ou incompatíveis com esses textos, a declarar a Constituição em situação jurídica difícil, em crise.

O jurista tem de pôr o problema de relevância jurídica da realidade constitucional e de o resolver. E não precisa, para isso, de abandonar o seu método e a sua ciência. Não precisa de repudiar a teoria do direito constitucional para se dedicar a uma teoria da constituição, porque direito constitucional e constituição jurídica são uma e a mesma coisa.

Em primeiro lugar, deparamos com o problema *teórico* das relações entre as normas constitucionais e os factos e situações objecto de regulamentação. Este problema aparece-nos sobre três perspectivas, realçando os diversos aspectos relevantes para a compreensão do próprio conceito de Constituição.

Desde logo, põe-se a questão da intensidade e da extensão das normas constitucionais. A constituição deverá pretender fornecer soluções completas e perfeitas para todos os domínios da actividade política e jurídica da comunidade ou deverá ser considerada como um quadro normativo aberto que não pretende conter uma regulamentação exaustiva das situações ou dos factos políticos e jurídicos, mas apenas definir certos limites e impor um conjunto de ideias ou princípios ordenadores?

Esta questão da *medida constitucional* não pode ser resolvida de forma absoluta, porque esta medida não existe em concreto. No entanto, constitui um problema que pode ser encarado sob dois aspectos fundamentais.

Por um lado, uma constituição actual não poderá limitar-se à organização do poder político e à consagração das liberdades dos cidadãos. O Estado não tem como único valor a liberdade, não pode deixar, por isso, a sociedade entregue ao livre jogo das forças colectivas ou individuais. O Estado tem, pelo menos, de garantir em termos efectivos e na medida do possível, a igual dignidade de todos os indivíduos, tem de conformar a sociedade, corrigindo as injustiças, protegendo os mais fracos e os mais desfavorecidos, criando as condições para uma real igualdade de oportunidades entre todas as pessoas que formam a comunidade. O *Princípio da Sociedade* exige, portanto, desde logo, à Constituição um conteúdo mínimo regulador mais vasto do que o que lhe era reconhecido na sociedade liberal.

Isso não significa, no entanto, que não haja problemas no crescimento da Constituição e que todas as críticas ao excesso constitucional sejam conspirações do liberalismo. Esta não deve ser totalitária nem pretender espartilhar completamente



o movimento da sociedade política. Tem de encontrar um equilíbrio feito à medida das necessidades do tempo, equilíbrio que lhe permita cumprir as suas tarefas fundamentais.

Por outro lado, deverá talvez distinguir-se aqui entre as normas organizatórias (e processuais) e as “normas de acção”. Enquanto organização limitadora do poder, a Constituição pode e deve ser mais completa e, nesse sentido, mais conservadora e estável. Mostra a experiência histórica que a definição do quadro organizatório e do processo de tomada de decisões tem de ser clara e concreta, para que os fenómenos do poder sejam domesticados e a actuação do aparelho estadual transparente. Já uma excessiva carga “material” da Constituição será prejudicial e até contraproducente, por dificultar a aderência das opções constitucionais à realidade política.

Mas se a Constituição deve deixar espaços não regulados ao devir político, abandonando a pretensão de uma plenitude lógica de um sistema fechado, deve então também, naquilo que regula, ser feita e interpretada como *Constituição aberta*.

O texto da Constituição e o seu conteúdo podem ser encarados como verdades, como dogmas de interpretação única e autêntica ou, pelo contrário, como fórmulas lapidares que são capazes, dentro de certos limites, de suportar vários sentidos (um texto polisenso). A maior ou menor carga *ideológica* da Constituição, por exemplo, tornará a Constituição mais ou menos aberta à evolução das ideias, das forças e dos interesses na comunidade.

Também aqui a solução não está em optar-se entre a irrelevância da realidade constitucional ou a força normativa (conformadora) do texto constitucional. A afirmação da força normativa da Constituição não é melhor garantida pela ignorância da realidade, pelo contrário, o direito constitucional só é eficaz se conseguir regular a vida política concreta.

Para isso, é necessário que a Constituição não se feche numa linguagem ideológica ou, pelo menos, que seja interpretada em termos de permitir um consenso na sua aplicação efectiva.

Intimamente ligada às duas anteriores, está a questão da dinâmica constitucional ou, de outra maneira, da *dimensão temporal* da Constituição.

Evidentemente, os textos podem a qualquer momento ser modificados pela reafirmação do poder constituinte. O golpe de Estado, a revolução, nas suas variadas formas, são meios de conseguir as alterações que se tornem indispensáveis. Contudo, as constituições têm sempre uma pretensão de permanência, tendo em conta que as rupturas constitucionais não são saudáveis para o corpo político e não podem ser encaradas como processo normal de resolução dos conflitos jurídico-constitucionais.

Mas, sendo assim, a Constituição adquire, ela própria, uma dimensão temporal ou, como diz BÄUMLIN, o tempo torna-se uma categoria da estrutura interna do Estado e do Direito. Concretamente, isso significa que a Constituição tem de ser também aberta ao tempo e não pode representar a imposição da vontade de uma



geração às gerações seguintes, quer se reconheça num conservadorismo tradicional, quer se afirme como vanguardismo progressista.

Mas, como a Constituição não pode prescindir da sua função normativa e reguladora, torna-se necessário, uma vez mais, encontrar um ponto de equilíbrio entre a norma e a realidade, agora vistas na sua projecção temporal.

Por um lado, aceita-se e torna-se até em certo sentido obrigatório que, sem prejuízo dos seus traços essenciais, o texto constitucional possa ser objecto de revisão, de alterações (princípio da revisibilidade). Por outro lado, admite-se ainda, dentro da abertura do texto, as modificações na compreensão do sentido das normas (fala-se então de mutações ou transições constitucionais ou de “pós-entendimento” das normas).

O problema da realidade constitucional põe-se, depois, mais concretamente, com a questão da *relevância jurídica* efectiva dos factos constitucionais. E, neste plano, o problema deve, quanto a nós, ser visto a partir da ideia da Constituição que, enquanto estatuto jurídico fundamental da comunidade política, tem como tarefa a construção da unidade política de uma comunidade plural.

A Constituição deve aspirar a tornar-se realidade, no sentido do que cumpre tanto melhor as suas tarefas quanto mais eficazes forem os seus preceitos. E a sua eficácia é máxima quando, sem prejuízo da sua força conformadora essencial, corresponde à realidade sociológica no momento da sua feitura e é capaz de se adaptar à evolução social e política – quando é uma *Constituição normativa* (LOEWENSTEIN).

Tentámos mostrar na alínea anterior que a Constituição (material) não é apenas um conjunto de valores textuais e mergulha as suas raízes em valores culturais aceites na comunidade. Vemos agora que a Constituição é, ainda, um conjunto de normas que se vão fazendo, um texto que vai sendo compreendido e concretizado no momento da sua aplicação – nesse sentido aparece, mesmo, por exemplo, a concepção de MÜLLER que elabora um conceito de norma constitucional onde distingue o programa normativo da “esfera normativa” integrando, desse modo, a realidade constitucional na norma. Nesse sentido, parece-nos que o problema deve ser fundamentalmente posto, não ao nível das relações entre a Constituição (material) e a realidade constitucional, mas, sobretudo, como problema das relações entre o texto e a realidade, já que esta participa também de certa maneira da Constituição normativa.

O conceito de realidade constitucional, que nem sempre aparece entendido nos mesmos termos, significa, para nós, todo o conjunto de factos e situações do mundo político refervéis ao estatuto jurídico fundamental da comunidade.

Nesse sentido, a realidade constitucional revela-se não apenas nos factos políticos, económicos, sociais, militares, espirituais, que exprimem directamente as relações de força na comunidade, mas também e, por vezes, fundamentalmente, nas



manifestações legislativas ordinárias, nos actos de direcção política, nas sentenças sobre matéria constitucional, isto é, nas actuações do aparelho estadual que revelem a correlação dessas forças.

A relevância jurídica da realidade constitucional, assim entendida, coloca, portanto, uma série de problemas a que o jurista tem de dar resposta.

Por um lado, no âmbito da determinação das fontes (formais) de direito constitucional, saber se a lei ordinária, o costume e a jurisprudência podem ser fontes de direito constitucional.

Por outro lado, no contexto da interpretação e aplicação da constituição: saber qual o papel que cabe à realidade constitucional na determinação do sentido normativo da Constituição, quer na medida em que contribui para a interpretação das normas escritas, quer enquanto estabelece situações efectivas para além do próprio texto.

A estes problemas será dada resposta adiante no capítulo referente à Constituição como fonte de direito, podendo, no entanto, desde já dizer-se, de acordo com as considerações anteriores, que essa relevância tem naturalmente um carácter limitado sob o aspecto formal, mas que representa em termos reais, mesmo num sistema de constituição rígida, uma parte importante da vida normativa constitucional.

4. Por último, a realidade constitucional pode ainda ser vista como *limite* à Constituição jurídica. Considera-se então um aspecto específico, mas particularmente importante da vida constitucional: o das relações entre o Direito e a Política. Não, é claro, como a preocupação da definição teórica e abstracta de dois mundos de espírito, mas para a compreensão do sentido do juízo decisório de fiscalização da conformidade com a Constituição dos actos de aplicação respectivos.

A consideração das consequências políticas inerentes às decisões de inconstitucionalidade pode, pelo menos em determinados momentos e numa certa visão das coisas, significar que a Constituição jurídica vale apenas sob reserva de possibilidade política. Não talvez enquanto signifique o reconhecimento da *medida* constitucional e, portanto, correspondente *contenção* do órgão fiscalizador, mas porventura quando é inequívoca a intenção normativa e clara a valoração esperada.

CAPÍTULO V – O PODER CONSTITUINTE

1. Teoria do Poder constituinte

* O momento “decisionista” da Constituição

A Constituição pode ser vista como um acto de poder (uma decisão) que



afirma a vontade colectiva de construção de um Estado e a assunção de um projecto de futuro para a comunidade, caracterizando-a em modelos de organização e ordenação políticas.

Em sentido amplo, o acto constituinte corresponde à afirmação da existência (criação ou confirmação) de um Estado que tem efeitos internos e internacionais e exprime o poder de autodeterminação e independência de um povo.

Em sentido estrito, o acto constituinte significa a elaboração de um estatuto escrito que define e regula os aspectos essenciais da comunidade política – a Constituição escrita.

Este poder representa o exercício primário da soberania e dá pelo nome de *poder constituinte*.

a) A Teoria Clássica

Distinção entre o “poder constituinte” e os “poderes constituídos” em SIEYÉS como afirmação da *supremacia* da Nação (mesmo) sobre os seus corpos representativos e a consequente *garantia* da limitação e vinculação dos poderes dos representantes.

O poder constituinte (originário) como poder de elaboração *ex novo* de uma Constituição escrita por contraposição ao poder constituinte derivado (poder de revisão, de alteração do texto constitucional; o poder de revisão como “paródia” do poder constituído – consagrado – no texto constitucional e, portanto, limitado por esse mesmo texto – remissão para o capítulo da Revisão da Constituição).

As características do poder constituinte em SIEYÉS: trata-se de um *poder inesgotável* (“Qu’elle que soit sa volonté, ele ne peut pas perdre le droit de la changer dès que sont intérêt l’exige”) e *formalmente onnipotente* (“De quelque manière qu’une nation veuille, il suffit qu’elle veuille”). Assim, antes do poder constituinte não há, nem de facto nem de direito qualquer outro poder que se lhe sobreponha, só a ele cabe dizer quando e como se deve dotar um Estado de uma Constituição e não tem qualquer limitação de ordem formal.

b) Os limites materiais ao poder constituinte

Além dos limites “naturais” ou “políticos” constituídos pelos condicionamentos económicos, sociais e políticos decorrentes da situação geográfica e histórica da comunidade (*limites horizontais*), podem referir-se limites jurídicos (*limites verticais*) ao poder constituinte cuja violação implica a invalidade dos preceitos constitucionais. Nesses limites superiores inscrevem-se, sem dúvida, os *princípios jurídicos fundamentais* que, enraizados na consciência ético-jurídica da comunidade, decorrem directa e imediatamente da Ideia de Direito e são pressuposto da validade material (obrigatoriedade) de toda a ordem jurídica. (exs. Princípios da proibição do arbítrio e da incriminação retroactiva e, em geral, todos os que impõem o respeito pela

dignidade da pessoa humana). Eventualmente, no âmbito da nossa cultura, também é limite ao poder constituinte a necessidade de observância do *postulado democrático*.

O que defendemos aqui é a *validade ou legitimidade jurídica* dos preceitos constitucionais e não a mera “*legitimidade*” (*sociológico-política*) a que se refere GOMES CANOTILHO. Desta posição deriva, pois, a aceitação da categoria de *normas constitucionais inconstitucionais* e da relevância autónoma dos princípios jurídicos fundamentais como fonte de Direito Constitucional.

Fala-se ainda de *limites inferiores*, que impediriam o poder constituinte de alargar o âmbito da Constituição formal a toda e qualquer matéria em obediência ao *princípio da essencialidade* (ou da reserva da matéria constitucional). Contudo, só em casos extremos será possível determinar um limite jurídico deste tipo e, então, é porque o excesso é tal que, não deixando praticamente autonomia para o legislador ordinário, põe em causa o próprio postulado democrático.

Por ultimo, poderá perguntar-se se, tendo em conta o actual desenvolvimento da sociedade internacional e o princípio da “*international concern*”, não será pensável encarar certos princípios gerais de direito comum às nações civilizadas como “*jus cogens*” mesmo em face do legislador constituinte. O problema não parece, contudo, ter para o nosso tema grande importância prática porque esses princípios serão também, naturalmente, princípios jurídicos fundamentais.

Resta dizer que estes limites constituem afinal uma vinculação mínima que deixa ao poder constituinte um largo espaço de autonomia para determinar o conteúdo constitucional.

c) A natureza jurídica do poder constituinte

O carácter jurídico do poder constituinte, comprovado na aceitação de limites materiais, põe o problema das relações entre a Revolução e o Direito.

Numa perspectiva positivista em que há uma identidade e confusão entre o conceito de Direito e de lei escrita, o poder constituinte é encarado como um mero facto. Na verdade, os movimentos revolucionários – que constituem o *impulso constituinte* –, não se realizam de acordo com princípios ou regras constitucionais. Eles processam-se à margem do direito positivo, operando-se uma ruptura com todo o direito legislado que, no momento da eclosão da própria revolução estaria em vigor, razão pela qual o poder constituinte iria acabar por cair nas mãos do mais forte e, daí, ele ter que ser encarado como um puro facto (reclamando legitimidade à luz do processo revolucionário, mais não sendo portador de legalidade). De acordo com esta visão positivista, o poder constituinte é que ir-se-á encarregar de construir as bases (jurídicas) do novo direito positivo.

Mas a revolução sendo um facto anti-legal não pode ser encarada como um facto anti-jurídico. Na verdade, o processo revolucionário, processando-se contra ou à margem do direito positivado, não deixa de reclamar legitimidade à luz de



uma nova Ideia de Direito que pretende plasmar na comunidade e que nesta encontra o seu sentido. Assim, numa perspectiva não-positivista, em que não se reduz o direito às normas escritas, compreende-se o carácter jurídico do poder constituinte e aceita-se essa natureza tendo em conta que hoje, no nosso mundo cultural a Revolução mantém sempre algo e exprime muito do que já existe latente – o político tem também uma dimensão valorativa e a mudança revolucionária visa conseguir um fim justo, provocando normalmente uma alteração nas posições relativas dos valores existentes, mas sem prejuízo da continuidade concreta da comunidade (da sua identidade cultural).

2. Titularidade do poder constituinte

Sendo a elaboração da constituição o “primeiro” acto de exercício da soberania de uma comunidade política, indagar da titularidade do poder constituinte é indagar da titularidade do poder de soberania.

Assim:

a) Teorias contratualistas (Idade Média) – o povo transfere o seu poder para o imperador (*pactum* entre o povo e o soberano que oscilava entre a figura da *translatio* e a da *concessio*) ou, numa outra versão, o poder do monarca fundava-se numa origem divina (o rei como titular do poder por graça de Deus).

b) Teorias democráticas:

- a teoria da soberania nacional – o poder de soberania reside na Nação, como complexo indivisível

- a teoria da soberania popular – a soberania pertence a todos os componentes do povo, tendo cada cidadão uma parcela de soberania (ROUSSEAU)

c) Teoria do Estado – o Estado possui o povo e como tal é aquele que é soberano.

d) Teoria da soberania popular e constituição real.

Tendo em conta as diversas concepções acerca da titularidade do poder de soberania (constituinte) podemos, assim, encontrar a seguinte classificação:

* O poder constituinte monárquico ou autocrático – as cartas outorgadas e as constituições autoritárias;

* O poder constituinte democrático – a soberania popular, a soberania nacional e a soberania do povo-eleitorado;

* O poder constituinte dual – a Constituição de 1976 e o Pacto MFA-Partidos que condicionou o articulado referente á organização do poder político.

3. As formas do procedimento constituinte

Os processos (procedimentos) de elaboração dos textos constitucionais podem ser classificados em:

a) procedimentos monárquicos – as constituições outorgadas (elaboradas pelo monarca que num gesto de bondade aceita submeter-se ao seu texto, doando-a aos seus súbditos – a Carta Constitucional de 1826) e as constituições pactuadas (elaboradas pelo monarca e povo – a Constituição de 1838).

b) procedimentos democráticos – o procedimento representativo (o povo elege uma Assembleia Constituinte com plenos poderes soberanos para elaborar e aprovar o texto constitucional) o procedimento directo (em que o povo, através do plebiscito aprova o texto constitucional) e o procedimento misto (o povo elege um conjunto de representantes que elaboram um texto que será referendado por aquele).

A legitimidade do referendo como processo democrático não pode ser validamente contestada, em especial no que toca ao *referendo ratificativo*. Importa, sim, garanti-lo contra as manipulações que lhe alteram o sentido, assegurando o livre debate político em torno das questões colocadas e regulamentando a sua convocação de modo a evitar, por exemplo, que dependa da vontade de um único órgão e que possa assim ser utilizado como instrumento de poder pessoal.

É certo que o recurso ao referendo traz consigo o perigo da simplificação e distorção da vida política que, hoje, sobretudo nas sociedades fortemente conflituais e divididas, se baseia em equilíbrios difíceis e complexos – e é por essa razão um instrumento delicado que deve ser utilizado com prudência. Todavia, além de nada autorizar a negar-lhe carácter democrático, a sua oportunidade e necessidade política são, por vezes, manifestas, precisamente nas sociedades conflituais de hoje para resolver impasses institucionais ou para contrabalançar o peso excessivo da estrutura política.



**ESTUDOS DE MESTRADO
E LICENCIATURA**
