MANUAL
DE
DIREITO CONSTITUCIONAL

TOMO 11

11
DO AUTOR

I - Livros e monografias

- Contributo para uma teoria da inconstitucionalidade, Lisboa, 1968;
- Poder paternal e assistência social, Lisboa, 1969;
-Notas Para uma introdução ao Direito Constitucional Comparado, Lisboa, 1970;
- Chefe do Estado, Coimbra, 1970;
- Conselho de Estado, Coimbra, I ~70;
- Decreto, Coimbra, 1974;
-Deputado, Coimbra, 1974;
-A Revolução de 25 de Abril e o Direito Constitucional, Lisboa, 1975;
-A Constituição de 1976 - Formação, estrutura, princípios fundamentais, Lisboa, 1978;
-Manual de Direito Constitucional, 1.' tomo, 4 edições, Coimbra, 198 1, 1982, 1985 e 1990; 2.' tomo, 3 edições, Coimbra, 1981, 1983 e 1991; 3.' tomo, 3 edições, Coimbra, 1983, 1987 e 1994, reimp. 1996; 4.' tomo, 2 edições, Coimbra, 1988 e 1993;
- As associações públicas no Direito português, Lisboa, 1985;
- Relatório com o programa, o conteúdo e os métodos do ensino de Direitos Fundamentais, Lisboa, 1986;
- Estudos de Direito Eleitoral, Lisboa, 1995;
- Escritos vários sobre a Universidade, Lisboa, 1995.

Il - Lições policopiadas

- Funções, órgãos e Actos do Estado, Lisboa, 1990;
- Ciência Política - Formas de Governo, Lisboa, 1992;
- Direito Internacional Público - i, Lisboa, 1995.

III - Principais artigos

- Relevância da agricultura no Direito Constitucional Português, in Rivista di Diritto Agrario, 1965, e in Scientia Iuridica, 1966;
- Notas para um conceito de assistência social, in Informação Social, 1968;
- Colégio eleitoral, in Dicionário Jurídico da Administração Pública, li, 1969;
-A igualdade de sufrágio político da mulher, in Scientia Iuridica, 1970;
-Liberdade de reunião, in Scientia Iuridica, 197 1;
- Sobre a noção de povo em Direito Constitucional, in Estudos de Direito Público em honra do Professor Marcello Caetano, Lisboa, 1973;
- Inviolabilidade do domicílio, in Revista de Direito e Estudos Sociais, 1974,
- Inconstitucionalidade por omissão, in Estudos sobre a Constituição, i,* Lisboa, 1977;
- 0 Direito eleitoral na Constituição, in Estudos sobre a Constituição, II, 1978;

Aspects institutionnels de l'adhésion du Portugal à Ia Communauté Economique Européenne, in Une Communauté à Douze? L'Impact du Nouvel Élargissement sur les Communautés Européennes, Bruges, 1978; 0 regime dos direitos, liberdades e garantias, in Estudos sobre a Constituição, iii, Lisboa, 1979;
ratificação no Direito Constitucional Português, in Estudos sobre a Constituição, til, Lisboa, 1979;
Os Ministros da República para as Regiões Autónomas, in Direito e

Justiça, 1980;
posição constitucional do Primeiro-Ministro, in Boletim do Ministério da Justiça, n.' 334;
-As actuais normas constitucionais e o Direito Internacional, in Nação e Defesa, 1985;
-Autorizações legislativas, in Revista de Direito Público, 1986;
Églises et État au Portugal, in Conscience et liberté, 1986;

Propriedade e Constituição (a propósito da lei da propriedade da farmácia), in 0 Direito, 1974-1987;
A Administração Pública nas Constituições Portuguesas, in 0 Direito, 1988; Tratados de delimitação de fronteiras e Constituição de 1933, in Estado e Direito, 1989;
0 programa do Governo, in Dicionário Jurídico da A&ninistração Pública, 1994.

IV - Colectâneas de textos

-Anteriores Constituições Portuguesas, Lisboa, 1975; - Constituições de Diversos Países, 3 edições, Lisboa, 1975, 1979 e 1986- 1987; -As Constituições Portuguesas, 3 edições, Lisboa, 1976, 1984 e 1991; - A Declaração Universal e os Pactos Internacionais de Direitos do Homem, Lisboa, 1977; - Fontes e trabalhos preparatórios da Constituição, Lisboa, 1978; - Direitos do Homem, 2 edições, Lisboa, 1979 e 1989; - Textos Históricos do Direito Constitucional, 2 edições, Lisboa, 1980 e 1990; -Normas Complementares da Constituição, 2 edições, Lisboa, 1990 e 1992.

V - Obras políticas

- Um projecto de Constituição, Braga, 1975; - Constituição e Democracia, Lisboa, 1976; - Um projecto de revisão constitucional, Coimbra, 1980; -Revisão Constitucional e Democracia, Lisboa, 1983; - Anteprojecto de Constituição da República de São Tomé e Príncipe, 1990; - Um anteprojecto de proposta de lei do regime do referendo, in Revista da Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa, 1991; - Ideias para uma revisão constitucional em 1996, Lisboa, 1996.
JORGE MIRANDA

Professor Catedrático das Faculdades de Direito
da Universidade de Lisboa e da Universidade Catõiica Portuguesa

MANUAL
DE
DIREITO CONSTITUCIONAL

TOMO 11

CONSTITUIÇÃO E INCONSTITUCIONALIDADE

3.11 EDIÇÃO

(REIMPRESSÃO)

Nenhuma parte desta publimção pode ser mprc>duzida por qualquer processo electrónico, mecánico ou
fotográfico. incluindo fotocópia, xc=ópia ou gravação, sem autorização prévia do editor. Exceptua-se COIMBRA EDITORA
a transcrição de cunw passagens para efeitos de apresentação, crítica ou discussão das ideias e opiniões
contidas no livro, Esta excepção não pode, porém, ser interpretada como permitirbdo a transcrição de
textos em recolhas antológicas ou similares, da qual possa resultar prejuízo para o interesse pela obra. 1996
Os infractores são passíveis de procedimento judicid.
PARTE II

CONSTITUIÇÃO E INCONSTITUCIONALIDADE
1
TITULO I
A CONSTITUIÇÃO COMO FENÓMENO JURIDICO

CAPITULO I
Sentido da Constituição

§ 1.o
Noções básicas sobre Constituição

1. Os dados de partida

I-Do excurso histórico e comparativo sobre a formação e a evolução do Estado e sobre os sistemas político-constitucionais (1) ext.raem-se os seguintes dados: a) Qualquer Estado, seja qual for o tipo histórico a que se reconduza, requer ou envolve institucionalização jurídica do poder; em qualquer Estado podem recortar-se normas fundamentais em que assenta todo o seu ordenamento. b) Todavia, somente desde o século xviii (2) se encara a Constituição como um conjunto de regras jurídicas definidoras das relações (ou da totalidade das relações) do poder político, do estatuto de govemantes e de governados; e é esse o alcance inovador

Composição e impressão do constitucionahsmo moderno.
oimbra Editora, Limitada c) No século xx, a Constituição, sem deixar de regiúar tão

ISBN 972-32-0419-3 (obra completa)
ISBN 972-32-0473-8 - Tomo 11, 3.a ed. V. vol. i deste Manual, 4.a ed., 1990.

Sem embargo de antecedentes ou sinais precursores isolados ou

Depósito Ugal n.o 98 173196 semconsequências decisivas.

exaustivamente como no século xix a vida política, ao mesmo tempo que se universaliza, perde a referência necessária ao conteúdo liberal; e nela parecem caber quaisquer conteúdos.

d) Daí que, nesta centúria, tanto possa adoptar-se uma postura pessimista e negativa sobre a operacionalidade do conceito ~) quanto uma postura crítica e reformuladora, emprestando-lhe neutralidade (como julgamos preferível) ou então, porventura, fragmentando-o em tantos conceitos quantos os tipos constitucionais existentes.

e) Apesar disso, entenda-se neutro ou plural o conceito, sobrevivem alguns dos princípios habitualmente associados ao Estado de Direito ou a consciência da sua necessidade; e, nos últimos anos, têm eles vindo a prevalecer, em eventos de não poucas implicações no destino jurídico-político dos povos.

J) A Constituição, tal como surge no século xviii, não se afirma apenas pelo objecto e pela função; afirma-se também - ao invés do que sucedera antes - pela força jurídica específica e pela forma; a função que desempenha determina (ou determina quase sempre) uma forma própria, embora variável consoante os tipos constitucionais e os regimes políticos.

Il - A observação mostra outrossim duas atitudes básicas perante o fenômeno constitucional: uma atitude cognoscitiva e uma atitude voluntarista. Perante a Constituição pode assumir-se uma posiçao passiva (ou aparentemente passiva) de mera descrição ou reprodução de determinada estrutura jurídico-política; ou pode assumir-se uma posição activa de criação de normas jurídicas e, através dela, de transformação das condições políticas e sociais (2).

A atitude cognoscitiva é a adoptada pelos juristas no tempo das Leis Fundamentais do Estado estamentaj e do Estado absoluto. Encontra-se subjacente à Constituição britânica, com a sua carga consuetudinária. Manifesta-se também, em larga medida, na

Constituição dos Estados Unidos.

(1) Cfr. os autores citados no vol. i, pág. 93.

(2) Cfr., entre nós, ANTONIO JOSÉ BRANDÃO, Sobro o conceito de Constituição Política, Iásboa, 1944, maxime, págs. 95 e segs.; AURCELLO CAETANO, Direito Constitucional, i, Rio de janeiro, 1977, págs. 391 e segs.

Parte II - Constituição e Inconstitucionalidade 9

A atitude voluntarista emerge com a Revolução francesa e está presente em correntes filosófico-jurídicas e ideológicas bem contraditórias. 0 jusracionalismo, se pretende descobrir o Direito (e um Direito válido para todos os povos) com recurso à razão, não menos encerra uma intenção reconst.rutiva: é uma nova organização colectiva que visa estabelecer em substituição da ordem anterior. Por seu turno, as correntes historicistas conservadoras, ao reagirem contra as Constituições liberais revolucionárias, em nome da tradição, da legitimidade ou do espírito do povo, lutam por um regresso ou por uma restauração só possíveis com uma acção política directa_e positiva sobre o meio social. Mas é nas Constituições do presente século que uma atitude voluntarista se projecta mais vincadamente, atingindo o ponto máximo nas decisões revolucionárias ou pós-revolucionárias apostadas no refazer de toda a ordem social (1).

(1) Para uma introdução histórica geral ao conceito de Constituição, v., entre tantos, JELLINEK, Allgemeine Staatslehre (1900), trad. Teoria General dei Estado, Buenos Aires, 1954, págs. 199 e segs.; SANTI ROMANO, Le prime carta costituzionali (1907), in Scritti Minori, i, Milão, 1950, págs. 259 e segs.; M. HAURIOU, Précis de Droit Constitutionnel, 2.a ed., Paris, 1929, págs. 242 e segs.; C. SCHMITT, Verfassungslehre (1927), trad. Teoria de Ia Constituci6n, Madrid e México, 1934 e 1966, págs. 45 e segs.; CHARLES HOWARD MC ILWAIN, Co-nstitutionalism Ancient and Modern, Nova Iorque, 1947; CARL J. FRIEDERICH, Constitutional Governement and Democracy, trad. La Ddmocratie Constit-utionelle, Paris, 1958, págs. 64 e segs.; CARLO GHISALBERTI, COStitUZiOMe (premossa storica), in Enciclopedia dei Diritto, xi, 1962, págs. 136 e segs.; KARL LOEWENSTEIN, Verfassungskltre, trad. Teoria de ta Constituci6n, Barcelona, 1964, págs. 149 e segs.; G. BURDEAU, Traité de Science Politique, 2.a ed., iv, Paris, 1969, págs. 21 e segs. e 45 e segs.; FRANcisco LUCAS PIRES, 0 Problema da Constituição, Coimbra, 1970, págs. 27 e segs.; PABLO LUCAS VERDU, Curso de Derecho Politico, ii, Madrid, 1974, págs. 409 e segs.; GRAHAM SUDDox, A Note om the Meaning of Constitution, in American Political Science Review, 1982, págs. 805 e segs.; NELSON SALDANHA, Formação da Teoria Constitucional, Rio de janeiro, 1983; PAUL BASTID, L'Idée de Constitution, Paris, 1985, págs. 9 e segs. e 39 e segs.; GomEs CANOTILHO, Direito Constitucional, 4.a ed., Coimbra, 1986, págs. 55 e segs.; ROBERTO NANIA, Il valore della Costituzione, Milão, 1986, págs. 5 e segs.; OLIVEIRA BARACHO, Teoria Geral do Constitucio-nalismo, in Revista de Informação Legislativa, julho-Setembro de 1986, págs. 5 e segs.; KLAus STERN, Derecho dei Estado de Ia Republica Federal Alemana, trad. cast., Madrid, 1987, págs. 181 e segs.; MANOEL GONÇALVES FERREIRA FILHO,

III - Porque a Constituição é Direito e Direito que tem por objecto o Estado, não há teoria da Constituição cindível da concepção de Direito e de Estado que se perfilhe.

São muito diferentes as preocupações e as linhas de força da doutrina do constitucionalismo oitocentista e as da doutrina constitucional do século xx. Assim como são diversos os corolários (ou peculiares as contribuições) para a construção dogmática das grandes escolas do pensamento jurídico que, entretanto, se sucedem - desde o jusnaturahsmo üuminista e o positivismo à escola histórica, ao marxismo, ao decisionismo, ao institucionalismo, etc.

Não quer dizer isto, no entanto, que, ao nível da compreensão Imediata da experiência e da sua tradução conceitual não se depare suficiente aproximação para se avançar, desde já, no caminho das noções basicas da Constituição e da formulação de grandes esquemas classificatórios, bem como da sua aplicação ao Direito português actual.

2. A perspectiva material e a perspectiva formal sobre a Constituição

I - Há duas perspectivas por que pode ser considerada a Constituição: uma perspectiva material-em que se atende ao seu objecto, ao seu conteúdo ou à sua funçao; e uma perspectiva formal - em que se atende à posição das normas constitucionais em face das demais normas jurídicas e ao modo como se articulam e se recortam no plano sistemático do ordenamento jurídico.

A estas perspectivas vão corresponder diferentes sentidos, não isolados, mas interdependentes.

II - De uma perspectiva material, a Constituição consiste no estatuto jurídico do Estado ou, doutro prisma, no estatuto jurídico do político (1); estrutura o Estado e o Direito do Estado.

F-stado de Direito o Constituição, São Paulo, 1988, págs. 70 e segs. e 83 e segs.; PAULO FF-RREIRA DA CUNHA, Mito e constitucionalismo, Coimbra, 1990, págs. 101 e segs.

(1) Cfr. CASTANHEIRA NEvEs, A Revolução e o Direito, Coimbra, 1976, pág. 229, ou GomEs CANOTILHO, Op. Cit., pág. 16.

A ela corresponde um poder constituinte material como poder do Estado de se dotar de tal estatuto, como poder de auto-organização e auto-regulação do Estado. E este poder é, por definição, um poder originário, expressão da soberania do Estado na ordem interna ou perante o seu próprio ordenamento (1).

Tendo em atenção, contudo, as variações históricas registadas, justifica-se enumerar sucessivamente uma acepção ampla, uma acepção restrita e uma média.

A acepção ampla encontra-se presente em qualquer Estado, a restrita liga-se à Constituição definida em termos liberais, tal como surge na época moderna; o sentido médio é o resultante da evolução ocorrida no século xx, separando-se o conceito de qualquer direcção normativa pré-sugerida.

Para salientar mais claramente as diferenças entre a situação antes e após o advento do constitucionalismo, pode reservar-se o termo Constituição institucional para a Constituiçao no Primeiro período e o termo Constituição material para a Constituição no segundo período; Constituição institucional ali, porque identificada com a necessária institucionalização jurídica do poder, Constituição material aqui, porque de conteúdo desenvolvido e reforçado e susceptível de ser trabalhado e aplicado pela jurisprudência.

Como hoje a Constituição material comporta (ou dir-se-ia comportar) qualquer conteúdo, torna-se possível tomá-la cono o ceme dos princípios materiais adoptados por cada Estado ern cada fase da sua história, à luz da ideia de Direito, dos valores e,-das grandes opções políticas que nele dominem. Ou seja: a Constituição em sentido material concretiza-se em tantas Cons tituições materiais quanto os regimes vigentes no mesnio país ao longo dos tempos ou em diversos países ao mesmo tenipo. E são importantíssimas, em múltiplos aspect * os, as implicações desta noção de Constituição material conexa com a de forma Política.

III -A perspectiva formal vem a ser a de disposição das normas constitucionais ou do seu sistema diante das demais riorrnas ou do ordenamento jurídico em geral. Através dela, chega-se à

(1) V. vol. rir deste Manual, 2.a ed., 1987.

Constituição em sentido formal como complexo de normas formalmente qualificadas de constitucionais e revestidas de força jurídica superior à de quaisquer outras normas.

A esta perspectiva corresponde, por seu turno, um Poder constituinte formal como faculdade do Estado de atribuir tal forma e tal força jurídica a certas normas, como poder de erigir uma Constituição material em Constituição formal.

0 conceito formal pressupõe uma especificação de certas normas no contexto da ordem jurídica; significa que a Constituição deve ser entendida com um sistema normativo merecedor de relat.iva autonomia; acarreta uma consideração hierárquica ou estruturada da ordem jurídica, ainda quando dela se não retirem todas as consequências.

Por vezes, nas normas formalmente constitucionais, ocorre uma distinção: entre as que o são primariamente, directa e imediatamente obra daquele poder; e outras, anteriores ou posteriores, pertencentes ao mesmo ordenamento jurídico ou, porventura, provenientes de outro ordenamento, as quais das primeiras recebem também força de normas constitucionais e que, por conseguinte, são por elas recebidas nessa qualidade. E poder-se-á então falar em Constituição formal nuclear e em Constituição formal complementar para descrever a contraposição.

IV - Um último sentido básico da Constituição a propor é o sentido instrumental: o documento onde se inserem ou depositam normas constitucionais diz-se Constituição em sentido instrumental.

Se bem que pudesse (ou possa) ser extensivo a normas de origem consuetudinária quando recolhidas por escrito, o conceito é coevo das Constituições formais escritas. A reivindicação de que haja uma Constituição escrita equivale, antes de mais, à reivindicação de que as normas constitucionais se contenham num texto ou documento visível, com as inerentes vantagens de certeza e de prevenção de violações.

Cabe aqui, porém, fazer uma advertência. Por um lado, Constituição instrumental vem a ser todo e qualquer texto constitucional, seja ele definido material ou formalmente, seja único ou plúrimo. Por outro lado, mais circunscritamente, por Constituição instrumental pode entender-se o texto denominado Constituição

ou elaborado como Constituição, naturalment ' e carregado da força jurídica específica da Constituição formal.

0 interesse maior desta análise verifica-se quando o texto constitucional exibe e garante a Constituição nuclear em face de outros textos donde constem também normas formalmente constitucionais.

3. A Constituição (em sentido institucionai) anterior ao constitucionalismo

1 - Em qualquer Estado, em qualquer época e lugar (repetimos), encontra-se sempre um conjunto de regras fundamentais, respeitantes à sua estrutura, à sua organização e à sua actividade - escritas ou não escritas, em maior ou menor número, mais ou menos simples ou complexas. Encontra-se sempre uma Constituição como expressão jurídica do enlace entre poder e comunidade política ou entre sujeitos e destinatários do poder.

Todo o Estado carece de uma Constituição como enquadramento da sua existência, base e sinal da sua unidade, esteio de legitimidade e de legalidade. Como surja e o que estatua, qual o apuramento dos seus preceitos ou as direcções para que apontem - eis o que, como se sabe, varia extraordinariamente; mas, sejam quais forem as grandes soluções adoptadas, a necessidade de tais regras é incontroversa.

Chamamos-lhe Constituição em sentido institucional, porque torna patente o Estado como instituição, como algo de permanente para lá das circunstâncias e dos detentores em concreto do poder; porque-revela a prevalência dos elementos objectivos ou objectivad~os das reul-ções políticas sobre as intenções subjectivas destes ou daqueles gOVernantes ou governados; porque, sem princípios e preceitos normativos a regê-lo, o Estado não poderia subsistir; porque, em suma, é através desses princípios e preceitos que se opera a institucionalização do poder político.

II - Se a Constituição assim co ' nsiderada se antolha de alcance universal, independentemente do conteúdo com que seja preenchida, o entendimento doutrinal sobre ela e a própria cons ciencia que dela se forme têm de ser apreendidos historicamente. Os políticos e juristas da Antiguidade não a contemplaram ou

não a contemplaram em termos comparáveis aos do Estado moderno (1), ao passo que dela se aproxima a concepção das «Leis Fundamentais» da Europa cristã (2).

Na Grécia, por exemplo, se ARISTÓTELES procede ao estudo de diferentes Constituições de Cidades-Estados, não avulta o sentido nórmativo de ordem de liberdade. As Constituições não se destrinçam dos sistemas políticos e sociais (3). Sem deixar de se afirmar que o nomos de cada Estado (4) deve orientar-se para um fim ético, a Constituição é pensada como um sistema organizatório que se impõe quer a govemantes quer a governados e que se destina não tanto a servir de fundamento do poder quanto a assinalar a identidade da comunidade política ~).

já no Estado estamental e no Estado absoluto está presente a ideia de um Direito do Estado, a ideia de normas jurídicas superiores à vontade dos príncipes; e, ainda quando se tenta, na fase final do absolutismo, enaltecer o poder monárquico, reconhece-se a inelutabilidade de «Leis Fundamentais», a que os reis devem obediência e que não podem modificar. A estas «Leis Fundwnentais» cabe estabelecer a unidade da soberania e da religião do Estado, regular a forma de governo e a sucessão no trono, dispor sobre as garantias das instituições e dos grupos sociais e sobre os seus modos de representação (6).

(1) V., porém, CícFRo, De legibus, livro iii (trad. portuguesa Das leis, São Paulo, 1967, pág. 95): «A missão dos magistrados consiste em governar segundo decretos justos, úteis e conformes às leis. Pois, assim como as leis governam o magistrado, do mesmo modo os magistrados governam o povo; e, com razão, pode dizer-se que o magistrado é uma lei falada ou que a lei é um magistrado mudo».

(2) Sobre a ideia de Constituição na Idade Média, V. PAUL BASTID, op. cit., págs. 49 e segs.

(3) V. a descrição das Constituições ou formas de governo puras (realeza, aristocracia e república) no capítulo v do livro iii da Política.

(4) Cfr. WERNER JAEGER, Alabanza de Ia Ley, trad., Madrid, 1982, pág. 36.

(5) Cfr. EMILIO CROSA, Il concetto de Costituzione mell'Anticltittà Classica e Ia sua modernità, in Studi di Diritto Costituzionale in Memoria di Luigi Rossi, obra colectiva, Milão, 1952, págs. 99 e segs.

(6) Cfr. CABRAL DE MONCADA, As ideias políticas depois da reforma: jean Bodiiz, in Boletim da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra,

No caso português (1), tais seriam as normas relativas à sucessão do reino, à natureza e constituição, fins e privilégios das ordens, à natureza e representação das cortes; ao estabelecimento das

leis e ordenações gerais, à imposição de tributos, à alienação de bens da Coroa, à cunhagem e alteração da moeda, à feitura da guerra. E, ou se creia ou não no ajuntamento das velhas cortes de Lamego a que a versão seiscentista atribui as leis de sucessão definidas como a verdadeira lei de instituição do reino -bem certo é que a leis tais como essas se referia João das Regras quando, na oração famosa nas cortes de Coimbra, arengou pelo Mestre de Aviz (1). Tratava-se sobretudo de disposições relativas à instituição da Coroa e que nada praticamente estabeleciam sobre os direitos e deveres recíprocos do rei e dos súbditos (3).

4. A Constituição (em sentido material) do constitucionalismo liberal

I - As «Leis Fundamentais» não regulavam senão muito

esparsamente a actividades dos governantes e não traçavam com rigor as suas relações com os governados; eram difusas e vagas; vindas de longe, assentavam no costume e não estavam ou poucas estavam documentadas por escrito; apareciam como uma ordem susceptível de ser moldada à medida da evolução das sociedades ~). Não admira, por isso, que se revelassem inadaptadas

vol. xxiii, 1947, págs. 51-52, Ou JEAN BARBEY, GénèSS et consécution des Lois Fondamentales, in Droit - Revue française de théorie juridique, 1986, págs. 75 e segs.

(1) Y. a recolha de LopEs PRAÇA, Colecçjo de leis o subsídios para o estudo do Direito Constitucional Português, Coimbra, 1983, vol. i.

(2) MAGALHÃEs CoLAço, Ensaio sobro a inconstitucionalidadé das leis -no Direito portugids, Coimbra, 1915, pág. 6. Sobre a evolução das leis fundamentais desde a Restauração, v. págs. 10 e segs.

(3) IVIARCELLO CAETANO, Manual de Ciência Política e Direito Constitucional, 6.a ed., ii, Lisboa, 1972, pág. 410. Sobre as tentativas de Constituição escrita nos séculos xiv-xv, cfr. História do Direito Português, Lisboa, 1981, págs. 455 e segs.; ou ANTÓNIO AUNUEL HESPANHA, História das Instituiçjes, Coimbra, 1982, págs. 313 e segs.

~) Escrevia GARRETT (Portugal na balança da Europa, na edição de Livros Horizonte, pág. 207): efundada ... em sólidos e naturais princípios, a antiga Constituição de Portugal pecava na forma; já porque dispersa em

ou insuportáveis ao iluminismo, ou que este as desejasse reconverter (1), e que as queixas acerca do seu desconhecimento e do seu desprezo -formuladas na Declaração de 1789 ou no preâmbulo da nossa Constituição de 1822-servissem apenas para sossegar espíritos inquietos perante as revoluções liberais e para criticar os excessos do absolutismo.

Diferentemente, o constitucionalismo tende a disciplinar toda a actividade dos governantes e todas as suas relações com os governados; pretende submeter à lei todas as manifestações da soberania e aí consignar os direitos dos cidadãos (2), declara uma vontade autónoma de recriação da ordem jurídica (3). Não admira, por isso, que entre as Leis Fundamentais do Reino e a Constituição, apesar de não haver diferença de natureza (enquanto umas e outras conformam juridicamente o político), se produza uma ruptura histórica. Não admira que apenas nesta altura se comece a dflucidar, no plano científico, o conceito da Constituição.

Mais do que o objecto das normas constitucionais são a sua extensão e a sua intenção que agora se realçam. Se a Constituição em sentido material abrange aquilo que sempre tinha cabido na

várias leis escritas, em costumes e em usanças tradicionais, carecia de regularidade e nexo de harmonia, já porque, destituída de garantias e remédios legítimos para os casos de infracção da lei

positiva ou aberração do seu espírito, forçosamente com o perigo de ser mal conhecida e esquecida pela Nação, desprezada portanto e infringida pelo Governo».

(1) Cfr. ZÍLIA OS6RIO DE CASTRO, Constitucionalismo vintista - Antecedentes e pressupostos, Lisboa, 1986, págs. 8 e segs.

(2) A exigência de uma Constituição no sentido de uma ordenaçao e unidade planificadas do Estado só se pode compreender em oposição ao tradicional e, neste sentido, irracional estatuto de poder dos grupos políticos da Idade Média (H. HELLER, Staatslehre, trad. portuguesa Teoria do Estado, São Paulo, 1968, pág. 139).

(3) A Constituição aparece não já como um resultado, mas como um ponto de partida; já não é descritiva, mas criadora; a sua razão de ser não se encontra na sua vetustez, mas no seu significado jurídico; a sua força obrigatória decorre não do fatalismo histórico, mas da regra de direito que exprime. Enquanto que a Constituição natural visa exclusivamente as modalidades de exercicio do Poder, a Constituição institucional atende à definição do próprio Poder antes de determinar as condições da sua efectivaçao (BURDEAU, op. cit., iv, págs. 23-24, que emprega a expressão «Constituição institucional» aJ onde falamos em «Constituição material»).

Constituição em sentido institucional, vai muito para além disso: é o conjunto de regras que prescrevem a estrutura do Estado e a da sociedade perante o Estado, cingindo o poder político a normas tão precisas e tão minuciosas como aquelas que versain sobre quaisquer outras instituições ou entidades; e o que avulta é a adequação de meios com vista a esse fim, meios esses que, por seu turno, vêm a ser eles próprios fins em relação a outros meios que a ordem jurídica tem de prever.

II - 0 constitucionahsmo - que não pode ser compreendido senão integrado com as grandes correntes filosóficas, ideológicas e sociais dos séculos xviii e xix - traduz exactamente certa ideia de Direito, a ideia de Direito liberal. A Constituição em sentido material não desponta como pura regulamentação jurídica do Estado; é a regulamentação do Estado conforme os princípios proclamados nos grandes textos revolucionários.

0 Estado só é Estado constitucional, só é Estado racionalmente constituído, para os doutrinários e políticos do constitucionalismo liberal, desde que os indivíduos usufruam de liberdade, segurança e propriedade e desde que o poder esteja distribuído por diversos órgãos. Ou, relendo o artigo 16.o da Declaração de 1789: «Qualquer sociedade em que não esteja assegurada a garantia dos direitos, nem estabelecida a separação dos poderes não tem Constituição».

Em,vez de os indivíduos estarem à mercê do soberano, eles agora possuem direitos contra ele, imprescritíveis e invioláveis. Em vez de um órgão único, o Rei, passa a haver outros órgãos, tais como Assembleia ou Parlamento, Ministros e Tribun~tis independentes - para que, como preconiza MONTESQUIEU, o poder limite o poder. Dai a necessidade duma Constituição desenvolvida e complexa: pois quando o poder é mero atributo do Rei e os indivíduos não são cidadãos, mas sim súbditos, não há grande necessidade de estabelecer em pormenor regras do poder; mas, quando o poder é decomposto em várias funções apelidadas de poderes do Estado, ent~o é mister estabelecer certas regras para dizer quais são os órgãos a que competem essas funções, quais são as relações entre esses órgãos, qual o regime dos titulares dos órgãos, etc.

A idpia, de, Constituição é de uma garantia e, ainda mais, de uma direcção da garantia. Para o constitucionalismo, o fim está na protecção que se conquista em favor dos indivíduos, dos hoinens~

cidadãos, e a Constituição não passa de um meio para o atingir., ., 0, Estado constitucional é o que entrega à Constituição o prosseguir a salvaguarda da liberdade e dos direitos dos cidadãos, depositando as virtualidades de melhoramento na observância dos seus preceitos, por ela ser a primeira garantia desses direitos (1).

Mas o constitucionalismo liberal tem ainda de buscar uma legitimidade que se contraponha à antiga legitimidade monárquica; e ela s6 pode,ser democrática, ainda quando na prática e nas pr<Spiias leis constitucionais daí se não deduzam todos os corolários. A Constituição é então a auto-organização de um povo (de uma nação, na acepção revolucionária da palavra), o acto pelo qual um povo se obriga e obriga os seus representantes, o acto mais elevado de exercício da soberania (nacional ou popular, consoante a concépção, que se perfühe).

, , Uust=.esta concepção de um poder constituinte (democrático) que se afirma superior aos poderes constituídos duas das obras mais influentes do, século xviil,, o Federalist e o Qu'est-ce que le tiers-état?

'Escreve HAMiLTóN no primeiro: «Nenhum acto legislativo contrário à Constituição pode ser válido. Negar isto seria como que sustentar que o procurador é maior que o mandante, que os representantes do povo são superiores a esse mesmo povo, que aqueles que agem em virtude de poderes concedidos podem fazer não só o que o que eles autorizam mas também aquilo que proíbem. 0 corpo legislativo não é o juiz constitucional das suas atribuições. Toma-se mais razoável admitir os tribunais como elementos colocados entre o povo e o corpo legislativo, a fim de manterem este dentro dos limites do seu poder. Portanto, a verificar-se uma inconciliável divergência entre a Constituição e uma lei deliberada pelo órgão legislativo, entre uma lei superiore uma lei -inferior, tem de prevalecer a Constituição* (2).

Por seu lado, SiEyÈs referindo-se às leis constitucionais, diz que elas são
fundam6Wtai~, não porque possam tomar-se independentes da vontade nacional, mas~ porque os corpos que existem e actuam com base nelas não
a 1 s podem afectar. «A Constituição não é obra do poder constituído, mas sim

(1) Nosso Co-ntributo Para uma teoria da inconstitucíonalidadé, Lisboa, 1968, pág. 32.

(2) The Fede~alist Papers, 1787 (efr. na tradução portuguesa 0 Fedoratista, Brasília, 1984, págs. 577-578).

do poder constituinte. Nenhum poder delegado pode alterar as condições da sua delegação* (1).

III - Levada às últimas consequéncias, esta concepção equivaleria a considerar a Constituição não apenas como limito mas também como fundamento do poder público, e não apenas como fundamento do poder mas também como fundamento da ordem jurídica. Porque é a Constituição que estabelece os poderes do, Estado e que regula a formação das normas jurídicas estaduais, todos os actos e normas do Estado têm de estar em relação positiva com as normas constitucionais, para participarem também eles da sua legitimidade; têm de ser conformes com estas normas para serem válidos.

No entanto, a ideia de Constituição como fonte originária, em termos lógico-jurídicos, do ordenamento estadual, como fundamento de validade das demais normas jurídicas (3) e como repositório de normas directamente invocáveis pelos cidadãos, não surgiu logo ou da mesma maneira em ambas as margens do Atlântico. Uma coisa é a verificação a posteriori que a doutrina possa fazer, outra coisa o processo histórico de formação ou de conscientização dos imperativos

normativos e dos correspondentes instrumentos conceituais.

Nos Estados Unidos, até porque a Constituição de 1787 foi acto fundador da União, muito cedo se apercebeu que ela em também, por isso mesmo, a norma fundamen~adora de todo o sistema jurídico. Daí o passo acabado de citar de HAMILTON (assim como, de certo m~lo, o art,. vi, n.o 2, qualificando-a de «Direito supremo do País»), e daí o corolário retirado, a partir de 1803, pelo Supremo Tribunal de uma faculdade de apreciação da const,itucionalidade das leis.

já na Europa (onde as vicissitudes políticas e constitucionais,

(1) Qu'est-co que lo tiers-ítat?, 1789 (na edição crítica de Roberto Zapperi, Genebra, 1970, págs. 180-181).

(2) Como Constituição em sentido genético, enquanto conjunto das normas cuja validade (ou cuja eficácia) se não fundamenta em nenhuma outra do mesmo ordenamento (MIGUEL GALvÃo TELES, Constituição, ia Verbo, v, págs. 1499 e 1500).

viriam a ser muito menos lineares e mais complexas que nos Estados Unidos) o caminho para o reconhecimento de um verdadeiro e pleno primado da Constituição foi mais longo, por duas razões principais: 1.0) porque, tendo em conta o absolutismo precedente, toda a preocupação se reportava à reestruturação do poder político - 2.0) e porque não se quis ou não
(em especial, do poder do Rei) ,
se pôde instit ' uir senão no século xx formas de fiscalização juris dícional da const,it,ucionalidade (1) (2).

S. A Constituição (em sentido material) no século XX

1 - 0 conceito material de Constituição vai acusar no século xx as repercussões dos acontecimentos que o balizam, vai ser assumido ou utilizado por diferentes regimes e sistemas políticos e abrir-se, portanto, a uma pluralidade de conteúdos.

A Constituição em sentido material, ligada na sua origem ao jusracionalismo, ao contratualismo e ao individualismo liberal, desprende-se deles e acolhe outras inspirações filosóficas e ideológícas, sob pena de se reduzir muito significativamente o seu âmbito de aplicaçao. Desprende-se deles, relativiza-se e fica sendo um conceito neutro (o que não consente, porém, a indiferença valorativa). É o estatuto do Estado, seja este qual for, seja qual for o tipo constitucional de Estado.

Assim se compreende que, para além do objecto das normas, se preste, doravante, uma maior atenção à ideia de Direito ou de mstitüição, aos projectos distintivos dos diversos regimes políticos, aos princípios fundamentais com os quais têm de ser congruentes as disposições constitucionais avulsas (3). Assim se compreende o alcance do conceito (médio) de Constituição material indicado.

1,

(1) Cfr., entre tantos, recentemente, GARCIA DE ENTERRFA, La Cons
titución como norma y el Tribunal Constitucional, Madrid, 1981, págs. 501
e segs.; IGNACIO DE OTTO, Derecho Constitucional - Sisteiúa de Fuentes,
Barcelona, 1987, págs. 17 e segs. e 37; . L~-AINER WAHL, 0 primado da Constituição, in Revista da Ordem dos Advogados, 1987, págs. 66 e segs.
Voltaremos ao assunto adiante.

Cfr., na doutrina portuguesa, ROGÉRIO SOARES, Constituição, in Diciondrio jurídico da Administração Pública, ii, pág. 666; LucAs PIRES, op. cit., págs. 53 e segs.; GomF-s CANOTILHO, Op. cit., págs. 70 e segs.,

Nem por isso, contudo, se volta ao período de mera Constituição institucional, porquanto persiste o desígnio de uma estruturação exaustiva dos poderes do Estado, dos seus órgãos e dos seus processos de agir, bem como da organização social politicamente relevante. Nenhuma semelhança se justifica entre as Constituições não liberais do século xx e as Leis Fundamentais pré-liberais.

II - Sendo o Estado comunidade e poder (1), a Constituição material nunca é apenas a Constituição Política, confinada à organização política. É também Constituição social, estatuto da comunidade perante o poder ou da sociedade politicamente conformada (2) . Estatuto jurídico do Estado significa sempre estatuto do poder político e estatuto da sociedade - quer dizer, dos indivíduos e dos grupos que a compõem -posta em dialéctica com o poder e por ele unificada (3). E, sendo Constituição do Estado (em si) e Constituição do Direito do Estado, necessariamente abarca tanto o poder quanto a sociedade sujeita a esse Direito.

Mesmo as Constituições liberais - mais distantes prima facie desse aspecto - não deixavam de ser sociais: eram-no ao cuidarem das liberdades e da propriedade. E as Constit,uiçoes do século xx (todas ou quase todas) estendem o seu domínio a novas regiões, garantindo não só direitos do homem, do cidadão, do trabalhador, como princípios objectivos da vida social, permitindo ou impondo intervenções económicas, modelando ou remo-

117 e segs. e 277 e segs.; LÚCIA AMARAL, Poder Constituinte e reViSiO COnStitucional, in Revista da Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa, 1987, págs. 350 e segs.; RUI IIACHETE, Os princípios estruturais da Constituição de 1976 e a próxima revisão constitucional, in Revista de Direito e Estudos Sociais, 1987, págs. 337 e segs.; DURCELO L~-EBELO DE SOUSA, 0 valorjuridico do acto inconstitucional, Lisboa, 1988, págs. 171 e 172.

(1) Sobre o assunto, v. o vol. iii deste Manual (na 2.a ed., Coimbra, 1987, págs. 20 e segs.).

(11) Retomamos, seguindo HAURIOU, o que escrevemos logo no início do vol. i (na 4.a ed., Coimbra, 1990, págs. 14 e segs.).

(3) Cfr. SUNUEL GARCIA PELAYO, Las transformacionos del Estado Contemporaneo, Madrid, 1977, págs. 130 e segs.; ou LÚCIA AMARAL, 0 problema da funçdo política dos grupos de interesses, in 0 Direito, 1974-1987, págs. 216 e 217.

delando instituições públicas e privadas. As nossas duas Leis Básicas de 1933 e de 1976, para lá de tudo quanto as distingue, possuem isso de comum.

Em suma, onde está o fenômeno político, aí está o fenômeno constitucional. Logo, se o político (por causas que não cabe agora inventariar) se alarga, o fenômeno constitucional alarga-se forçosamente (1) C).

III -A dilatação do espaço da Constituição material e o número cada vez maior das tétes de, chapitre. de ramos de Direito que engloba têm conduzido a uma segmentação. Não por acaso a literatura jurídica refere-se a Constituição económica e a Constituição patrimonial privada, a Constituição laboral ou do trabalho e a Constituição da segurança social, a Constituição cultural e a Constituição administrativa, a Constituição tributária, a Constít.uição eleitoral ou a Constituição parlamentar.

Estas e outras diferenciações ou autonomizações mostram-se úteis, na tríplice medida em que propiciam uma mais nítida consciência do escopo da Constituição, em que permitem um aprofundamento da análise das diversas normas constitucionais e em que servem de apoio para a imprescindível ponte entre essas normas e

as normas dos correspondentes ramos de Direito em especial. Não devem acarretar a pulverização, a perda da unidade sistemática da Constituição ou o retomo a uma exegese sem futuro ~).

(1) Cfr., por exemplo, 3URIO NIGRO, CO$titUZiOn6 Cd effettività cOStitUzio", in Rivista Trimestrale di Diritto e Procedura Civile, 1969, págs. 1697 e segs.; SiLvA LI&ITÃO, Constituição e direito de oposição, Coimbra, 1987, págs. 62; EDUARDO CARRION, Estado, partidos o movimentos sociais, Porto Alegre, 1988, pág. 22.

(3) Nos últimos anos, tem-se difundido muito a tese de uma redução das áreas de penetração do Estado na economia e, em geral, na sociedade civil, mas ela não parece ter obtido até agora grande projecção constitucional. Assim, em Portugal, se as revisões de 1982 e de 1989 tornaram mais abertas , numerosas normas de organização económica, elas não trouxeram sensíveis diminuições das matérias cobertas por normas constitucionais; muito pelo contrário.

(3) Cfr., por todos, RAINER WAHL, Op. cit., loc. cit., págs. 94 e segs., ou MENEzEs CoRDEiRo, Manual de Direito do Trabalho, Coimbra, 1991, págs. 139-140.

Parte II - Constituição- e Inconstitucionalidade

Não há uma Constituição dos direitos fundamentais i.ndependente da Constituição dos poderes (1) e o Estado de Direito implica, precisaxnente, uma determinada conformação recíproca (2). - Não existe uma Constituição económica independente da Constituição política ou uma Constituição penal contraposta à administrativa. E até quando os-princípios respectivos tenham origens e formulações discrepantes (em Constituições compromissórias) não podem ser lidos e entendidos senão no contexto da mesma C~onstituição material.

6. Classificações materiais de Constituições

I - A pluralidade de conteúdos possíveis da Constituição ou de Constituições materiais permite, e recomenda mesmo, algumas classificações.

Uma das mais representativas é a alvitrada por KARL LOEVf7ENSTEIN (3) e que toma. por critério ((a análise ontológica da concordância das normas constitucionais com a realidade do processo do poder* e por ponto de apoio a tese de que uma Const.ituição é o que os detentores do poder dela fazem na prática-o que, por seu termo, depende, em larga medida, ~ dó meio social e político em que a Constituição deve ser aplicada.

Seguindo este critério, há Constituições wrmwivas, nominais e semânticas. As primeiras são aquelas cujas normas dominam o processo político, aquelas em que o processo do poder. se adapta às normas constitucionais e se lhes submete., As segundas são aquelas que não conseguem adaptar as suas normas â dinâmica do processo político, pelo que ficam sem realidade existencial. As terceiras são aquelas cuj a realidade ontológica não z é senão a formalização da situação do poder político existente em benefício exclusivo dos detentores de facto desse poder. :Ao-pas~o que

(1) Assim, MAssimo LuciANi, La <~Costituziono dei dirittis o ta «Costi-
tuzione dei Poteris. Noterelle brevi su um módello i-
ntàrpretattivó^'ricarrente,
in Scritti in onore di Vezio Crisafulli, obra colectiVa,~'ii-, Pãdu-
a, 1985~,
págs. 497 e segs. ., ~ .. 1, ~ « 1 . : -.

(2) V. JORGE MIRANDA, A Co-nstituiçffo de 1976, Lisíboa, 1978, pág. 473~

(3) Op. cit., págs. 216 e segs.; e já Reflectio~is on W V~, of Comstitutions in Our Revolutionary Age, in Constitutions and Constíttaioftal Tre~ after World War, obra colectiva, ii, Nova

Iorque, -1951, páp. 191~ e segs.

as Constituições normativas limitam efectivamente o poder político e as Constituições nominais, embora o não limitem, ainda têm essa finalidade, as Constituições semânticas apenas servem para estabilizar e etemizar a intervenção dos dominadores de facto na comunidade.

]Poderá, não sem razão, observar-se que a taxonomia constitucional de LOEWENSTEIN é elaborada em face de uma Constituição ideal, e não da imbricação dialéctica Constituição-realidade constitucional, pelo que acaba por ser uma classificação axiológica ligada à concordância entre Constituição normativa e democracia constitucional ocidental('). Mas, não sem menos razão, poderá igualmente observar-se que ela vem pôr em relevo as diferentes funções da Constituição por referência àquilo que foi o modelo inicial da Constituição material moderna-a Constituição limitativa e garantista liberal; assim como vem, por outro lado, ajudar a captar os diversos graus de efectividade de normas e institutos pertencentes a determinada Constituição.

Independentemente dos juízos de valor a formular sobre a realidade política e independentemente das funções que se reconheça exercerem, duma maneira ou doutra, todas as Constituições (2), é irrecusável que Constituições existem que se revelam fundamento (em concreto) da autoridade dos govemantes e que outras se revelam, sobretudo, instrumento de que eles se munem para a sua acção; Constituições que consignam direitos e liberdades fundamentais perante ou contra o poder e Constituições que os funcionalizarn aos objectivos do poder; Constituições que valem ou se impõem por si s6 e Constituições subordinadas às conjunturas políticas e ideológicas.

III - De certa sorte, como contraponto à valorização ou sobrevalorização que, assim, se faz do fact.or jurídico-polít.ico têm

(1) GomEs CANOTILIffO, op. cit., i, 2.a ed., págs. 96-97. Cfr., em linha próxima, HENC VAN 3UARSEVEN e GER VAN DER TANG, Written COnStitUtions - A Computerized Comparativo Study, Nova Iorque e Alphen aan den Rijn, 1978, pág. 261.

(z) Cfr. Hi£Nc VAN MAARsEvEN e GER VAN DER TANG, op. cit., págs. 275 e segs., que mencionam quatro funções gerais das Constituições: transformação, informação, regularizaçflo e canalização.

sido propostas classificações inspiradas num critério diferente, o factor económico. Os grandes sistemas económicos exibir-se-iam em outros tantos tipos de Constituições.

Segundo uma dessas tipologias, haveria Constituições de Estados capitalistas, socialistas e do Terceiro-Mundo e as Constituições dos Estados capitalistas, subdividir-se-iam ainda em Constituições liberais, sociais-democratas (ou do Estado social) e, com contornos menos definidos, autoritário-fascistas e compromissórias (1).

Não se põe em causa a importância da Constituição económica. Porque a economia é uma das dimensões da sociedade e porque o poder político não lhe pode ser estranho, não há Constituição que, explícita ou implicitamente, directa ou indirectamente, deixe de a considerar, seja para conservar, seja para transformar os seus condicionalismos ou a sua lógica própria. Não há Constituição em sentido material que não abranja uma Constituição económica (no âmbito que há pouco esboçámos) (2).

Não significa isto, porém, que possa alçar-se este critério a critério classificatório decisivo. 0 Direito pertence a uma esfera distinta da da economia, ainda que sofra o seu influxo; e não se

exaure numa mera dualidade de sistemas econ<5micos. Em segundo lugar, para lá do funcionamento efectivo dos sistemas económicos, há Constituições nas quais cabem ou podem caber soluções muito variadas - nomeadamente, as Constituições do Estado social de Direito podem englobar diferentes visões ou

(1) GomEsCANOTILHO,Op.cit.,2.sed.,1980,págs.114esegs.(na4.sed., págs. 72 e segs., este Autor aponta, porém, três modelos de Constituição - do Estado de Direito liberal, do Estado de Direito social e do Estado socialista). Cfr., sobre as interpretações liberal e socialista do conceito de Constituição, por exemplo, DOMENico FARIAS, Idealità e indeterminatezza dei principi costituzionali, l~filão, 1981, págs. 123 e segs. e 127 e segs.

(2) Cfr. VITA.L MOR.EIRA, Economia e Constituiçdo, 2.a ed., Coimbra, 1979, págs. 19 e segs.; ou JORGE MIRANDA, Direito da Economia, policopiado,
Lisboa, 1982-83, págs. 59 e segs.
Diferente da Constituição económica é a teoria económica da Constituição, muito estudada nos Estados Unidos: v., por todos, JAMES M. BUCHANAN, The Domain of Constitutional Economics, in Constitational Political Economy, 1990, págs. 1 e segs.

concretizações de capitalismo e de socialismo ou de sistemas mistos.

IV - Dicotomia muito corrente e que visa abarcar um ciclo longo ou diversos ciclos de conteúdos constitucionais é a contraposição Constituições estatutárias-Constituições programáticas.

Constituições estatutárias ou orgânicas dizem-se as que se ocupam do estatuto do poder, dos seus órgãos e da participação política dos cidadãos; as que se centram na forma e no sistema de governo, sem (na aparência, pelo menos) curarem do sistema económico e social. Constituições programáticas, directivas ou doutrinais são as que, além da organização política, estabelecem programas, directrizes e metas para a actividade do Estado no domínio económico' social e cultural(').

A distinçao tem de ser apreendida mitigadamente, visto que: 1.0) ela não coincide com a distinção entre Constituição política e Constituição social (2); 2.0) se o factor ideológico transparece mais fortemente nas Constituições programáticas do que nas Constituições estatutárias, não deixa de estar nestas presente - a escolha entre uma ou outra forma de organização e a previsão ou não de certo direito ou de certa intervenção do Estado na economia indiciam, de per si, uma ideologia (3); 3.0) tão-pouco existem Constituições neutras - o que existem são Constituições que, ~ por consagrarem esta ou aquela forma de organização, são ou não pluralistas, enquanto admitem ou não a coexistência dinâmica de todos os grupos e ideologias, com a virtualidade de as modificarem pacificamente.

(1) Cfr., por todos, AIARCELLO CAETANO, Direito Constitucional, i, pág. 400; GomEs CANOTILHO, op. cit., pág. 71; E. DENNINGER, COnStitUtio-nal Law between Statutory Law and Higher Law, in Law in the Mahing, obra colectiva, Berlim, 1987, págs. 108 e segs.

(2) E também não coincide com a distinção usual no âmbito circunscrito da Constituição económica entre Constituição estatutdria (estatuto do sistema económico) e directiva ou programdtica (directrizes de transformação económica): V. VITAL MOREIRA, Op. Cit., págs. 136 e segs.; ou Luís S. CABRAL DE MONCADA, Direito Económico, 2.a ed., Coimbra, 1988, págs. 82 e segs.
(8) Assim, LOE'VMNSTICIN, Op. cit., págs. 211-212.

Na realidade, qualquer Constituição encerra elementos orgânicos e programáticos. Tudo está no grau em que aparecem, no modo como se conjugam, na efectividade que obtêm, no sentido que a jurisprudência

e a doutrina lhes conferem. E não sofre dúvida de que as Constituições liberais são preferentemente estatutárias ou orgânicas, as Constituições marxistas-leninistas (assim como muitas das Constituições de regimes autoritários doutra índole e de países asiáticos e africanos) preferentemente programdticas, directivas ou doutrinais e as Constituições do Estado social de Direito Constituições que procuram um equilíbrio sistemático entre uns e outros elementos.

Em plano diverso desta contraposição situa-se a análise estrutural das normas constitucionais, discerríindo normas de fundo, de competência e de processo, normas preceptivas e programáticas ou normas exequíveis e não exequíveis por si mesmas. Numa Constituição dita programática abundam as normas programáticas, mas não faltam as normas atinentes à vida económica e social, muito marcadas por considerações doutrinárias ou ideológicas, que possuem natureza de normas preceptivas (v.g., o art. 83.o da Constituição portuguesa de 1976 até à revisão de 1989) (1).

V - Classificação ainda relativa ao conteúdo é a das Constituições em simples e complexas ou compromissórias. Aqui não se tem em vista tanto a natureza das normas quanto a unidade ou pluralidade dos princípios materiais ou dos princípios fundamentais enformadores da Constituição material. E Constituições compromissórias vão desde as da monarquia constitucional do século xix a Weimar, desde a Constituição portuguesa de 1933 à maior parte das Leis Fundamentais do 2.0 após-guerra (2).

(1) Cfr. infra.

(2) Cfr., de ângulos diferentes, C. SCHMITT, oP. cit., págs. 33 e segs.; PAoLo BARILE, La Costituziom come norma giuridica, Florença, 1951, págs. 40-41 e 58 e segs.; G. BURDEAU, Une survivance: Ia - notion de Constitution, in L'évolution du droit public - Études en 1'honneur d'Achillo Mestre, obra colectiva, Paris, 1956, págs. 59-60; C. J. FRIEDRICH, op. cit., págs. 85-86; C. MORTATI, CO$titUgionO, in SOritti, MIÃO, 11, 1972, pág. 72; GomEs

Em inteiro rigor, todavia, nenhuma Constituição é absolutamente simples; todas contém dois ou mais princípios que a Priori poderão ou não ser compagináveis. 0 carácter simples ou compromissório de uma Constituição depende dos circunstancialismos da sua formação, da sua aplicação e das suas vicissitudes; depende da ausência ou da presença - não em abstracto para os juristas, mas em concreto para os sujeitos do contraditório político e para os cidadãos em geral - de um conflito de fundamentos de legitimidade ou de projectos de organização colectiva que as normas constitucionais tenham de ultrapassar, através de uma plataforma de entendimento; depende do modo como é encarada a integração política.

De igual sorte, nenhuma Constituição compromissória consiste num aglomerado de princípios sem virtualidade de harmonização prática a cargo da hermenêutica jurídica e sem base dinâmica de funcionamento das instituições; em qualquer Constituição os princípios dispõem-se ou articulam-se segundo certa orientação e, pelo menos, a nível de legitimidade há-de haver sempre (aquando da formação ou em momento ulterior de modificação, expressa ou tácita) um princípio que prevaleça sobre outros. As Constituições compromissórias permitem a coexixtência de ideias e correntes antagónicas, mas só podem subsistir se os protagonistas institucionais aceitam um determinado fio condutor do processo político (seja o princípio monáxquico nas Constituições de monarquia constitucional alemã, seja o princípio democrático nas do Estado social de Direito) (1).

CANOTILHO, Constituiçao dirigente e vinculaçdo do legislador, Coimbra, 1982, págs. 141 e segs.; PAULO BONAVIDES, Política e

Constituiçdo, Rio de janeiro, 1985, pág. 130; JORGE VANossi, El Estado de Derecho em el constitucionalismo social, Buenos Aires, 1987, págs. 48-49; LUCAS PIRF-S, Teoria da Constituiçdo de 1976 -A transiçdo dualista, Coimbra, 1988, págs. 96 e segs.

(1) Cfr. PALF DAI-IRENDOP-F, Om the Concept of the «Livi-ng Constitutions, in L'Idée de Philosophie Politique, obra colectiva, Paris, 1965, pág. 140: é um erro identificax a «Constituição viva», com estado harmonioso e pacífico da sociedade organizada em sistema político; há tensões e conflitos simultaneamente entre as forças sociais vivas e entre os «poderes vivos» e a Constituição; e a Constituição prova a sua validade não tanto prevenindo conflitos quanto estabelecendo regras para os resolver.

VI - Finalmente, merece alguma atenção o quadro elassificativo global formulado por um autor olhando às relações entre Constituição e regime político (1).

Regime Político	Função de Constituição	Tipo de Constituição
Autoritáxio Legitimadora	Fictícia	
Organizativa		
Totalitário Legitimadora	Programática	
Ideológica		
Organizativa		
Aproximativo Legitimadora	udodemocrática	
Organizativa		
jurídica		
Democrático tradicional Legitimadora	Aplicada	
Organizativa		
Política		
jurídica		
De democracia social Legitimadora	Activa	
Organizativa		
j urídica		
Política		
1 Transformadora	1	

7. A Constituição em sentido formal

I - Se o constitucionalismo europeu, nos seus primórdios, não teve uma clara percepção de todas as dimensões e exigências

(1) JORGE DE ESTF-BAN, estudo preliminar da colectânea Constttuciones espamolas y estrangeras, Madrid, 1977, págs. 22 e segs., maxime, pág. 44. V. do mesmo autor, especialmente sobre a problemática de uma política socialista sob Constituição democrática, La función transformadora a# Ias Constituciones occidentales, in Constitución y Economia, obra colectiva, Madrid, 1977, págs. 151 e segs.

da supremacia da Constituição, não deixou de lhe vincular uma forma e uma consistência tais que fosse possível e necessário distinguir as suas normas das demais normas do orden-amento jurídico.

.Uma Constituição apenas institucionalizadora do Estado não careceria dessa força jurídica irredutível. já não uma Constituição produto de uma vontade normativa particularizada em certo momento histórico (mormente quando criada por via revolucionária). Sem uma forma adequada, a Constituição em sentido material não poderia desempenhar, desde logo, a sua função organizatória da comunidade política.

Onde se encontra Constituição em sentido material moderno emerge, pois, Constituição em sentido formal. A única (1) excepção é

a Grã-Bretanha, mas a ausência aí de Constituição formal explica-se (como bem se sabe) pelas características peculiares do seu desenvolvimento constitucional e do seu sistema jurídico; é uma excepção que confirma a regra.

II - Três notas assinalam a Constituição em sentido formal:

a) Intencionalídade na formação;
b) Consideração sistemática a se;
c) Força jurídica própria.

As normas formalmente constitucionais são decretadas por um poder que se define com vista a esse fim; o que vale dizer que, na origem, são normas de fonte legal, não consuetudinárias ou jurisprudencial (mesmo se, depois, acompanhadas de normas destas origens) e são normas que exigem um processo específico de formação (conquanto não necessariamente um processo especial de modificação).

Há um Direito constitucional - formalmente constitucional a par de um Direito não constitucional; uma legislação constitucional a par (e acima) de uma legislação ordinária. As normas formalmente constitucionais inserem-se num conjunto sistemá-

(1) Ou quase única excepção, porque também se fala, por vezes, na Hungria antes de 1945.

tico com uma unidade e uma coerência próprias, dentro da unidade e da coerência gerais do ordenamento jurídico positivo do Estado.

As normas formalmente constitucionais gozam, por isso mesmo, de um estatuto ou de um regane imposto por tais características e pela função material, genética ou conformadora que servem. Condicionado embora pelo legislador constituinte, tal regime exibe-se - consoante nos capítulos respectivos se verá - na sua aplicação e na sua garantia.

III - Na grande maioria dos casos, a Constituição formal resulta de um s6 acto constit * uinte, de um só exercício do poder constituinte. Seja unilateral ou plurilateral, todas as normas for malmente constitucionais decorrem daí.

Em algumas ocasiões, no entanto, não acontece assim. Em vez de uma Constituição formal unitdria, emanam-se várias leis constitucionais, quer num lapso de tempo relativamente curto e homogéneo, quer num período prolongado ou breve, embora heterogéneo. A Constituição formal decompõe-se então em complexos normativos dispersos por mais de um texto ou documento, todos com a mesma ligação ao poder constituinte e a mesma força jurídica.

Leis constitucionais simultâneas ou decretadas num tempo curto homogéneo foram as três leis constitucionais francesas de 1875 (Constituição da 3.a república). Leis constitucionais sucessivas foram as sete Leis Fundamentais espanholas do regime autoritário feitas entre 1938 e 1967, ou as trinta e cinco leis constitucíonais revolucionárias portuguesas de 1974 a 1976; e são as duas leis constitucionais do Canadá, de 1867 e 1982.

IV -Outros eventos, igualmente explicáveis por circunstancialismos históricos localizados, afiguram-se não menos interessantes. São as que se reconduzem às hipóteses de Constituição formal nuclear e de normas constitucionais complementares (ou de legislação constitucional extravagante) há pouco sugeridas.

Trata-se, sobretudo, daqueles casos em que uma Constituição, ao ser aprovada, mantém (ou repõe) em vigor normas constitucionais anteriores: assim, na Áustria, a Constituição de 1920 e a lei constitucional de 1867 (relativa a direitos individuais),, em

Portugal, a Constituição de 1933 e o Acto Colonial de 1930 (até 1951), a Lei n.o 3174, de 14 de Maio, e a Constituição de 1933 (1), e a Constituição de 1976 e certas leis constitucionais revolucionárias; na Alemanha, a Constituição de Bona e os arts. 136.o a 139.0 e 141.o da Constituição de Weimar; em França, a Constituição de 1958 e a Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão e o preâmbulo da Constituição de 1946; no Brasil, os Actos Institucionais de 1964 a 1967 e a Constituição de 1946.

Nada impede, por outra parte, que a Constituição confira força de normas constitucionais a normas provmdas doutros ordenamentos-do ordenamento jurídico internacional ou, porventura, em Estado federal ou em união real, do ordenamento jurídico central. Exemplos de atribuição de valor constitucional a normas de Direito Internacional encontram-se hoje, na Áustria em relação à Convenção Europeia dos Direitos do Homem e em Portugal relativamente à Declaração Universal dos Direitos do Homem.

V - Esse nexo entre a Constituição e certas normas que, por virtude dela, adquirem categoria de normas formalmente constitucionais designa-se uma relação de recepção. Figura mais estudada a respeito das relações entre sistemas jurídicos estaduais distintos (2) do que a respeito das relações entre normas do mesmo sistema jurídico estadual C), dificilmente se vislumbra como sem ela possa encarar-se a conjugação do poder constituinte posto em acto através da Constituição com a subsistência de normas constitucionais anteriores ou com outorga de valor constitucional a normas de Direito internacional ou a normas de certos ordenamentos internos.

Por um lado, o núcleo operatívo da Constituição formal reside na Constituição originária e primariamente criada pelo

(1) V. A Revoluçdo de 25 de Abril e o Direito Constitucional, Lisboa, 1975, págs. 23 e segs.

(2) Cfr. SANTI RomANo, L'Ordinamento Giuridico (consultámos a trad. castelhana El Ordenamiento juridico, Madrid, 1963, págs. 248 e segs.); COSTANTINO MORTATI, Istituzioni di Diritto Pubblico, i, Pádua, pág. 318.

(3) Cfr. SERGIO Fois, Problemi dello recezione nel diritto interno: leggi di recozione o riserva di legge, in Studi im memoria di Tullio Ascarelli, obra colectiva, ii, Milão, 1969, págs. 635 e segs.

poder constituinte formal e material. Por outro lado, este poder é livre de, em face das condições em que se mova, da estrutura do sistema e da sua estratégia de normação, considerar como tendo valor constitucional normas já existentes ou normas que ele não queira ou não possa editar (ou editar de novo) e que com as primeiras vão ficar num nexo de complementaridade ou de acessoriedade.

Mas a recepção (1) tanto pode ser uma recepção formd quanto uma recepção materíal, tanto pode ser a recepção de um acto normativo quanto a recepção apenas de uma norma.

A recepção formal pressupõe a conservação da identidade dos princípios ou preceitos (embora por força, insista-se, de uma norma constitucional que assim prescreve); pressupõe que os princípios ou preceitos valham com a qualidade que tinham; acarreta, por conseguinte, a sua interpretação, a sua integração e a sua aplicação nos exactos parâmetros da sua situação de origem (e, quando se trate de ordenamentos diferentes, a sua eventual modificação, a sua suspensão ou a sua revogação, se aí forem modificados, suspensos ou revogados).

Ao invés, a recepção material resume-se a expediente de preenchimento de zonas de regulamentação jurídica. As normas recebidas sao Incorporadas como normas do sistema que as recebe ou nele enxertadas com o mesmo espírito que a este preside; e a sua vigência, a sua interpretação e a sua integração ficam em tudo

dependentes de outras normas do novo sistema ou subsistema a que ficam pertencendo (2).

Esclarecer-se-ão melhor estes conceitos, quase de seguida, tendo em conta o actual Direito constitucional português.

(1) Sobre o conceito, v., na doutrina portuguesa, GoxÇALVES DE PROENÇA, Relevância do Direito Matrimonial Canónico no Ordenamento Estadual, Coimbra, 1955, págs. 205 e segs.; ISABEL DE IUGALHÃES COLAÇO, Direito Internacional Privado, policopiado, Lisboa, 1958-1959, li, págs. 51 e se,-,s. e 68 e segs.; JOSÉ DIAS MARQUES, Introduçjo ao Estudo do Direito, 4.a ed., Ijsboa, 1972, págs. 386 e segs.; JoÃo BAPTisTA MACHADO, IfftrOdução ao Direito e ao Discurso Legitimador, Coimbra, 1983, págs. 107-108.

(2) Como bem dizia o artigo 1.0, n.o 3, da Lei n.o 3174. as disposiçÕw
da Constituição de 1933, na parte em que subsistissem, deviam ser interpretadas e ter as suas lacunas integradas de acordo com os princlpios expressos no Programa do Movimento das Forças Armadas.

3 -Manual de Direito Oonstitucional. 1:1
34 Manual de Direito Constitucional

1 VI -Não se circunscrevem as normas constitucionais às decretadas pelo poder constituinte ou por ele recebidas. São também normas formalmente constitucionais, como é óbvio, as que venham a ser estabelecidas por revisão constitucional ou por outra vicissitude da Constituição.
- . Ora, têm sido experimentadas duas técnicas de articulação das normas constitucionais supervenient,es com as normas constit.ucionais iniciais (ou precedentes, se já tiver havido uma revisão anterior). Consiste uma na introdução das novas normas nos lugares próprios do texto constitucional, mediante as substituições, as supressões e es aditamentos necessários: é a técnica mais frequentemente adoptada e a prevista no artigo 287.0, n.o 1, da nossa Constituição. Consiste outra na publicação de uma lei constitucional que perdura à margem da Constituição('), e que, de acordo com o princípio lex posterior .... vem modificar ou revogar alguns dos seus preceitos: é a técnica dos Aditamentos à Const.ltuição dos Estados Unidos e foi a dos Actos Adicionais à Constituição brasileira de 1824 e à Carta Constitucional portuguesa de 1826.

Seja como for, saídas de revisão constitucional ou de qualquer outra vicissitude, as novas normas Constitucionais inserem-se de Plèno na Constituição formal nuclear. Mesmo que se siga o segundo método, não se confunde ele nunca com os aludidos fenómenos de recepção formal ou material.

8. A Constituição em sentido instrumental

I - A distinção entre Constituição formal e Constituição instrumental é paralela à distinção entre fontes de Direito como processos de criação e fontes de Direito como modos de revelação de normas jurídicas (2).

' (1) Naturalmente, quando se emprega a primeira técnica, também é publicada a respectiva lei de revisão, mas esta caduca com a incorporação das novas normas constitucionais na Constituição e com a produção dos efeitos das normas transitórias que, porventura, ainda contenha.

(2) V., por todos, OLIVEIRA ASCENSÃO, 0 Direito - Introduçjo o Teoria Geral, 6.a ed., Coimbra, 1991, págs. 39 e segs.

As normas formalmente constitucionais(') depositam-se ou documentam-se em textos constitucionais (tenham ou não o nome de

Constituições, leis constitucionais ou designações equivalentes). Só as que sejam criadas por costume - admitindo-se a relevância de costume constitucional - ficarão de fora.

A inscrição de uma norma na Constituição instrumental é critério seguro de que pertence à Constituição formal. Isso somente não se verifica na ocorrência - algo anómala - de autodesconstitucionalização, quando a própria Constituição dispõe que certa norma ou a norma sobre certa matéria não adquire ou já não tem valor de norma constitucional: terá sido o caso do artigo 178.o da Constituição brasileira de 1824 e do artigo 144.o da Carta Constitucional.

Rezava esse artigo 144.0: IÉ só constitucional o que diz respeito aos limites e atribuições respectivas dos Poderes políticos e aos Direitos políticos e individuais dos cidadãos. Tudo o que não é constitucional pode ser alterado, sem as formalidades referidas, pelas Legislaturas ordinária,ss.

0 legislador constituinte, assentando numa determinada noção de matéria constitucional e parafraseando, de certa maneira, o artigo 16.o da Declaração de 1789, daí extraiu a consequência de não atribuir senão às normas atinentes à matéria tida por constitucional a garantia correspondente à forma constitucional. As demais normas, embora pennanecendo na constituição instrumental eram, pois, relegadas para fora da Constituição ordinária (2) (3).

(1) E, na Grã-Bretanha, algumas das normas materialmente constitucionais.

(2) Embora a prescrição de um prazo inicial de quatro anos de não revisão (art. 140.0) parecesse dever também aplicar-se-lhes.

(3) Assim, MIGUEL GALVÃO TELF-S, Eficácia dos tratados na ordem interna Portuguesa, Lisboa, 1967, pág. 92, nota; JORGE MIRANDA, Decreto, Coimbra, 1974, pág. 97; GomEs CANOTILHO, op. cit., pág. 67. No sentido da distinção entre rigidez e flexibilidade constitucional, no artigo 144.0 da Carta, Contributo..., cit., págs. 40 e 41-42, e AURCELLO CAETANO, Manual .... cit., ii, pág. 427. Cfr. ainda LoPF-s PRAÇA, Estudos sobro a Carta Constitucio,nal, i, Coimbra, 1878, págs. xxi e segs.; 3URNOCO E SOUSA, Direito Político - Poderes do Estado, Coimbra, 1910, págs. 602 e segs. Falando em Constituição semi-rígida por causa do artigo 178.o da Constituição brasileira, josé AFONSO DA SILVA, Curso de Direito Constitucional Positivo, 6.a ed., São Paulo, 1990, págs. 41-42.

Por seu turno, num sistema em que se imponha atender a normas constitucionais nucleares ou primárias e a normas constitucionais recebidas ou subprimárias, vale a pena falar em Constituição instrumental na acepção restrita atrás enunciada, porquanto, através desta, melhor se captam, à vista desarmada, as relações entre umas e outras normas e melhor se apreendem as condições concretas em que a Constituição formal do Estado tenha surgido e esteja a vigorar(').

II -As duas técnicas de inserção de novas normas constitucionais em Constituição formal reconduzem-se, no fundo, a duas técnicas de inserção na Constituição instrumental.

A primeira técnica talvez seja mais económica. E esse é um dos motivos, a juntar ao das vantagens de mais nítida determinação das normas constitucionais vigentes em cada momento, por que ela domina na prática. Ao invés, a segunda leva a multiplicar os documentos constitucionais: cada lei de revisão fica num texto constitucional separado.

Adoptando-se o segundo processo, avulta, uma vez mais,
• noção restrita de Constituição instrumental. Ela será agora
• Constituição -nominal, acompanhada por uma série maior ou menor de leis constitucionais posteriores. Em contrapartida, dar-se-á aí uma dissociação entre Constituição formal e Constituição instrumental,

visto que algumas das normas nesta ainda depositadas já não estarão em vigor (ou já não estarão, tal como aí se apresentam) por novas normas constitucionais as terem vindo alterar.

III -Em breve, a propósito das chamadas heteroconstituições, dar-se-á conta de um curioso fenômeno de dissociação entre Constituição formal e Constituição instrumental: quando um Estado outorga uma Constituição a uma comunidade política,

(1) Embora atenuando o que aduzimos nas edições anteriores, mantemos, pois, um conceito autónomo de Constituição instrumental relevante. Cfr., em posição contráxia, L~RCELO L~EBELO DE SousA, Direito Constitucional, Braga, 1979, pág. 44; e, em posição favorável, GomEs CANOTILHO, op. cit., págs. 62-63.

a qual depois adquire soberania, necessariamente, neste momento, mudando o princípio do poder constituinte, muda a Constituição formal, mas o texto constitucional perdura.

9. A Declaração Universal dos Direitos do Homem como parte da Constituição formal portuguesa

I - Sabe-se como as circunstâncias políticas anteriores a 1974 e as imediatamente posteriores levaram a que tanto numa das primeiras declarações revolucionárias como na Assembleia Constituinte se tomasse a Declaração Universal dos Direitos do Homem como elemento fulcral da legitimidade encarnada no novo Direito constitucional português.

Foi por isso que o artigo 16.0, n.o 2, da Constituição veio estabelecer que ((os preceitos constitucionais e legais relativos aos direitos fundamentais devem ser interpretados e integrados de harmonia com a Declaração Universal dos Direitos do Homem)) (1).

II -Este artigo 16.0, n.o 2, da Constituição de 1976 não é uma norma de recepção material. Não sujeita os artigos ou proposições da Declaração Universal aos quadros da Constituição; conjuga, sim, a Constituição com a Declaração Universal no domínio dos direitos fundamentais, fazendo-a participar e depender do seu espírito numa necessária harmonia valorativa. É uma norma de recepção formal.

Traduzindo-se, como se traduz, a Declaração Universal em princípios gerais de Direito internacional - como hoje cada vez

(1) V. Didrio, n.- 13, 30, 31, 32 e 35, respectivamente págs. 272, 786, 811, 849 e 942 e 945. Cfr. ainda a comemoração do 30.o aniversáxio da Declaração Universal pela Assembleia da República em 13 de Dezembro de 1978 (Didrio, I legislatura, 3.a sessão legislativa, n.o 18, págs. 619 e segs.).

Aquando da segunda revisão constitucional, de um dos projectos chegou a constax a eliminação do artigo 16.0, n.o 2, mas a proposta foi rejeitada em comissão e retirada (por se reconhecer, afinal, utilidade na referência à Declaração) antes da votação no plenário do Parlamento. V. Didrio da Assembl--ia da República, V legislatura, 1.a sessão legislativa, 2.a série, n.O 6-RC, acta n." 4, págs. 102 e segs., e n.o 66-RC, acta n.O 64, págs. 2018-20191~ e 2.a sessão legislativa, 1.a série, n.o 64, pág. 2206.

mais se reconhece e tem sido comprovado desde 1948 por numerosíssimas convenções, resoluções, declarações e outras formas de execução e por uma já abundante jurisprudência - eles aplicar-se-iam, enquanto tais, na ordem interna por virtude da cláusula de recepção do Direito internacional geral ou comum do artigo 8.0, n.o 1, da Constituição e da cláusula aberta de direitos fundamentais do artigo 16.0, n.o 1 (1) (2).

0 artigo 16.0, n.o 2, eleva-os, porém, directamente à categoria de princípios constitucionais, a par dos que estão inscritos no preâmbulo da Constituição e no articulado e de outros, ainda, que o legislador constituinte não tenha querido ou podido explicitar. E, desse jeito, integra a Constituição positiva portuguesa com «o ideal comum a atingir» ou a «concepção comum» de direitos e liberdades a que se reconduzem tais princípios; configura a Constituição em sentido formal e a Constituição em sentido material de modo a aí abranger a Declaração (3).

A função do artigo 16.0, n.O 2, vem a ser dupla. Em primeiro lugar, ele situa os direitos fundamentais em Portugal num contexto mais vasto e mais sólido que o da ordem jurídica estadual positiva, situa-os no contexto da Declaração Universal dos Direitos do Homem. Em segundo lugar, vai impregnar a Constituição dos princípios e valores da Declaração, como parte essencial da ideia de Direito à luz da qual todas as normas constitucionais - e, por conseguinte, todas as normas da ordem jurídica portuguesa - têm de ser pensadas e postas em prática.

(1) V. A Declaração Universal e os Pactos Internacionais de Direitos do Homem, Lisboa, 1977, pág. xii, e o vol. iv deste Manual (Coimbra, 1988), págs. 147 e segs.

(2) Como repositório de princípios gerais de Direito internacional, a Declaração Universal não precisava de ser publicada. Foi-o, no entanto (Didrio da República, de 9 de Março de 1978), para que houvesse um texto oficial português.

(3) Contra, GomEs CANOTILHO e VITAL MOREIRA, Constituição da República Portuguesa Anotada, i, 2.a ed., Coimbra, 1984, págs. 159-160. Diferentemente, embora sem qualificarem o fenômeno como recepção formal, VIEIRA DE ANDRADE, Os Direitos Fundamentais na Constituição Portuguesa de 1976, Coimbra, 1983, pág. 37; e JORGE CAMPINOS, Direito Internacional dos Direitos do Homem, Coimbra, 1984, págs. 10 e segs.

Aos princípios em que se desdobra a Declaração Universal estendem-se todas as características e implicações próprias dos princípios consignados na Constituição (arts. 207.0, 277.0, n.O 1, e 290.0, n.o 2) (1).

III - Há quem vá mais longe do que nós, atribuindo à Declaração Universal não valor constitucional, mas sim supraconstitucional.

AFONSO QUEIR6 sustenta que a Declaração, enquanto decide da interpretação a dar aos preceitos constitucionaás relativos aos direitos fundamentais, tem força jurídica superior à da própria Constituição, enquanto interpretada sem o subsídio dessa Declaração (2). Outro Autor, PAULO OTERO, escreve que através do artigo 16.0, n.o 2, a Constituição auto-subordina-se a nível interpretativo, em matéria de direitos fundamentais, à Declaração, daí resultando o valor supraconstitucional desta - ainda que seja a Constituição o fundamento da vigência. da Declaração no ordenamento português; e se a interpretação conforme à Constituiçao for menos favorável do que a mera interpretação de normas da Constituição, prevalecerá tal interpretação menos favorável

Não aceitamos este entendimento.

Por um lado, o artigo 16.0, n.o 2, não deve ser considerado isoladamente, alçado a norma superior às demais; a recepção que ele opera dá-se no âmbito da Constituição nuclear; e, assim, se, por hipótese, uma qualquer norma constitucional origináxia for contrária à Declaração, então isso apenas significará que aí não funciona a recepção, que essa norma constitucional limita o alcance do artigo 16.0, n.O 2 C).

Por outro lado, muito menos se vê como poderia invocar-se a Declaração Universal para impedir a aplicação de norma constitucional que fosse mais favorável aos direitos fundamentais. 0 axtigo 16.0, n.o 2, serve para reforçar a consistência e alargax o âmbito dos

direitos, não para os diminuir

(1) V. recentemente, considerando a Declaração Universal elemento relevante para a formulação de juízo de inconstitucionalidade, o Acórdão n.O 222190 do Tribunal Constitucional, de 20 de junho de 1990, in Didrio da República, 2.a série, n.O 215, de 17 de Setembro de 1990. Cfr. também o Acórdão n.o 63185, de 16 de Abril de 1985, ibidem, 2.a série, n.o 133, de 12 de junho de 1985.

(2) Lições de Direito Administrativo, policopiadasi Coimbra, 1976, págs. 325-326.

(3) Declaração Universal dos Direitos do Homem o Constituição: a i-nconstitucionalidade de normas constitucionais, in 0 Direito, 1990, págs. 603 e segs., maxime 605, 609-610 e 612.

(4) Sobre inconstitucionalidade de normas constitucionais em geral,

Cfr. infra.

ou restringir. Nem se contra-argumente com o artigo 29.0, n.o 2, da Declaração (sobre deveres e limite ao exercício dos direitos), pois tão-pouco ele nisso se projecta (1).

IV - Além dos princípios constantes da Declaração Univçrsal, há outros princípios de Direito internacional geral ou comum a que a Constituição se reporta e que in primis deveriam também aqui ser considerados: são os princípios por que Portugal se rege Ras relações internacionais (art. 7.0, n.o 1) e os princípios que, nos limites da lei interna, prevejam a punição criminal de acções e omissões (art. 29.0, n.o 2).

Nem uns, nem outros, no entanto, são, rigorosamente, objecto de um fenómeno de recepção assimüável ao estabelecido no artigo 16.0, n.o 2.

Quanto àqueles primeiros princípios, é a própria Constituição que os enuncia: princípios da independência nacional, do respeito dos direitos do homem, dos direitos dos povos à autodeterminação e à independência, da igualdade entre os Estados, da solução pacífica dos conflitos internacionais, da não ingerência nos assuntos internos dos outros Estados, da cooperação com todos os outros povos para a emancipação e o progresso da humanidade. A Constituição enuncia-os, mas não os qualifica especialmente; e, enunciando-os, integra-os, directamente, no seu sistema. Não valem autonomamente.

Quanto aos segundos (2), trata-se de princípios a conjugar com o Direito ordinário português - com a lei interna, como se lê no artigo 29.0, n.o 2 - e dotados, portanto, de força jurídica infraconstitucional (3).

(1) V. vol. iv deste Manual, cit., págs. 271 e segs.

(2) Que tiveram por fontes o artigo 7.0, n.O 1, da Convenção Europeia dos Direitos do Homem e o artigo 15.0, n.o 2, do Pacto Internacional de Direitos Civis e Políticos.

(3) Neste sentido, parece, SOUSA BRITO, A lei penal e a Constituiçdo, in Estudos sobro a Constituiçc7o, obra colectiva, ii, Lisboa, 1978, págs. 242; GomEs CANOTILHO e VITAL MOREIRA, op. cit., i, pág. 207. Diversamente, PAULO OTERO (op. cit., ke. cit., pág. 607, nota) fala em força hierárquico-normativa igual à das normas constitucionais.

10. Os princípios cooperativos como parte da Constituição formal portuguesa

I - A Const'tu'Ç~lo dedica um particular favor ao cooperativismo, consagrando o direito de criação de cooperativas como um direito fundamental (art. 61.0, n.os 2 e 3), incumbindo o Estado de estimular e apoiar em geral as cooperativas (art. 86.'>, n.011 1 e 2), e prevendo, em especial, a actividade das cooperativas nos domínios dos direitos dos consumidores (art. 60.0, n.o 3), da habitação (art. 65.0, n.o 2, alínea b», da agricultura (arts. 97.0, n.o 2, 98.o e 100.0, n.013 1 e 2), e noutro plano, no do ensino (arts. 43.0, n.o 4, e 75.0, n.o 2).

A iniciativa cooperativa é o núcleo do sector «cooperativo e social» de propriedade e actividades económicas (art. 82.0, n.o 4) (1), cuja protecção é um dos princípios fundamentais da organização económica e social (art. 80.0, alínea e» e cuja subsistência é garantida em revisão constitucional (art. 288.0, alíneaf». E o lugar que ocupa não é só ditado pela relativa maior fragilidade das empresas de tipo cooperativo; é outrossim ditada por razões sociais e políticas ligadas à própria ideia de Direito da Constituição; e representa, porventura, uma das suas notas mais originais.

II - Para efeito de regime constitucional, as cooperativas definem-se através de certos parâmetros: os princípios cooperativos (arts. 61.0, n.o 2, e 82.0, n.o 4, alínea a» (2).

Somente as empresas que os observem beneficiam do auxílio do Estado, em verdadeira discriminação positiva (arts. 60.0, n.o 3, 1 a parte, 65.0, n.o 2, alínea b), e 100.0, n.08 1 e 2), e têm direitos de participação (arts. 60.0, n.o 3); e não são tidas como «entidades da mesma natureza» das empresas privadas, nos sectores vedados

(1) Resultante da agltitinação, feita em 1989, do sector cooperativo com os anteriores subsectores comunitário e colectivo (ou autogestionário) do sector público.

(1) Cfr. Didrio da Assembleia Constituinte, n.- 66 e 74, reuniões de 17 e 31 de Outubro de 1975, págs. 2060 e segs. e 2398 e segs., respectivamente, maximo págs. 2401 e 2402.

à iniciativa privada (art. 87.0, n.o 3), nem podem sofrer intervenção do Estado na sua gestão (art. 87.0, n.o 2) (1).

Quais são esses princípios? A Constituição não os enuncia, nem indica a sua sede ou um texto donde constem. Contudo, a doutrina, a jurisprudência e a prática entendem que ela tem em vista os princípios cooperativos comummente aceites (2) ~ proclamados pela Aliança Cooperativa Internacional ~) e acolhidos entre nós ao longo de uma experiência e de uma tradição cooperativista que remonta a mais de um século (4); e, apesar de algumas evitáveis flutuações legislativas, são eles os que explicita e desenvolve o artigo 3.o do Código Cooperativo ~).

III - Poder-se-á então admitir que, ao aludirem a princípios cooperativos, aqueles preceitos constitucionais procedem, ainda

(1) Até à última revisão constitucional ainda havia outra diferença: o artigo 83.0, n.o 2, preferia o regime cooperativo ao regime privado como forma de exploração de pequenas e médias empresas indirectamente nacionalizadas fora dos sectores básicos da economia.

,(2) V. SiLvA LOURENÇO, 0 cooperativismo e a Constituição, in Estudos sobro a Constituição, ii, págs. 373 e segs.; ?&ENEZES CORDEIRO, A Constituição patrimonial Privada, ibidem, 111, 1979, págs. 406 e segs.; CARLos FERREIRA DE ALMEIDA, Direito Económico, policopiado, i, Lisboa, 1979, págs. 264 e segs.; SIMÕES PATRÍCIO, Curso de Direito Económico, policopiado, 2.a ed., Lisboa, 1981-1982, págs. 229 e segs.; GomEs CANOTILHO e VITAL MOREIRA, Op. cit., i, págs. 329-330; Parecer n.o 33184 da Procuradoria-Geral da República,

de 19 de junho de 1986, in Boletim do Ministério da justiça, n.o 360, Novembro de 1986, págs. 271 e segs.

(3) No seu Congresso de Viena de 1966, a Aliança (como informa SiLvA LOURENÇO, op. cit., loc. cit., págs. 398 e segs.) definiu os seguintes princípios: 1.0) adesão livre; 2.0) gestão democrática; 3.0) juro limitado ao capital; 4.0) repartição de excedentes; 5.c» fomento da educação; 6.0) cola~)oração entre as cooperativas.

~) Neste sentido, Pareceres n.- 32181 e 15182 da Comissão Constitucional, de 17 de Novembro de 1981 e 27 de Abril de 1982, in Pareceres, xvii, págs. 117 e segs., e xix, págs. 205 e segs., respectivamente; Acórdão n.o 321189 do Tribunal Constitucional, de 29 de Março de 1989, in Diário da República, 1.a série, n.o 92, de 29 de Abril de 1989. No segundo parecer, a Comissão Constitucional pronunciou-se pela inconstitucionalidade material de um decreto por desrespeito dos princípios cooperativos.

C) Aprovado pelo Decreto-Lei n.o 454180, de 9 de Outubro (o qual já sofreu várias modificaçóes).

eles, a uma recepção - e, mesmo a uma recepção formal (se bem que não totalmente similar à da Declaração Universal). Não se tratará de mera remissão ou devolução para a lei: os princípios cooperativos não estão na disponibilidade do legislador, o seu sentido essencial impõe-se-lhe, ele não o poderia afectar ou substituir (1). Tratar-se-a, sim, de uma normatividade de origem consuetudinária, que releva directamente para a interpretação e a integração das normas constitucionais (mesmo se carecida de regulamentação legislativa).

11. As Leis n.- 8, 16 e 18175 como parte da Constituição formal portuguesa

1 - Em ((disposições finais e transitórias)), a Constituição ressalva - e ressalva na qualidade de leis constitucionais, não na de leis ordinárias (arts. 290.0, n.o 1, e 294.0) (2) - três das leis constitucionais publicadas após a revolução de 25 de Abril de 1974: as Leis n.08 8, 16 e 18175, respectivamente de 25 de julho, 23 de Dezembro e 26 de Dezembro, e todas referentes à incriminação e ao julgamento dos agentes e responsáveis da PIDE-DGS (3), a polícia política do regime autoritário anterior.

Percebe-se facilmente por que razão estas leis não podem deixar de ser entendidas como leis constitucionais (4), embora à margem da Constituição formal nuclear. Com efei to, por conterem desvios ao princípio da não retroactividade da lei incnmlnadora consagrado no artigo 29.0, n.O 1, e no artigo 11.0, n.o 2, da Declaração Universal (5) elas não poderiam subsistir se n~ao fosse

(1) Assim, SOUSA FRANCO, Nota sobro o princípio da liberdade ecomómica, Lisboa, 1986, pág. 20.

(2) 0 artigo 294.o era, no texto primitivo, o 309.o e, no texto a seguir a 1982, o 298.o

(3) Polícia Internacional e de Defesa do Estado; Direcção-Geral de Segurança.

(4) Neste sentido, GomF-s CANOTILHO C VITAL MOREIRA, Op. Cit., II, 2.a ed., Coimbra, 1985, pág. 581.

(1) Sobre a feitura do artigo 309.0, v. Diário da Assembleia Constituinte, n.- 30, 31, 37 e 129 respectivamente págs. 785, 810, 1019-1020, 1026-1027 e 4304 e segs.; e so~re a sua conservação em 1982 e em 1989 (principalmente, por se temerem problemas de aplicação da lei penal no tempo), v. Diário da Assembkia da República, ii legislatura, 2.a sessão legislativa,

a própria Constituição a determiná-lo; teriam caducado logo à face dos artigos 292.o e 293.o iniciais.

Permanecem, pois, e permanecem dotadas de força constitucional apenas por virtude de expressos preceitos da Constituição. As suas normas não possuem qualquer espécie de autonomia diante das demais normas constitucionais; devem ser interpretadas sistematicamente e integradas em correspondência com elas; e-até onde for possível-devem ter a leitura que menos colida com os princípios da Constituição material. Est ' amos bem longe dos moldes desenhados pelo artigo 16.0, n.o 2.

Il - A Constituição não se limita a ressalvar as Leis n.- 8175, 16175 e 18175, incorporando-as pura e simplesmente na nova ordem constitucional. Quer por as considerax estranhas à estrutura geral dessa nova ordem, quer por admitir que viessem a carecer de específicas explicitações ou de aperfeiçoamentos conceituaás no concemente a certas matérias, ela dispõe, desde logo, sobre estas, em determinados termos.

#A lei poderá precisax as tipificações criminais* constantes de preceitos da Lei n.o 8175 e otpoderá regular especialmente a atenuação extraordinárias ali prevista - prescreve o artigo 294.0, n.- 2 e 3. Mas esta lei não é uma lei constitucional de segundo grau, é uma lei ordinária sujeita às regras gerais de competência e de processo legislativo. Ou seja: a Lei n.o 8175 não é alterada; ela apenas pode vir a ser complementada, regulamentada ou executada por outra ou outras leis, com vista aos resultados pretendidos pelo legislador constituinte (1).

2.a série, 2.o supl. ao n.o 77, págs. 1456(55)-1456(56); e v legislatura, 1.a sessão legislativa, 2.a série, n.o 55-RC, acta n.o 53, págs. 1767 e segs., e 2.a sessão legislativa, n.o 104-RC, acta n.o 102, pág. 2948; e 2.8 sessão legislativa, 1.a série, n.o 86, págs. 4207 e 4208.

Em ofício publicado no Didrio (v legislatura, 2.a sessão legislativa, 2.a série, n.o 104-RC, pág. 2948), o Procurador-Geral da República considerou «subsistir utilidade jurídica no artigo 298.o da Constituição*, por estaxem ainda pendentes cerca de 140 processos. Mas poderia justificax-se um reexame de natureza política da situação, por o tempo decorrido desde 25 de Abril de 1974 e o número e estado de pendência dos processos apontarem para <io esgotamento da capacidade de reacção dos órgãos formais de controlo».

(1) Não se terá tratado de «aliviar ou abrandar a leii>; ter-se-á tratado de estabelecer «a claxeza da leis, o mínimo de enquadramento seguro e, quanto ao n.o 3, de «permitir defesa contraposta a essa fixação de pena sem lei anterior» (como foi dito na Assembicia Constituinte).

A lei autorizada pelos n.- 2 e 3 do artigo 294.o deve considerar-se uma lei ordinária pela forma, porque não depende de nenhuma tramitação a se e se lhe aplicam as regras gerais de competência dos órgãos de soberania: na sua previsão couberam, primeiro, o Decreto-Lei n.O 349176, de 13 de Maio (feito pelo Conselho da Revolução, ao abrigo do artigo 294.0, n.o 2, de 1976, e das Leis n.09 3/75 e 5/75) e, depois, a Lei n.o 1177, de 12 de janeiro (feita pela Assembleia da República). E lei ordinária também pelo conteúdo ou pela função a desempenhar, porque, por mais Intima que seja, numa cuidada perspectiva de dogmática penal, a relação entre a lei constitucional e a lei admitida no n.o 2 (4precisar as tipificações criminais#), nem por isso ela converte esta lei em elemento integrante daquela. E nem sequer há um nexo de necessidade entre norma constitucional e norma legislativa, como se se tratasse de uma norma não exequível por si mesma no sentido do artigo 283.o (1), pois o artigo 294.o não impõe, somente faculta tal norma (2).

III - Também porque na versão inicial da Constituição e para um

período limitado - até às últimas eleições dos titulares de órgãos de soberania, das regiões autónomas e do poder local que iniciassem funções durante a primeira legislatura, ou seja, até 14 de Outubro de 1980 (art. 299.0, n.o 1, de 1976) - se quis manter determinadas <dncapacidades cívicas» e porque estas incapacidades de direitos políticos vulneravwn o principio da igualdade e o da participação de todos os cidadãos na vida pública (arts. 13.0 e 48.0), procedeu-se aí a um duplo processo de constitucionalização e de recepção material. 0 Decreto-Lei n.o 621/B-74, de 15 de Novembro, só pôde ser ressalvado nessas condições; senão, seria inconstitucional após 25 de Abril de 1976.

Aliás, a norma constitucional transitória que dele se ocupou, o artigo 308.o ~), veio - ao invés do que aconteceu com a norma relativa à incriminação e ao julgamento dos agentes e responsáveis da polícia política - simultaneamente, modificar ou regulamentar certos aspectos do regime do próprio Decreto-lei n.o 621-B/74, insusceptíveis depois de qualquer intervenção legislativa.

Em 15 de Outubro de 1980, essa norma deixou de vigorar.

(1) Sobre normas não exequiveis por si mesmas, cfr. infra.

(2) Seguimos o Parecer n.o 9179, de 27 de Março, da Comissão Constitucional, in Pareceres, viii, págs. 10 e segs.

(3) V. Didrio da Assembleia Constituinte, n.- 42, 108, 128 e 129, respectivamente págs. 1185-1186, 3545 e segs., 4270 e 4279 e segs.

12. 0 estatuto de Macau como parte da Constituição formal portuguesa

I -A Assembleia Constituinte em 1975 votou um preceito (o art. 5.0, n.o 4; hoje, após 1989, art. 292.0, n.o 1) segundo o qual Macau, eterritório sob administração portuguesa)> se rege por éestatuto adequado à sua situação especiab>.

Tal estatuto seria aprovado através da Lei n.o 1176, de 17 de Fevereiro - anterior, portanto, à conclusão dos trabalhos da Assembleia e à entrada em vigor da Constituição e que esta, expressamente, viria a ressalvar (art. 306.0, que passaria a 296.o em 1982 e a 292.o em 1989) (1). Nascido como lei constitucional, o estatuto conservaria essa qualidade com a Constituição, o que significa que ocorreu aqui também um fenômeno de recepção (material) (2).

II - Mas a Constituição prevê ainda (como não poderia deixar de ser) a modificação do estatuto e até a sua substituição (art. 306.0, n.os 2 e 3, depois 296.0, n.o 2 e 3, e agora 292.0, n.- 2, 3 e 4), mediante um processo em que se assinalam iniciativa originária exclusiva da Assembleia Legislativa de Macau (e, desde 1989, também do Governador, ouvida a Assembleia), parecer do Conselho de Estado (até 1982, do Conselho da Revolução), aprovação pela Assembleia da República e, no caso de alterações por esta introduzidas, pronúncia favorável do órgão de iniciativa.

É um processo distinto do processo legislativo ordinário (arts. 170.o e 171.0, maxime); do processo de aprovação dos estatutos das regiões autónomas (art. 228.0) - até porque, neste,

(1) Sobre este preceito constitucional, v. Didrio da Assembleia Constituinte, n.- 116 e 130, respectivamente págs. 3842 e 4354; Didrio da Assembleia da República, ii legislatura, 2.a sessão legislativa, 2.8 série, 2.o suplemento ao n.o 77, págs. 1456(44) e segs. e suplemento ao n.(> 93, págs. 1762(20)-1762(21), e 1.a série, n.o 129, págs. 5430 e segs.; e ibidem, v legislatura, 1.a sessão legislativa, 2.a série, n.o 55-RC, acta n.o 53, págs. 1769 e segs.; e 2.a sessão legislativa, n.o 99-RC, acta n.o 97, págs. 2838-2839; e 1.8 série, n.O 86, págs. 4206 e 4207, e n.o 90, págs. 4497-4498 e 4504.

(2) Diversamente, VITA.LINO CANAS, Retaçôres entro o

ordenamento constitucional Portugugs e o ordenamento jurídico do território de Macam, in Boletim do Ministério da justiça, n.o 365, Abril de 1987, págs. 86 e segs.

o subsequente parecer da Assembleia Legislativa Regional, em caso de alterações votadas pela Assembleia da República, não carece de ser favorável; e distinto também do processo de revisão const,itucional (arts. 284.o a 286.0) - por não se prescreverem, requisitos temporais, nem de maioria qualificada, mas, em c,ontrapartida, reserva de iniciativa e necessidade de concordância entre a Assembleia Legislativa (ou o Governador) e a Assembleia da República (1). Mas as alterações ao estatuto tomam a forma de lei (art. 169.0, n.o 3), e não a de lei constitucional (art. 169.0, n.O 1) ou a de lei orgânica (art. 169.0, n.o 2).

E, efectivamente, o estatuto sofreu já duas modificações: primeiro, de pouca importância, através da Lei n.o 53179, de 14 de Setembro, e, recentemente, de grande vulto, através da Lei n.o 13190, de 10 de Maio ~).

III - Resta indagar do modo como se relacionam as alterações ao estatuto com a Constit,uiçao.

A dificuldade não advém da diferença de regras de competência e de processo no confronto das regras de revisão constitucional: para diversas normas constitucionais bem pode haver diversas regras de competência e de processo; e a part,icii)ação positiva e constitutiva tanto da Assembleia da República como do órgão do território que tomou a iniciativa das alterações radica na própria índole dos laços entre Portugal e Macau como entidades políticas separadas. A dificuldade resulta de as alterações (ou o estatuto totalmente novo) não revestirem a forma de lei constitucional.

Embora o ponto seja algo duvidoso, não vemos como evitar-se,mesmo assim, a qualificação como lei constitucional. Se fosse uma lei ordinária (inclusive, uma lei ordinária reforçada) como poderia afectar uma lei, como a Lei n.o 1176, ressalvada como lei constitucional pela Constituição? E por que negar (se se quisesse contra-argumentar) às normas estatutárias de Macau natureza de normas, constitucionais, tendo em conta não só a sua função mas também a sua evidente proeminência sobre todas as leis aplicáveis no t.errl~

(1) Quase em termos de bicameralismo.

(2) Cuja publicação foi acompanhada da nova versão do estatuto.

t6rio ? Aliás, é a Constituição que aponta nesse sentido, quando, a partir de 1982, expressamente menciona a Lei n.o 53179 (feita antes da primeira revisão constitucional) e refere a competência do Presidente da República para a prática dos «actos relativos ao território de Macau previstos no respectivo estatuto» (arts. 292.0, n.o 2, e 137.0, alínea i), no texto actual).

0 artigo 169.o não define as leis de alterações ao estatuto como leis constitucionais, mas tem de ser entendido em conjugação com o artigo 292.o E assim como as normas criadas pelo processo de revisão constitucional se enxertam na Constituição como normas constitucionais, as normas criadas pelo processo do artigo 292.0 enxertam-se no estatuto como normas de força jurídica igual à das restantes normas estatutárias e, por via dele, na Constituição formal portuguesa como normas constitucionais subprimárias (1) (2) (3).

13. Normas material e formalmente constitucionais

I - Definidos os conceitos de Constituição em sentido material e em sentido formal, cabe indagar como intercedem no plano das normas

jurídicas presentes em qualquer sistema (4).

(1) Algo diferentemente, paxece, GomEs CANOTILHO, Op. cit., pág. 66.

(5 Observe-se que no Direito português deste século só a Constituição de 1976 autonomizou uma categoria formal de leis constitucionais em correspondência com as leis de revisão constitucional. Nas Constituições de 1911 e de 1933, as leis de revisão eram promulgadas como leis, simplesmente, sem distinção das leis ordinárias.

(3) Na 2.8 ed. do presente volume, a propósito da Lei n.o 53179, falámos em recepção material (pág. 38). Obviamente, agora, na lógica do nosso raciocínio, temos de corrigir: recepção material só ocorreu em 1976; depois o que houve foi revisão constitucional atípica.

(~) Sobre o problema, v. HELLER, op. cit., págs. 323-324; MoRTATi, Costituzione .... cit., loc. cit., págs. 144 e segs.; SPAGNA MUSSO, COStitUZiOnO rígida o fonti atipiche, Nápoles, 1966, págs. 23 e segs.; K. C. WHEARE, Modern Constitutions, 2.a ed., Londres, 1966, págs. 1 e segs.; FRANCO MODuGNo, L'Invalidità della legge, i, Milão, 1970, págs. 138 e segs.: JORGE IVDP-KNDA, Notas para uma Introduçdo ao Direito Constitucional ComParado, Lisboa, 1970, págs. 11 e segs.; P. LUCAS VERDU, Op. cit., ii, págs. 417 e segs.; "INHOLD ZIPPELIUS, Teoria Geral do Estado, trad., Lisboa, 1974, pág. 36;

A priori seria de supor ou a referência desses sentidos a uma só realidade normativa ou a sua independência recíproca (com sobreposição numas zonas e contraposição noutras) ou ainda a necessidade de, pelo menos, se verificar uma correlação entre eles. Parece, porém, mais indicado sustentar (até pelo exame das diferentes ordens jurldicas) que preferível é o terceiro entendimento.

Revertendo ao conceito de Direito constitucional e comple. tando o que acaba de ser mostrado quanto ao enlace entre Const.ituição formal e Constituição instrumental, há que reiterar que as normas constantes da Constituição formal são (pelo menos, em princípio) normas materialmente constitucionais; mas que, para lá delas, muitas outras pode haver também materialmente constitucionais (de 2.o grau), embora dispersas por diplomas de Direito ordinário.

II - A Constituição formal é, desde logo, Constituição material - porque, insista-se, ela serve Qógica e historicamente) de manifestação da Constituição material que, em concreto, lhe subjaz; porque a forma não pode valer por si, vale enquanto se reporta a certa substância.

Mesmo concedendo que esta ou aquela norma constante da Constituição formal (ou da instrumental), vista de per si, escapa a qualquer atinência significativa com a Constituição material, ela tem sempre de ser situada no contexto global da Constituição. E isso implica, por um lado, que a sua leitura tem de ser conjugada com a das outras normas, estas, à partida, materialmente constitucionais; e, por outro lado, que, por se inserir em tal contexto, qualquer preceito conta para a interpretação sistemática que recaia sobre os demais preceitos (1).

MARCELLO CAETANO, Direito Constitucional, i, cit., págs. 399 e segs.; GIANCARLO ROLLA, Riforma dello Istituzioni e Costituzione Materiak, Milão, 1980, pág. 120; josé AFONSO DA SiLvA, Aplicabilidade das normas constitucionais, 2.a ed., São Paulo, 1982, pág. 32; GomFs CANOTILHO, OP- Cit-, págs. 65 e segs.

(1) Nem se invoquem contra esta opinião disposições constitucionais que, expressamente, parecem vir elas próprias circunscrever o àmbito da

t6rio? Aliás, é a Constituição que aponta nesse sentido, quando, a partir de 1982, expressamente menciona a Lei n.o 53179 (feita antes da primeira revisão constitucional) e refere a competência do Presidente da República para a prática dos «actos relativos ao território de Macau previstos no respectivo est.atut.o» (axts. 292.0, n.o 2, e 137.0, alínea i), no texto actual).

0 artigo 169.o não define as leis de alterações ao estatuto como leis constitucionais, mas tem de ser entendido em conjugação com o artigo 292.o E assim como as normas criadas pelo processo de revisão constitucional se enxertam na Constituição como normas constitucionais, as normas criadas pelo processo do artigo 292.0 enxertam-se no estatuto como normas de força jurídica igual à das restantes normas estatutárias e, por via dele, na Constituição formal portuguesa como normas constitucionais subprimárias (1) (2) C).

13. Normas material e formalmente constitucionais

I - Definidos os conceitos de Constituição em sentido material e em sentido formal, cabe indagar como intercedem no plano das normas jurídicas presentes em qualquer sistema ~).

(1) Algo diferentemente, parece, GomEs CANOTILHO, Op. cit., pág. 66.

(2) Observe-se que no Direito português deste século só a Consti
tuição de 1976 autonomizou uma categoria formal de leis constitucionais
em correspondência com as leis de revisão constitucional. Nas Constituições
de 1911 e de 1933, as leis de revisão eram promulgadas como leis, simples
mente, sem distinção das leis ordinárias.

(3) Na 2.8 ed. do presente volume, a propósito da Lei n.O 53P9, falámos em recepção material (pág. 38). Obviamente, agora, na lógica do nosso raciocínio, temos de corrigir: recepção material só ocorreu em 1976; depois o que houve foi revisão constitucional atípica.

(4) Sobre o problema, v. HELLER, Op. cit., págs. 323-324; MORTATI, Costituzi~ .... cit., loc. cit., págs. 144 e segs.; SPAGNA MUSSO, COStitttZiOnO rígida e fonti atipiche, Nápoles, 1966, págs. 23 e segs.; K. C. WHEARE, Modern Constitutions, 2.a ed., Londres, 1966, págs. 1 e segs.; FRANCO MODUGNO, L'Invalidità della legge, i, Milão, 1970, págs. 138 e segs.: JORGE MIRANDA, Notas para uma I-ntroduçdo ao Direito Constitucional Comparado, Lisboa, 1970, págs. 11 e segs.; P. LucAs VERDU, Op. cit., ii, págs. 417 e segs.; "INHOLD ZiPPELius, Teoria Geral do Estado, trad., Lisboa, 1974, pág. 36;

A priori seria de supor ou a referência desses sentidos a uma só realidade normativa ou a sua independência recíproca (com sobreposição numas zonas e contraposição noutras) ou ainda a necessidade de, pelo menos, se verificar uma correlação entre eles. Parece, porém, mais indicado sustentar (até pelo exame das diferentes ordens jurídicas) que preferível é o terceiro entendimento.

Revertendo ao conceito de Direito constitucional e completando o que acaba de ser mostrado quanto ao enlace entre Constituição formal e Constituição instrumental, há que reiterar que as normas constwltes da Constituição formal são (pelo menos, em princípio) normas materialmente constitucionais; mas que, para lá delas, muitas outras pode haver também materialmente constitucionais (de 2.0 grau), embora dispersas por diplomas de Direito ordinário.

Il - A Constituição formal é, desde logo, Constituição material

- porque, insista-se, ela serve Q6gica e historicamente) de manifestação da Constituição material que, em concreto, lhe subjaz; porque a forma não pode valer por si, vale enquanto se reporta a certa substância.

Mesmo concedendo que esta ou aquela norma constante da Constituição formal (ou da instrumental), vista de per si, escapa a qualquer atinência significativa com a Constituição material, ela tem sempre de ser situada no contexto global da Constituição. E isso implica, por um lado, que a sua leitura tem de ser conjugada com a das outras normas, estas, à partida, materialmente constitucionais; e, por outro lado, que, por se inserir em tal contexto, qualquer preceito conta para a interpretação sistemática que recaia sobre os demais preceitos (1).

MARCELLO CAETANO, Direito Constitucional, i, cit., págs. 399 e segs.; GIANCARLO ROLLA, Riforma dello Istituzioni o Costituzione Materiale, Milão, 1980, pág. 120; josé AFONSO DA SiLvA, Aplicabilidado das normas constitucionais, 2.a ed., São Paulo, 1982, pág. 32; GomEs CANOTILHO, Op. Cit., págs. 65 e segs.

1 Nem se invoquem contra esta opinião disposições constitucionais
que, expressamente, parecem vir elas próprias circunscrever o àmbito da

Mas, sobretudo, nenhuma hesitação se justifica a respeito das regras de Direito civil, de Direito penal, de Direito administrativo ou de Dircito tributário que se deparam, com mais ou menos abundância, na Constituição formal. Elas são, ao mesmo tempo, normas desses vários ramos e normas materialmente constitucionais, porque, no seu,conjunto, emprestam expressão directa e imediata à ideia de Direito, aos valores, às escolhas políticas fundamentais da Constituição; elas são os princípios constitucionais do Direito civil, do Direito penal, do Direito administrativo ou do Direito fiscal.

III - Seja qual for o critério ou princípio teórico que se queira adoptar para definir o âmbito da Constituição material - e muitos têm sido propostos, desde a disciplina dos elementos do Estado à disciplina da actividade fundamental do Estado - é indiscutível que as normas materialmente constitucionais não cabem todas na Constituição formal. Não cabem hoje, como não cabiam já nas Constituições liberais.

Basta pensar no próprio domínio mais generalizadatnente tido por pertencente à Constituição material: do estatuto dos órgãos e dos titulares dos órgãos govemativos à regulamentação das eleições políticas, as respectivas normas não se esgotam (nem podem esgotar-se) na Constituição formal (ou na Constituiçao instrumental). E vários capítulos de Direito constitucional - o Direito parlamentar, o Direito eleitoral, o Direito constitucional da economia - incluem cada vez mais numerosas normas de Direito ordinário e até se entrelaçam, por vezes, com normas de Direito internacional (como sucede, no tocante aos direitos fundamentais, com normas de tratados internacionais, de harmonia com os arts. 8.0, n.o 2, e 16.0, n.o 1, da Constituição de 1976).

Não há, nunca terá havido, nem, porventura, poderá vir a haver uma completa codificação das normas constitucionais, que seria o equivalente à coincidência da Constituição material, da Constituição formal e da Constituição instrumental. Nem mesmo

Constituição material - entre as quais o já analisado artigo 144.o da

nossa Caxta Constitucional. Este preceito, desqualificando certas normas e afastando-as da Constituição formal, nem sequer releva para a questão.

quando a Constituição formal se alonga muito e muito no texto constitucional isso chega a verificar-se, porque a extensão da Cons tituição formal não é senão consequencia e, simultaneamente, causa de nova extensão da Constituição material: o que se passa connosco e ' com outras Constituições (insista-se) revela-o bem.

Não há c\bdificação em Direito constitucional comparável à do Direito civil. São os próprios factores políticos (prevalecentes sobre os factores estritamente técnico-jurídicos) que a impedem e que levam a que em cada Constituição formal apenas ingresse uma parte das normas em que consiste o estatuto jurídico do poder e da comunidade política(').

IV -Rasgados, assim, os horizontes das normas materialmente constitucionais, não pode, contudo, deixar de se distinguir entre as que se encerram na Constituição final e aqueloutras que relevam do Direito ordinário, produto de leis e outras fontes infraconstitucionais. Só as primeiras correspondem a poder constituinte, a uma opção ou valoração fundamental; as segundas definem-se por referência a elas e modeladas por elas. (apesar da latitude da discricionariedade legislativa), sem as poderem contradizer.

Há dois graus de normas substancialmente constitucionais, portanto. Numa perspectiva sistemática e estática, elas todas formam uma unidade; numa perspectiva genética e de validação, separam-se pela interposiçào da Constituição formal.

0 poder constituinte esgota-se na feitura da Constituição formal, não se exerce obviamente através da edição das normas ordinárias destinadas a dar-lhe desenvolvimento, concretização e execução (sob pena de se confundir com o poder normativo do Estado). E por aqui, mais uma vez, se compreende como a Constit.uição formal possui um sentido material.

(1) Cfr. josé TAVARES, Cig-ncia do Direito Político, Coimbra, 1909, págs. 135 e segs.; SCHMITT, Op. Cit., PágS. 17-18; HELLER, op. cit., pág. 324. Como escreve este autor, os textos constitucionais têm certamente conteúdos típicoz, mas não existem princípios teóricos que determinem o que se deve reservar à lei constitucional. Sobre o que há-de regular o texto constitucional decidem a tradição, a conveniência política, a situação de poder e a consciência jurídica.

É assim mesmo quando a Constituição cuida da sua regulamentação ou execução integradora (1) logo em sede de disposições transitórias (como, no texto inicial de 1976, os arts. 293.0, n.os 2 e 3, 295.0, n.O 3, 298.0, 301.0, 302.0, 303 e 304.o e, nas Leis Constitucionais n.os 1182, de 30 de Setembro, e 1189, de 8 de julho); ou quando cria, aparentemente para esse fim, categorias de leis com processo especial ou estatuto reforçado (como as ((leis constitucionais* do art. 138.o da Constituição italiana, as deis orgànicas* do art. 46.0 da Constituição francesa, do art. 81.0 da Constituição espanhola ou, após 1989, do art. 169.0, n.o 2, da Constituição portuguesa; e as deis complementares à Constituição)) do art~ 59.0-11 da Constituição brasileira).

§ 2.o

Concepções gerais sobre a Constituição

14. A teorização da Constituição

Importa agora fazer referência -não tão alargada quanto seria possível ou necessário em obra doutra índole - à problemática da teorização da Constituição, ou seja, ao esforço de elaboração e aprofundamento do seu conceito e de equacionação das questões fundamentais da dogmática constitucional.

Para tanto, situar-se-ão as posições que sobre ela têm sido assumidas no âmbito das grandes concepções jurídicas ou juridico-políticas contemporâneas do constitucionalismo. A seguir, mencionar-se-ão em particular algumas das tentativas de construção mais interessantes - as de LASSALLE, KELSEN, HAURIOU, ScHmiTT, HELLER, SMEND, MoRTATi, BURIDEAU, HESSE e MODUGNO (2) - e as propostas por autores portugueses recentes. Por último, esboçar-se-á, em traços muito gerais, a nossa própria posição.

(1) Cfr. GiusEPPE DE VERGOTTINI, Diritto Costituzionale Comparato, 3.a ed., Pádua, 1991, págs. 159 e segs.

(2) Sobre a «teoria da Constituição* como disciplina actual, cfr. LucAs VERDU, Op. Cit., II, PágS. 395 e segs., ou GomEs CANOTILHO, Op. Cit., págs. 36 e segs.

15. As grandes correntes doutrinais

Não surpreende que a Constituição surja com natureza, significação, características e funções diversas consoante as diferentes correntes doutrinais que atravessam os séculos xix e xx:

a) Concepções jusnaturalistas (manifestadas segundo as premissas do jusracionalismo nas Constituições liberais e influenciadas depois por outras tendências) -a Constituição como expressão e reconhecimento, no plano de cada sistema jurídico, de princípios e regras de Direito natural (ou de Direito racional), sobretudo dos que exigem o respeito dos direitos fundamentais das pessoas; a Constituição como meio de subordinação do Estado a um Direito superior e, de tal sorte que, juridicamente, o poder político não existe senão em virtude da Constituição; b) Concepções Positívistas ~)revalecentes de meados do século xix ao fim da primeira guerra mundial, tendo como representailte, entre outros, LABAND, JELLINEK OU CARRÉ DE 31ALBERG e em que se inclui ainda KELSEN) - a Constituição como lei, definida pela forma, independentemente de qualquer conteúdo axiológico, e havendo entre a lei constitucional e a lei ordinária apenas uma relação lógica de supra-ordenação; a Constituição como conjunto de normas decretadas pelo poder do Estado e definidoras do seu estatuto; c) Concepções historicistas (BURKE, DE MAisTRE, GIERKE) a Constituição como expressão da estrutura histórica de cada povo e referente de legitimidade da sua organização política; a Constituição como lei que deve reger cada povo, tendo em conta as suas qualidades e tradições, a sua religião, a sua geografia, as suas relações políticas e económicas; d) Concepções sociológicas (LAssALLE, SISMONDI, até certo ponto LORENZ VON STEIN) - a Constituição como conjunto ou consequência dos mutáveis factores sociais que condicionwn o exercício do poder; a Constituição como lei que rege efectivamente o poder político em certo país, por virtude das condições sociais e políticas nele dominantes; e) Concepções marxistas (estudadas no 1.o volume a propósito do sistema constitucional soviético) - a Constituição

como superestrutura jurídica da organização económica que prevalece em qualquer país, um dos instrumentos da ideologia ,iãa classe dominante (e a Constituição socialista, em especial na linha leninista e estalinista, como Constituição-balança e Constituição-

programa);

f) Concepções institucionalistas (HAURIOU, RENARI), BURDEAU e SANTI ROMANO, MORTATI) - a Constituição como expressão da organização social, seja como expressão das ideias duradouras na comunidade política, seja como ordenamento resultante das instituições, das forças e dos fins políticos;

g) Concepção decisionista (ScHmiTT) -a Constituição como decisão política fundamental, válida só por força do acto do poder constituinte, e sendo a ordem jurídica essencialmente um sistema de actos preceptivos de vontade, um sistema de decisões;

h) Concepções decorrentes da filosofia dos valores (MAUNZ, BACHOF) -a Constituição como expressão da ordem de valores, ordem que lhe é, portanto, anterior, por ela não criada e que vincula directamente todos os poderes do Estado;

i) Concepções estruturalistas (SPAGNA MUSSO, JOSÉ AFONSO DA SILVA) - a Constituição como expressão das estruturas sociais historicamente situadas ou ela própria como estrutura global do equilíbrio das relações políticas e da sua transformação (1).

(1) Para uma exposição mais circunstanciada e crítica de algumas destas concepções, v. F. JAVIER CONDE, Introducción al Derecho Politico Actual, Madrid, 1953; M. GARCIA PFLAYO, Derecho Constitucional Comparado, 8.a ed., Madrid, 1967, págs. 33 e segs.; BALLADORE PALLIERI, A Doutrina do Estado, trad., Coirnbra, 1969, 1, págs. 206 e segs.; C. MORTATI, COStituzime .... cit., loc. cit., págs. 104 e segs.; F. LUCAS PIRES, 0 problema..., cit., págs. 27 e segs., e Teoria..., cit., págs. 47 e SCGS.; PABLO LUCAS VERDU, Constitución, in Nueva Enciclopedia juridica, v, 1976, págs. 212 e segs., e La lucha contra el Positivismo juridico en Ia Republica de Weimar. La teoyia constitucional de Rudolf Smend, Madrid, 1987; M. REBELO DE SOUSA, Op. cit., págs. 17 e seg-,.; a obra colectiva La Politica dello Stato: Carl Schmitt, Veneza, 1981; JOSÉ AlrONSO DA SiLvA, Aplícabilidade ... 1 cit., págs. 9 e segs.; GomE,, CANOTILFIO, Constituição Dirigente..., cit., págs. 141 e segs., e Direito Constitucional, cit., págs. 75 e segs.; ADRIANO GIOVANNELLI, Dottrina e teoria della Costituzione in Kelse-n, Milão, 1983; MARIO DOGLIANI, Iudirizzo politico - Riflessioni su regole e regolarità nel Diritto Constituzionak, Nápoles, 1985, págs. 141 e segs.; PAULO BONAVIDES, Polittca e

16. Algumas teorias da Constituioo

I -A primeira das teorias da Constituição em particular que interessa referir e resumir, por ser uma rejeição das doutrinas liberais ainda no século xix, é a de FERDINAND LASSALE.

LASSALE afirma a necessidade de distinguir entre Constituições reais e Constituições escritas. A verdadeira Constituição de um país reside sempre e unicamente nos factores reais e efectivos de poder que dominem nessa sociedade; a Constituição escrita, quando não corresponda a tais factores, está condenada a ser por eles afastada; e, nessas condições, ou é reformada para ser posta em sintonia com os factores materiais de poder da sociedade organizada ou esta, com o seu poder inorgânico, levanta-se para demonstrar que é mais forte, deslocando os pilares em que repousa a Constituição. Os problemas constitucionais não são primariai3~ente poblemas de direito, mas de poder (1).

II - Nos antípodas da construção de LASSALE, situa-se a de KELSEN.

KF-LSEN configura o Direito como ordem normativa, cuja unidade tem de assentar numa norma fundamental- pois o fundamento de validade de uma norma apenas pode ser a validade de outra norma, de uma norma superior. Há uma estrutura hierárquica de diferentes graus do processo de criação do Direito, que desemboca numa «norma

fundamental».

Tal norma superior é a Constituição - mas esta tem de ser entendida em dois sentidos, em sentido jurídico-positivo e em sentido lógico-jurídico.

Em sentido positivo, a Constituição representa o escalão de Direito positivo mais elevado. É a norma ou o conjunto de normas jurídicas através das quais se regula a produção de normas jurídicas gerais; e esta produção de normas jurídicas gerais reguladas pela Constituição tem, dentro da ordem jurídica estadual, o carácter da legislação.

Em sentido lógico-jurídico, a Constituição consiste na norma fundamental hipotética, pois, como norma mais elevada, ela tem de ser pressuPosta, não pode ser posta por uma autoridade, cuja competência teria ainda de se fundar numa norma ainda mais elevada (2).

Constituição, cit., págs. 183 e segs., e Direito Constitucional, 3.a ed., Rio de janeiro, 1988, págs. 84 e SCGS.; SERGIO BARTOLE, COStitUZiOne Materia16 0 ragionamento giuridico, in Scritti in onore di Vezio Crísafulli, obra colectiva, ii, Pádua, 1985, págs. 53 e segs.; ROBERTO NANIA, Il Valore della Costituzione, Milão, 1986, págs. 45 e segs.; o n.o 3, ano vi, de Dezembro de 1986, de Quaderni Costituztonali; KLAUS STERN, Derecho del Estado de Ia Republica Federal Alemana, trad., Madrid, 1987, págs. 202 e segs.

(1) tyber Verfassungswesen, 1862 (consultámos a trad. castelhana Que os un Constitwi6n, Barcelona, 1976).

(2) V. Teoria General del Estado, trad., Barcelona, 1934, págs. 325 e segs., e Teoria Pura de Direito, 2.a ed. portuguesa, Coimbra, 1962, ,i, págs. 1 e segs. e 64 e segs.

III - Para IVIAURICE HAURIOU, o regime constitucional - que é a ordem essencial da sociedade estadual no seu livre desenvolvimento determina-se pela acção de quatro factores: o poder, a ordem, o Esatdo e a liberdade. 0 poder é, simultaneamente, o fundador e o organizador da ordem. 0 Estado é uma forma aperfeiçoada de ordem. A liberdade é tanto a causa como o fim dessas acções e da criação dessas formas.

. Uma organização social toma-se duradoura, quando está instituída - ou seja, quando, por um lado, à ideia directriz que nela existe desde o momento da sua fundação pode subordinar-se o poder de governo, mercê do equilíbrio de órgãos e de poderes, e quando, por outro lado, esse sistema de ideias e de equilíbrio de poderes foi consagrado, na sua forma, pelo consentimento dos membros da instituição e do meio social.

As formas jurídicas empregadas na organização do Estado em vista da liberdade são, por ordem histórica: 1.a) as instituições costumeiras; 2.8) o reino da lei com valor constitucional, particularmente na Inglaterra; 3.a) as Constituições nacionais, que aparecem em finais do século xviii, * par do princípio da soberania nacional. E uma Constituição nacional é * estatuto do Estado considerado como corporação e dos seus membros, estabelecido em nome da nação soberana por um poder constituinte e por uma operação legislativa de fundação segundo um processo especial.

A Constituição compreende a Constituição política e a Constituição social. A primeira versa sobre a forma geral do Estado e sobre os poderes públicos. A segunda, sob muitos aspectos mais importante que a Constituição política, tem por objecto primacial os direitos individuais, que também valem como instituições jurídicas objectivas (1).

IV - A concepção decisionista no domínio constitucional tem em CARL SCHMITT 0 Seu maior expoente.

ScHmiTT distingue quatro conceitos básicos de Constituição: um conceito absoluto (a Constituição como um todo unitário) e um

conceito relativo (a Constituição como uma pluralidade de leis particulares), um conceito positivo (a Constituição como decisão de conjunto sobre o modo e a forma da unidade política) e um conceito ideal (a Constituição assim chamada em sentido distintivo e por causa de certo conteúdo).

Uma Constituição é válida enquanto emana de um poder constituinte e se estabelece por sua vontade (significando evontadei- uma magnitude do Ser como origem de um Dever Ser). Assim, é a vontade do Povo alemão que funda a sua unidade política e jurídica.

A Constituição (em sentido positivo) surge mediante um acto do poder constituinte. Este acto não contém, como tal, quaisquer normas, mas sim, e precisamente por ser um único momento de decisão, a totalidade da unidade política considerada na sua particular forma de existência; e ele constitui a forma e o modo da unidade política, cuja existência é anterior.

(11) Prki$. Cit., Págs. 1, 74, 242 e 611 e segs.

A Constituição é uma decisão consciente que a unidade política, através do titular do poder constituinte, adopta por si própria e se dd a si própria.

A essência da Constituição não reside, pois, numa lei ou numa norma; reside na decisão politica do titular do poder constituinte (isto é, do povo em democracia e do monarca em monarquia(')).

V - 0 específico da teoria de HELLER consiste, em primeiro lugar, na definição da Constituição como totalidade, baseada numa relação dialéctica entre normalidade e wormatividade e, em segundo lugar, na procura da conexão entre a Constituição enquanto ser e a Constituição enquanto Constituição jurídica normativa (superando, assim, as sunilateralidades* de KELSEN e SCHMITT).

A Constituição do Estado não é processo, mas produto; não é actividade, mas forma de actividade; é uma forma aberta, através da qual passa a vida, vida em forma e forma nascida da vida.

A Constituição permanece através da mudança de tempo e pessoas, graças à probabilidade de se repetir no futuro o comportamento que com ela está de acordo. Essa probabilidade baseia-se, de uma parte, numa mera normalidade de facto conforme à Constituição do comportamento dos membros e, além disso, numa normalidade normada dos mesmos e no mesmo sentido. Cabe, por isso, distinguir a Constituição não normada e a normada e, dentro desta, a normada extrajuridicamente e a que o é juridicamente. A Constituição normada pelo Direito conscientemente estabelecido e assegurado é a Constituição organizada. E, assim como não podem considerar-se completamente separados o dinâmico e o estático, tão-pouco podem ser separados a normalidade e a normatividade, o ser e o dever ser no conceito de Constituição.

0 Estado é uma forma organizada de vida, cuja Constituição se caracteriza não só pelo comportamento normado e juridicamente organizado dos seus membros mas ainda pelo comportamento não normado, embora normalizado, deles. A normalidade tem que ser sempre reforçada e completada pela normatividade; a par da regra empffica de previsão, apaxecerá a norma valorativa de juizo; e a normatividade não só se eleva consideravelmente a probabilidade de uma actuação conforme à Constituição como é ela que, em muitos casos, a toma possível.

Só poderá criar-se uma continuidade constitucional e um status, se o criador da norma se achar também vinculado por certas decisões normativamente objectivas dos seus predecessores. Só mediante o elemento normativo se normaliza uma situação de dominação actual e plenamente imprevisível, convertendo-a numa situação de dominação contínua e previsível, isto é, numa Constituição que dure para além do momento presente. Somente em virtude de uma norma o príncipe ou o

povo podem adquirir a qualidade de sujeitos do poder constituinte. Uma Constituição precisa,

(1) Teoria cit., págs. 1 e segs., 10-11 e 24-25.

para ser Constituição (ou seja, algo mais que uma relação fáctica e instável de domínio), de uma justificação segundo princípios éticos de direito (1).

VI - Para RUDOLF SMEND, para quem a substância da vida política consiste numa integração dialéctica de indivíduo e colectividade e o Estado num «plebiscito que se repete todos os dias», a Constituição aparece como a ordem jurídica do processo -pessoal, funcional e real -de integração.

A Constituição é a ordenação jurídica do Estado, da dinâmica em que se desenvolve a sua vida, ou seja, do seu processo de integração.

A natureza da Constituição é de uma realidade integradora permanente e contínua. Mas esta finalidade depende da acção conjunta de todos os impulsos e motivações políticas da comunidade. Aliás, é por ser o Estado uma ordem integradora, fruto da eficácia integradora dos seus valores materiais próprios, que o seu estatuto se distingue dos estatutos das outras associações (2).

VII - COSTANTINO MORTATI parte, por um lado, da existência de uma relação juridicamente relevante entre a ordem concreta de uma sociedade e o sistema constitucional positivo nela instaurado e, por outro lado, da necessidade de a organização social, para servir de base à Constituição, surgir já politicamente ordenada segundo a distribuição das forças nela operante. 0 Estado não é a soma de relações espontaneamente determinadas entre os pertencentes a um grupo social, mas sim a consciente vontade de uma ordem.

A sociedade de que emerge a Constituição e a que se prende qualquer formação social em particular possui uma intrínseca normatividade, que consiste em se ordenar em torno de forças e de fins políticos; e esta normatividade, que não pode exprimir-se numa única norma fundamental (como na concepção formalística de KELSEN), apresenta-se sem formas preconstituídas. A Constituição material é então o núcleo essencial de fins e de forças que regem qualquer ordenamento positivo.

As forças políticas dominantes ordenadas em volta de uma finalidade - isto é ' de valores políticos tidos por fundamentais - formam elas próprias uma entidade jurídica, dão vida à Constituição material, que fundamenta e sustenta a Constituição formal e que provoca as suas mutações e, ao mesmo tempo, determina os limites dentro dos quais estas podem efectivar-se. A Constituição formal adquirirá tanto maior capacidade vinculativa quanto mais o seu conteúdo corresponder à realidade social e quanto mais esta se configurar estabilizada num sistema harmónico de relações sociais (3).

(1) Teoria.... cit., págs. 295 e segs.

(2) Verfassung und Verfassungsrecht (1928), trad. castelhana Constitución y Derecho Constitucional, Madrid, 1985, maximo págs. 132 e segs.

(8)La Costituzione im senso ~riale, Milão, 1940, maximo págs. 87

VIII - Segundo GEORGEs BURDEAU, a Constituição, acto determinante da ideia de Direito e regra de organização do exercício das funções estaduais, é, no pleno sentido do termo, o estatuto do poder.

Em sentido institucional e jurídico a Constituição estabelece

no Estado a autoridade de um poder de Direito, qualificando-o por referência a uma ideia de Direito, origem integral e exclusiva da sua autoridade; a partir dela, não apenas os governantes só poderão agir regularmente utilizando, nas condições por ela estabelecidas, o poder como também é este poder que, na sua substância, nas suas possibilidades e nos seus limites, fica subordinado à ideia de Direito oficialmente consagrada na Constituição. A Constituição é a regra pela qual o soberano legitima o poder aderindo à ideia de Direito que ele representa e pela qual, consequentemente, determina as condições do seu exercício.

Consagração da autoridade do soberano, a Constituição é politicamente um resultado. Vontade criadora e soberana, é juridicamente um ponto de partida: o fundamento da totalidade da ordem jurídica do Estado. 0 Estado é um poder ao serviço de uma ideia, a Constituição o seu fundamento jurídico.

A superioridade da Constituição decorre de ser ela que funda juridicamente a ideia de Direito dominante, enunciando e sancionando o finalismo da instituição estadual, e que organiza competências. A Constituição não suprime as pretensões das concepções rivais, mas, pelo menos, constrange-as a utilizar as vias e os meios que a organização política constitucional oferece aos temas da oposição. Por outro lado, a institucionalização do poder realiza-se através da definição de uma situação jurídica dos governantes, cujo conteúdo é determinado pela Constituição (1).

IX - Para KONRAD HEssF-, a Constituição é a ordem jurídica fundamental e aberta da comunidade. A sua função consiste em prosseguir a unidade do Estado e da ordem jurídica (não uma unidade preexistente, mas de actuação); a sua qualidade em constituir, estabilizar, racionalizar e limitar o poder e, assim, em assegurar a liberdade individual.

A Constituição tem de estar aberta ao tempo, o que não significa nem dissolução, nem diminuição de força normativa. Ela não se reduz a deixar em aberto. Estabelece também o que não deve ficar em aberto - os fundamentos da ordem da comunidade, a estrutura do Estado e os processos de decisão das questões deixadas em aberto.

A realização da Constituição releva da capacidade de operar na vida política, das circunstâncias da situação histórica e, especialmente, da vontade da Constituiçdo. E esta procede de três factores: 1.0) da consciência da necessidade e do valor específico de uma ordem objectiva e normativa que

e segs. e 141 e segs.; Costituzione..., cit., loc. cit., págs. 129 e segs.; Istituzioni di Diritto Pubblico, 9.a ed., i, Pádua, 1975, págs. 30 e segs.

(1) Traité cit., iv, págs. 2-3, 45, 139-140 e 192 e segs.

afaste o arbítrio; 2.o) da convicção de que esta ordem é não só legítima mas também carecida de contínua legitimação; 3.0) da convicção de que se trata de uma ordem a realizax, através de actos de vontade (dos implicados no processo constitucional) (1).

X - FRANco MODUGNO adopta uma visão plural e complexa, em que a Constituição não é um dado, mas um processo, e em que distingue uma tríade de momentos - norma fundamental, forma real de governo e princípio de produção normativa.

A norma fundamental é a ideia mesma de Constituição considerada em si; o primum da consideração jurídica, o conjunto de todas as possíbilidades do seu desenvolvimento. É já a Constituição, enquanto absolutamente condicionante e constituinte - sem a qual qualquer Constituição determinada, constituída, seria impensável - mas não é ainda toda a Constituição, visto que o Estado-ordenamento se vai constituindo quer através da organização do poder, quer através da emanação das normas.

0 problema do fundamento do conceito (da Constituição) do Estado, ou seja, da soberania ou do poder surge como problema de reconhecimento da norma ou do princípio (normativo) que atribui valor normativo ao ordenamento positivo ou do Estado e que transforma a força do Estado em autoridade. Todavia paxa que tal valor possa aderir ao Estado é necessário que este se apresente não como mera força, mas com força ordenada e regulada pelo Direito, ou seja, como poder; e esta força ou poder é, ao mesmo tempo, regra e, principalmente, auto-regra. A Constituição do Estado traduz-se, assim, em primeiro lugar, em regra do poder (que tem como uma das suas expressões históricas a da divisão de poderes).

Se a organização do poder (dita também forma de Estado) é a realidade positiva da Constituição, a efectiva manifestação da sua existência objectiva - a capacidade normativa geral, o princípio da função normativa ut sic - é o seu conceito ou valor. E este conceito e valor, olhado no seu aspecto terminal (ou, como também se diz, em sentido substantivo ou material) configura-se como princípio da legislação ordinária, primária e geral; como feixe de limites de forma e subsistência dessa legislação; e com parâmetro da sua constitucionalidade (2).

(1) De HEssE consultámos a selecção.Escritos de Derecho Constitucional, trad. castelhana, Madrid, 1983, maxime págs. 3 e segs., 8 e segs., 22, 26 e segs., 61 e segs. e 70 e segs.

(2) L'Invalidità della Leegge, i, cit., maxime págs. 109 e segs. V. também 11 concetto di Costituzione, in Scritti im omore di Costantino Mortati, obra colectiva i, Milão, 1977, págs. 197 e segs.

17. Algumas posiç5es de autores portugueses

I - Entre os autores portugueses, que, nos últimos cinquenta anos, alguma atenção têm prestado à teoria da Constituição, o primeiro a considerar é ANTÓNIO josé BRANDÃO.

Paxece fmnar a sua noção num postulado geral acerca da visão da vida e do mundo: a Constituição é uma visão da vida e do mundo e a Constituição demoliberal a imposição a todos, govemantes e governados, da visão da vida e do mundo demoliberal. Mas a esta, que reputa um falso triunfo da razão sobre a história, contrapõe a Constituição política autêntica, que é a Constituição da Nação.

As Constituições nunca podem ser feitas pelos homens, pois quem possui uma Constituição é a Nação (porque vive sempre constituída). Só a Constituição da Nação se toma o limite objectivo da «Razão do Estado». E, para o seu conhecimento, há que recorrer à teoria da estrutura e à teoria das funções (1).

II - M-&RcpLLo CAETANO insere a teoria da Constituição na teoria da limitação do poder político - limitação essa que deve ser jurídica e assentar no Direito natural. A Constituição é uma técnica de limitação, mas só quando a Constituição seja rígida é possível organizar processos jurídicos tendentes a conter os Poderes constituídos dentro dos limites traçados pelo poder constituinte, visto este ser superior àqueles.

Como lei suprema, a Constituição impõe-se a todas as outras leis e esse carácter supremo vem-lhe de ser a própria e integral afirmação da soberania nacional. Uma sociedade política revela-se como soberana, na medida em que possui e pode exercer o Poder Constituinte. Este nasce com o Estado, mas, sendo o suporte da Constituição, é anterior a ela.

Há necessariamente uma certa configuração característica de cada Estado, resultante das condições peculiares do Povo e do território respectivos. Nenhuma Constituição pode pretender-se a palavra definitiva e a regra imutável da sociedade política; como mal andará o Estado cuja Constituição esteja a ser constantemente

alterada, sem ao menos se conservarem os traços fundamentais da sua organização política. Mas, ao organizax o Estado, o legislador não tem de se limitar a observar as condições do Povo que vai reger e a estabelecer uma equaçao em que a certas condições corresponderão determinadas soluções. Não só há certos princípios de justiça e Segurança que devem estax presentes na elaboração de todas as leis (e, portanto, com mais forte razão, na das constitucionais) como é dever dos constituintes procurax corrigir vícios, eliminar defeitos, aperfeiçoar condições, melhorar instituições (2).

(1) Sobro o conceito da ConstituiçtTo Política, cit., maximo págs. 67 e segs.
(2)Direito Constitucional, cit., i, págs. 351 e segs. e 391 e segs.

III - Paxa ROGÉRIO EHRARDT SOARES, a Constituição é a ordenação fundamental de um Estado e representa um compromisso sobre o bem comum e uma pretensão de ligar o futuro ao presente.

Como a sociedade moderna só pode ser compreendida como um conjunto de forças políticas antagónicas, o compromisso tem uma dimensão plurilateral, apaxece como uma tentativa de equilíbrio. A ideia de Constituição repele, todavia, que ela seja concebida apenas como a expressão fáctica desse equilíbrio temporal. Sempre lhe cabe uma intenção voltada para o futuro: ela supõe a crença de poder ordenar igualmente equilíbrios políticos vindouros.

Só a Constituição entendida como um equilíbrio realizado dos valores fundamentais duma comunidade pode fornecer o penhor da segurança do homem perante a tirania da nova socialidade assumida pelo Estado e, também, duma organização em grupos carregados duma ética totalitária. 0 que não significa a entrega inerme a uma teleologia política, mas a busca das conexões íntimas no sentido dos órgãos e instituições constitucionais a apontar para a unidade. 0 perigo da interpretação segundo a mundividência do agente fica excluído, para deixax falar os valores que a Constituição recebeu e na medida em que o consente a totalidade do sistema.

Este programa de harmonização e de equilíbrio de tensões contrapostas com uma dinâmica definida na construção do Estado vivo fornece um cânone de interpretação e gaxante que a Constituição se adeque às manifestações espirituais da sociedade que rege, mas simultaneamente assegura-a contra a dissolução na relatividade das ideias triunfantes - o que significaria a negação do valor normativo da Constituição (1).

IV - Muito próximo deste pensamento antolha-se o de FRANCISCO LucAs PIRES na procura de uma «noção compreensiva de Constituição». Segundo escreve, é necessário incutir um sentido à existência política, é necessário que a limitação do poder se transforme em afirmação positiva e imperativa de valores. A superioridade da Constituição há-de proceder do facto de constituir a objectividade de certo ethos e não apenas da sua posição superior à das restantes normas.

A Constituição há-de ser o critério material de decisão entre o válido e o não válido. 0 núcleo da noção de Constituição apreende-se na conexão dialéctica das normas constitucionais com o projecto normativo donde extraem o fundamento e com a conjuntura política onde adquirem realidade (2).

(1) constituição .... cit., loc. cit., págs. 661 e segs.

(2) 0 problema da Constituição, cit., maxime págs. 93 e segs.

Numa obra posterior (Teoria da Constituiçjo de 1976, cit., maxi"ie págs. 100-101, 89 e segs. e 111 e segs.), o Autor reafirma a tese da Cons-

V-É a teoria de Constituição económica que VITAL MoREiRA formula, pela primeira vez, entre nós. Mas, a propósito do conceito de Constituição da economia, afirma que a Constituição não é hoje apenas a Constituição do Estado, é também a Constituição da sociedade, isto é, da formação social tal como esta se traduz no plano da estrutura política.

A própria Constituição política como Constituição da estrutura política integra o estatuto do Estado, o estatuto de outras instâncias da formação social e a Constituição económica. E este conceito, o de Constituição económica, leva a discemir na Constituição, não um sistema unitário isento de tensões, mas sim um lugar em que também se traduzem, de certo modo, as principais contradições e conflitos da sociedade (1).

VI - A contribuição mais interessante de GomEs CANOTILIIO é 0 esforço de aprofundamento e de procura de electividade da Constituição dirigente ao serviço do alargamento das tarefas do Estado e da incorporação de fins econ6mico-sociais positivamente vinculantes das instâncias de regulação jurídica.

A política não é um domínio juridicamente livre e constitucionalmente desvinculado e a vinculação jurídico-constitucional dos actos de direcção política não é apenas uma viwulaçdo através de limites mas também uma verdadeira vinculação material que exige um fundamento constitucional paxa esses mesmos actos. E a Constituição não é só uma «abertura para o futuro» mas também um projecto material vinculativo, cuja concretização se *confia» aos órgãos constitucionalmente mandatados para o efeito.

Há que distinguir uma direcção politico-constitucional (direcção política permanente) e uma direcção política de governo (direcção política comtingente). 0 valor condicionante positivo da Constituição pressupõe a configuração normativa de «actividade de direcção política», cabendo a esta, por sua vez, um papel criativo, pelo menos na selecção e especificação dos fins constitucionais e na indicação dos meios ou instrumentos adequados para a sua realização.

tituição como «ethos» do Estado e, a essa luz, põe em causa a alternativa entre Constituição - programa e Constituição - processo.

Se o «dirigismo* constitucional arrisca-se, escreve, a cair na partidarização da ideia de valor e na degeneração do ddeal» em ideologia, conceber a Constituição apenas como processo significa abrir mão da sua normatividade. 0 «processualismo» constitucionalista incorre em excesso de «razão» ou ixealismo»; o «dirigismo» em excesso de decisão ou «voluntarismo».

A Constituição é a Constituição da liberdade através da justiça e a sua função central consiste em promover uma arbitragem e uma garantia, a partir dos quais a ordem normativa pode dominar tanto um Estado «actuante» como uma sociedade «polltica» ela própria.

(1) Economia e Constituiçdo, Coimbra, 1974 (na 2.a ed., 1979, cit., págs. 174 e segs).

Assim, não se trata de juridificar a actividade de governo; trata-se de evitar a substituição da normatividade constitucional pela economicização da política e a minimização da vinculação jurídica dos fins políticos (1).

VII - MARCELO 1ZEBELO DE SOUSA adopta uma visão complexa, segundo a qual as formas de criação e conteúdo de uma Constituição dependeM das estruturas económicas, sociais, culturais e políticas dominantes em certas condições de tempo e de espaço, bem como dos valores que essas prosseguem.

A Constituição não é uma realidade independente do mundo do ser, já que na sua gênese e no seu conteúdo se tendem a projectar

aquelas estruturas. 0 conteúdo da Constituição integra quer os valores ideológicos das estruturas dominantes no momento da sua elaboração quer os valores correspondentes a outras estruturas, secundárias à partida e cuja aposta é a superação do status inicial. Tal conteúdo é assumido como um projecto ideológico querido, destinado a estabelecer um sistema regulador da vida

(1) ConstituiçtTo Dirigente o Vinculaç£To do Legislador, cit., maximo págs. 163 e segs.

Na 4.a ed., cit., do seu Direito Constitucional (maxime págs. 71, 79 e 75-76), GomFs CANOTILHO parece, porém, mitigar, de certa maneira, a sua postura, ainda que sem abandonar a preocupação com optimizar as funções de garantia e programática da lei constitucional

Se a função estabilizante e integrante da lei constitucional ainda hoje é uma das finalidades que se propõe uma Constituição, não se deve concluir que dessa função resulte necessariamente uma unidade da Constituição imune a conflitos, tensões e antagonismos. A unidade é uma ~efa» convencionada com a ideia de compromisso e tensão inerente a uma lei fundamental criada por forças político-sociais plurais e antagónicas. Daí que a Constituição, ao aspirar a transformar-se num projecto normativo do Estado e da sociedade, aceite as contradições dessa mesma realidade. E esta radical conflitualidade ou permanência de contradições não exclui ou não tem de excluir uma «intenção de justiça» e «verdade» na proposta normativo-constitucional. Todavia, a estrutura dinâmica de uma lei fundamental aponta para a necessidade de abertura, pois, caso contrário, a excessiva rigidez do texto constitucional conduz à distanciação das normas perante o «metabolismo sociali>. E, se não deve falar-se de um grau-zero de eficdcia da Constituição, deve, contudo, abandonar-se a pretensão de uma predeterminação constitucional exaustiva e a crença acrítica nos mecanismos normativos.

De todo o modo, é sempre necessário um conceito constitucionalmente adequado: a compreensão de uma lei constitucional só ganha sentido útil, teorético e prático, quando referida a uma situação constitucional concreta, historicamente existente num determinado país

colectiva. Mas, por seu turno, a Constituição actua sobre as estruturas, numa tensão permanente com a colectividade, tensão em que esta, em última análise, tende a prevalecer(').

VIII - Mais de um ângulo de Ciência política do que de Direito constitucional, o das formas de poder, é a referência de ADRIANO MOREIRA à noção de Constituição.

Distingue entre Constituição formal - que atende à definição normativa do regime político, à unidade estadual resultante de um ordenamento jurídico - e Constituição real - correspondente às vigências que se impuseram. Este duplo normativismo do Estado não deve confundir-se com a evolução do sentido das normas consubstanciada, por exemplo, na Constituição política, em resultado de uma interpretação jurídica actuaüzada. Não se trata de passar de um plano ao outro. Trata-se de dois planos separados, de tal modo que o Poder normativo dos factos, impondo vigências normativas, deixa inoperantes as fontes formais do direito.

A insistência na Constituição formal, embora praticando a Constituição real, corresponde à importância política da imagem em todo o processo de poder, a qual tem a função de facilitar os relacionamentos internacionais e de contribuir para a consolidação da obediência (porque sempre definida em atenção aos juizos populares de legitimidade do poder) (2).

IX - Conforme escreve JOSÉ CARLOS VIEIRA DE ANDRADE, a Constituição não é uma pura manifestação de poder que se perpetua. Na

sua rigidez formal, ela tem uma intenção integradora e a sua função principal é a criação e a manutenção contínua da unidade política e da unidade do ordenamento jurídico-intenção e tarefa que só se cumprem através da ligação constante à realidade do momento presente.

Mas tal unidade política fundamental não poderá constituir-se se não tiver um significado material, e não poderá subsistir se não tiver uma razão-de-dever-ser-assim. No tocante, por exemplo, aos direitos fundamentais à face da Constituição portuguesa de 1976, encontra-se uma unidade de sentido, que é a dignidade da pessoa humana; e não se trata de uma unidade puramente lógica ou funcional, mecânica ou sistémica, mas uma unidade axiológico-norrnativa.

Por outro lado, as normas constitucionais - situadas no topo do ordenamento jurídico, desenquadradas das demais, dependentes intimamente da evolução social, política e cultural de cada país e resultantes, muitas vezes, de revoluções ou mutações bruscas - apresentam uma solidcto e uma abertura estrutural que, somadas e multiplicadas entre si, deter-

(1) Direito Constitucional. cit., págs. 35-36, e Direito Constitucional-I, relatório, Lisboa, 1986, pág. 33 (onde fala em dimensões axiológica, estrutural, volitiva e normativa da Constituição).

(2) Ciência Política, Ligboa, 1979, págs. 129 e segs.

minam a insuficiência e a impropriedade das regras tradicionais de interpretação.

Ao contrário das normas de direito privado, elas não estão incluídas num 4itodoi. história-dogmático (1).

18. Posição adoptada

I - Resta expor o essencial da nossa orientação, tentando sintetizar, clarificar e sublinhar aquilo que em vários passos ia ficou escrito e tendo em conta aquilo que, a respeito de alguns problemas em especial, ainda havemos de dizer. Decorrente das concepções fundamentais sobre o Direito a que há muito aderimos (2) (3) beneficia, naturalmente (como não podia deixar de ser), das contribuições doutrinais acabadas de citar.

, (1) Os Direitos Fundame-ntais -na Constituiçao Portuguesa de 1976, Coimbra, 1983, maximo págs. 101, 107, 120, 127 e segs. e 222.

(2) V. Contributo para uma teoria da inconstitucionalidadé, cit., págs. 30, 62 e segs. e 101 e segs.; Ciência Política o Direito Constitucional, policopiado, Lisboa, 1972-73, 1, págs. 217 e segs., e ii, págs. 115 e segs. e 125 e segs.; A Revolução de 25 de Abril e o Direito Constitucional, cit., págs. 20, 81 e 97; A Constituição de 1976, Lisboa, 1978, págs. 57, 180 e segs., 203 e segs., 249-250, 348 e segs. e 473 e segs.; relatório, com o programa, os conteúdos e os métodos do ensino de Direitos Fundamentais, in Revista da Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa, ano xxvi, maxime págs. 465 e segs.

(8) A nossa posição geral sobre o Direito e a Constituição tem sido objecto de qualificação crítica por outros autores. Disse-se dela que era «um jusnaturalismo com forte influência de um neopositivismo sociológico» (MARCELO RF-BELO DE SousA, Direito Constitucional, cit., pág. 28, nota, e, menos vincadamente, Direito Constitucional-i, relatório, cit., pág. 13); ou que era «um socíologismo remanescente conjugado com o apelo à ideia de Direito (jusnaturalista ou fenomenologicamente caracterizado e determinadó?)» (GomEs CANOTILHO, op. cit., 2.a ed., i, págs. 39-40, nota).

Nós próprios falámos em «jusnaturalismo temperado por um neo-institucionalismo» (na 2.a ed., pág. 59, nota). Mas hoje parece-nos

menos relevante uma definição. Só importa'salientax que não seria correcto apelidar de positivista uma obra como esta, em que se presta um significativo realce à Declaração Universal dos Direitos do Homem e ao preâmbulo da Constituição, em que se afirma a existência de limites materiais do poder constituinte, em que se salienta o papel conformador dos princípios constitucionais, em que se reconhece na dignidade da pessoa humana o reduto insuperável de garantia dos direitos fundamentais.

II - Assim, antes de mais, enquanto parcela do ordenamento jurídico do Estado, a Constituição é elemento conformado e elemento conformador de relações sociais, bem como resultado e factor de integração política. Ela reflecte a formação, as crenças, as atitudes mentais, a geografia e as condições económicas de uma sociedade e, simultaneamente, imprime-lhe carácter, funciona como princípio de organização, dispõe sobre os direitos e os deveres de indivíduos e dos grupos, rege os seus comportamentos, racionaliza as suas posiçoes recíprocas e perante a vida colectiva como um todo, pode ser agente ora de conservação, ora de t,ransformação.

Porém, por ser Constituição, Lei fundamental, Lei das leis, revela-se mais do que isso. Vem a ser a expressão imediata dos valores jurídicos básicos acolhidos ou dominantes na comunidade política, a sede da ideia de Direito nela triunfante, o quadro de referência do poder político que se pretende ao serviço desta ideia, o instrumento último de reivindicação de segurança dos cidadãos frente ao poder. E, radicada na soberania do Estado, torna-se também ponte entre a sua ordem interna e a ordem internacional.

A interacçao em que se move todo o Direito dito positivo - com os prmcípios éticos transcendentes, por um lado, e, por outro lado, com as estruturas, a situação concreta, o dinamismo da vida de um povo - mostra-se aqui muito mais forte, devido à tríplice função institucionalizadora, estabilizadora e prospectiva do sistema das normas constitucionais e à sua específica acção sobre as demais normas e sobre todos os actos do poder.

A Constituição tem de ser constantemente confrontada com .1
os princípios e é por eles envolvida em grau vanavel; tem de ser sempre pensado em face da realidade política, económica, social e cultural que lhe está subjacente e que é uma realidade não apenas de factos como ainda de opiniões, de ideologias, de posturas políticas, de cultura cívica e constitucional (1); e esta cultura carrega-se, por seu turno, de remissões para princípios valorativos superiores

(1) Cfr., por todos, BFRTRAND BADIR, Culturo et Politiqtte, Paris. 1983, maxime págs. 43 e segs., 57 e 58 e segs.

(o que significa que se dá uma circulação entre valor, Constituição e realidade constitucional) C) (').

III - A Constituição (ou, como conceito mais denso e rico, a ordem constitucional) não aglutina todos os valores, nem é, em si, valor supremo. Sofrendo o influxo dos valores, nem se dilui neles, nem os absorve. Uma relativa diferenciação de domínios exige-a a consideração quer dos valores humanos mais preciosos, quer do papel, no fim de contas, precário e transitório de cada sistema positivo; afigura-se ineliminável no mundo complexo, dividido e conflitual dos nossos dias; somente ela pennite, no limite, contestar os comandos constitucionais quando seja irredutivel a incompatibilidade.

Mas a procura dos valores não se confunde com qualquer subjectivismo; os valores só são eficazes, quando adquirem objectividade e duração. A ideia de Direito na qual assenta a Constituição material surge necessariamente como ideia comunitária, como representação que certa comunidade faz da sua ordenação e do seu

destino à luz dos princípios jurídicos (3).

Se toda a ideia de Direito se define por um sentido de justiça, também aparece situada e dependente do tempo e do lugar; e a refracção há-de ser tanto maior quanto maior for o activismo e a ostentação das ideologias. Num contexto de contrastes ideológicos e até de legitimidades (como tem sido o dos séculos xix e xx) pode, por vezes, a ideia de Direito que consegue passar para

(1) Cfr. GF-RHARDT LF-IBHOLZ, La Rappresentazione mella Democrazia, trad., Milão, 1989, págs. 351 e segs., maxime pág. 354: a inclusão da realidade política no interior do conteúdo de valor material da Constituição tem os seus limites aí onde esta realidade tende a transformar o conteúdo da Constituição, que é um conteúdo normativo.

(2) Sobre a realidade constitucional, v., entre nós, ROGÉRIO SOARES, Direito Público e Sociedade Técnica, cit., págs. 19 e segs., maxime págs. 30 e segs.; Lições de Direito Constitucional, policopiada, Coimbra, 1970-1971, pág. 86; e Constituiçdo, cit., loc. cit., págs. 667 e 668; VIEIRA DE ANDRADE, op. cit., pág. 134; GomEs CANOTILHO, Direito Constitucional, págs. 36-37; LucAs PIRES, Teoria..., cit., págs. 51-52.

(3) A ideia de Direito é a intenção axiológica da realização comunitária (CASTANHEIRA NF-vEs, 0 papel do jurista no nosso tempo, in Boletim da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra, vol. xliv, 1968, pág. 127).

a lei constitucional incluir disposições e formas organizatórias, cujo distanciamento deste ou daquele princípio ético seja evidente para boa parte da comunidade ou para a comunidade como um todo, nas suas camadas mais profundas de consciência; e pode ainda suceder que a própria ideia de Direito ou a legitimidade declarada pelos detentores do poder, apesar de se impor e obter * consentimento, acabe por não obter a adesão e venha a provocar, * prazo, a repulsa.

0 conceito de Constituição converteu-se, na época actual, num conceito neutro, em que se enxertam conteúdos políticos, económicos e sociais divergentes e que se têm projectado em tipos constitucionais caracterizados. A Constituição concreta de cada povo, o estatuto da sua vida política, não é, porém -não pode ser -para o cidadão e para o jurista, neutra, indiferente, isenta ou insusceptível de apreciação.

Nem tudo que se apresenta como constitucional o merece ser (se bem que não seja pacífica a qualificação da eventual desconformidade e se bem que a recusa do cumprimento da norma tenha de ser sempre ponderada com outros valores e interesses) e nem tudo que se apresenta decretado como constitucional o consegue ser efectivamente, por inadequação, desequilíbrio, incapacidade de integração, contradição insanável com outras normas. Assim como o preceito constitucional pode padecer de inflexões de estatuição, em virtude da dinâmica política nascida da execução ou à margem da execução da Constituição().

Em último termo, uma Constituição só se toma viva, só permanece viva, quando o empenhamento em conferir-lhe realização está em consonância (não só intelectual mas sobretudo afectiva e existencial) com o sentido essencial dos seus princípios * preceitos; quando a vonwe da Constituição (KONRAD I-IESSE) vem * par do sentimeuto constitucional (LUCAS VERDU) (2).

IV - Acrescente-se que, a despeito de todas as mutações do nosso século, se verifica, por toda a parte, uma sobrevivência

(1) E este é um dos aspectos do problema do costume constitucional.

(2) V. LUCAS VERDU, El sentimiento constitucional, Madrid, 1985, maximo pág. 6.

ou uma interferência de alguns dos elementos com raiz no constitucionalismo liberal. Não é apenas nos sistemas democrático-pluralistas que se coloca o problema da repartição e limitação do poder (1); este problema não está ausente dos restantes sistemas e tipos constitucionais, quer por ser problema vital da estrutura organizatória do Estado, quer (pelo menos) pelo cotejo que na comunidade se vem a estabelecer entre um sistema ou regime político assente no postulado de divisão e limitação e outro procedente de princípio discrepante ou oposto.

Não é por acaso que as novas Constituições e as Constituições compromiss<5rias somente logram garantir direitos individuais a institucionais, sem fracturas, e modelar o futuro comunitário, sem rupturas, se satisfazem três requisitos primordiais: a) máximo rigor possível nos preceitos atinentes a direitos e liberdades fundamentais do homem, do cidadão, do trabalhador, e dos grupos em que se inserem, não cabendo ao legislador e ao aplicador senão uma tarefa de interpretação e de regulamentação; b) abertura, nos limites da sua força normativa, dos preceitos atinentes à vida económica, social e cultural, sujeitos às sucessivas concretizações correspondentes às manifestações da vontade política constitucionalmente organizada; c) criação de mecanismos jurídicos e políticos de garantia das normas constitucionais.

Deste prisma, observa-se, pois, ainda uma tensão dialéctica: uma tensão entre a noção ideal de Constituição (liberal) e todos os demais conteúdos da Constituição e entre o Estado de Direito e os demais tipos constitucionais de Estado (2).

(1) Concorde-se ou não com LOEWENSTEIN, ao afirmar que, em sentido ontológico, o telos de qualquer Constituição é a criação de instituições para limitar e controlar o poder político (Teoria..., cit., pág. 251); ou com C. J. FRIEDRICH, quando vê na Constituição moderna um sistema de freios (op. cit., págs. 64 e segs.); ou ainda com MANOEL GONÇALVES FERREIRA FILHO, quando abrange em ((padrões heterodoxos da Constituição*, a Constituição balanço e as Constituições nominais e semânticas (Estado de Direito..., cit., págs. 86 e segs.).

(2) já o dizíamos nas duas anteriores edições e os recentes acontecimentos têm confirmado este asserto.

CAPITULO II

Formação da Constituição

Poder constituinte e formação da Constituição

19. Poder constituinte material e poder constituinte formal

I - A experiência que observámos na parte 1 - tanto de Portugal como de outros países -mostrou-nos já como se manifesta o poder constituinte (1), como se dá a formação da Consti-

(1) Sobre a teoria do poder constituinte, v., entre tantos, SANTI ROMANO, L'instaurazione di fatto di un ordinamento costituzionale 6 Ia sua legittimazione, 1901 (in Soritti Minori, 1, 1950, págs. 107 e segs.); A. EsmEIN, Élements de, Droit Constitutionnel français et comparé, 7.a ed., Paris, 1921, págs. 571 e segs.; CARRÉ DE IVIALBERG, Contribution à Ia Théorio Générate de I'État, li, Paris, 1922, págs. 483 e segs.; M. HAURIOU, op. cit., págs. 246 e segs.; C. ScHmiTT, op. cit., págs. 86 e segs.; GEORGEs BERLIA, De Ia compétence des assemblées constituantes, in Revue du droit public, 1945, págs. 353 e segs.; C. MoRTATi, La Costituente, 1945 (in Scritti, 1, 1972, págs. 3 e segs.); EMILIO CROSA, Variazioni

su un tema di V. E. Orlando - Funzions costituente, legge costituzionale, garanzia, revisione delta Costituzione, in Scritti giuridici in memoria di V. E. Orlando, Pádua, 1957, págs. 465 e segs.; PAOLO BARILE, Potere Costituente, in Scritti di Diritto Costituzionale, Pádua, 1967, págs. 592 e segs.; G. BURDEAU TraiM..., iv, cit., págs. 18 1 e segs.; ROGÉRIO SOARES, ConStitUiÇdo, eit., loc. cit., págs. 661 e 668; SANciiEz AGESTA Principios de Teoria Política, Madrid, 1960, págs. 329 e segs.; M. REBELO DE SousA, Direito Constitucional, cit., págs. 59 e segs.; AFONSO QUEIRÓ, Uma Constituição Democrdtica - Hoje - Como?, Coimbra, 1980; AFONSO ARINos, Direito Constitucional, 2.8 ed., Rio de janeiro, 1981, págs. 87 e segs.; JOSÉ ALFREDO DE OLIVEIRA BARACHO, Teoria Geral do Poder Constituinte,, in Revista Brasileira de Estudos Políticos, n.o 52, janeiro de 1981, págs. 7 e segs.; ANTONIO PORRAS NADALES, Notas sobre Ia teoria del Poder constituyente y Ia experiencia espaíiola, in Revista de Estudios Politicos, n.o 24, Novembro-Dezembro de 1981, págs. 175 e segs.; ?URIE-FRANçoisE RIGAUX, La théorio des limites materielles à 1'exercios de Ia fonction constituante, Bruxelas, 1985, págs. 28 e segs.; M. GONÇALVES FF-RREIRA FILHO, 0 Poder Constituinte, 2.a ed., São Paulo, 1985, págs. 91 e segs.; PIETRO GiusEPPE GRAsso, Potere constituente, in Enciclopedia del Diritto, xxxiv, págs. 641 e segs.; IGNACIO DE OTTO, Op. cit., págs. 53 e segs.; PAULO 13ONAVIDEs, Direito Constitucional, cit., págs. 133 e segs.

tuição, como ela implica um processo em que se recortam diferentes momentos.
Com efeito, por um lado:

a) 0 factor determinante da abertura de cada era constitucioiial é, não a aprovação de uma Constituição formal (ou a redacção de uma Constituição instrumental), mas o corte ou a contraposição frente à situação ou ao regime até então vigente, seja por meio de revolução, seja por outro meio;

b) A entidade determinante do conteúdo fundamental de uma Constituição é a entidade- força política ou social, movimento militar ou popular, monarca, outro órgão ou grupo (1) - que toma a decisão de inflectir a ordem preexistente e assume a inerente responsabilidade histórica;

c) Tal entidade, por virtude dessa decisão, pode, desde logo, assumir o encargo de elaborar e decretar a Constituição formal ou pode convocar ou estabelecer uma assembleia, um colégio, outro órgão para este fim;

d) 0 órgão que elabora e decreta a Constituição formal é solidario da ideia de Direito, do desígnio, do projecto correspondente à ruptura ou à inflexão e não poderia contradizer ou alterar essa ideia, esse desígnio, esse projecto sem nova ruptura ou inflexão, sem se transformar em entidade originária de uma diferente Constituição material (2);

e) Só quando a ideia de Direito é democrática e a Constituição é aprovada pelo povo, directamente ou por assembleia representativa, tem o orgão da Constituição formal uma autoridade que entronca, só por si, na piópria legitimidade da Constituição material ou que com ela se confunde; não nos outros casos, em que avulta uma necessária mediatização.

f) Aliás, mesmo se a ideia de Direito é de democracia pluralísta, o orgão encarregado de fazer a Constituição formal não goza de uma margem de liberdade plena; não adstrito, decerto,

(1) Ou #grupo constituinte*, na expressão de C- J. FLIEDRICII (Op. Cit., págs. 74 e segs.). tal de Consti-

(2) Neste sentido, ROGÉRIO SOARES 0 COnCeitO OCíd-*" tuição, in Revista de LegislaÇão e de JurisPrud~ncia, 1989, pág. 72.

a um determinado e único sistema de direitos fundamentais, de organização económica, de organização política ou de garantia da constitucionalidade, está sujeito a um limite -o da coerência com o principio democrático e da sua preservação (não pode estabelecer uma Constituição não democrática).

Não significa isto, contudo, que a elaboração da Constituição formal redunde em algo despiciendo ou acessono, porquanto, por outro lado:

a) Não basta, com a civilização da lei escrita e com o constitucionalismo, uma qualquer ideia ou um qualquer conjunto de princípios para ficar definido o quadro da vida colectiva; o estatuto do Estado (1) carece de uma Constituição formal; traçar este estatuto comporta opções jurídico-políticas de importância central;

b) Quer a ideia de Direito (ou o desígnio, o projecto, o carácter do regime) se desenhe com muito vigor e nitidez, quer se ofereça mais ou menos vaga ou fluida, não pode deixar de ser interpretada, concretizada, convertida em regras de comportamento e de relação (relação entre o Estado e os cidadãos, relação entre os futuros orgaos de poder), em regras que compõem a Constituição formal;

c) Até à Constituição formal os órgãos de poder aparecem como orgaos provisorios ou transitórios e os seus actos de decisão política como tendo validade ou eficácia condicionada a futura confirmação ou convalidação (2) ; e, quando se trate de um novo regime democrático, as «grandes reformas de fundo» (3) deverão situar-se no âmbito de futuro órgão democraticamente constituído;

d) Se o Direito ordinário criado entre o momento da ruptura ou da inflexão da ordem anterior e o da entrada em vigor da nova Constituição formal não pode ser submetido (por estar ou ter de se pressupor que está de acordo com a nova ideia de Direito) a tratamento igual ao do Direito editado no regime precedente, nem por

(1) Ressalvando sempre, de novo, o caso particular da Grã-Bretanha.

(2) Cfr. a distinção de BURDEAU entre presunção e confirmação do consentimento do soberano (Traité .... iv, cit, págs. 216 e segs.).

(3) Como se dizia no Programa do Movimento das Forças Armadas em 1974.

isso é menos seguro que so a Constituição representa o novo fundamento do ordenamento jurídico(');

e) 0 poder constituinte ou a soberania do Estado não se manifesta só no momento inicial ou no primeiro acto do processo, nem só no momento final de decretação da Constituição formal; ma.nifesta-se no enlace de todos os actos e no conjunto de todos os órgãos que neles intervêm.

II - Deste modo, logo no começo do presente volume, discernimos - a par da dupla perspectiva, material e formal, sobre a Constituição - um poder constituinte material e um poder constituinte formal; distinguimos entre um poder de autoconformação do Estado segundo certa ideia de Direito e um poder de decretação de normas com a forma e a força jurídica próprias das normas constitucionais (2).

São duas faces da mesma realidade. Ou dois momentos que se sucedem e completam, o primeiro em que o poder constituinte é só material, o segundo em que é, simultaneamente, material e formal (3).

0 poder constituinte material precede o poder constituinte formal. Precede-o logicamente, porque a ideia de Direito precede a regra de Direito, o valor comanda a norma, a opção política fundamental a forma que elege para agir sobre os factos, a

legitimidade a legalidade. E precede-o historicamente, porque (sem considerar, mesmo, a Constituição institucional de antes do constitucionalismo), há sempre dois tempos no processo constituinte, o do triunfo de certa ideia de Direito ou do nascimento de certo

(1) Cfr. MIGUEL GALvÃo TELEs (0 problema da continuidade da ordem jurídica e a Revolução Portuguesa, Lisboa, 1985, págs. 28-29 e 31). Entre Revolução e Constituição há uma relação directa de condicionamento jurídico ou, talvez preferivelmente, uma relação constitutiva - condicionante e uma relação de reconhecimento - não uma relação de fundamentação; e há uma relação reversa de aplicação ou observância e de reconhecimento, não uma relação nem activa, nem passiva de fundamentação (pág. 3 1).

(2) Cfr. GomEs CANOTILHO, op. cit., págs. 95 e 96.

(3) Ou ainda: primeiro, há um poder constituinte material não formal; depois, um poder constituinte material formal.

regime e o da formalização dessa ideia ou desse regime; e o que se diz da construção de um regime político, vale também para a transformação de um Estado.

Em segundo lugar, o poder constituinte material envolve o poder constituinte formal, porque (assim como a Constituição formal contém uma referência material) este é, por seu turno, não menos um poder criador de conteúdo valorável a essa luz. Não somente o poder constituinte formal complementa e especifica a ideia de Direito como é, sobretudo, através dele que se declara e firma a legitimidade em que agora assenta a ordem constitucional (1).

Confere, em contrapartida, o poder constituinte formal estabilidade e garantia de permanência e de supremacia hierárquica ou sistemática ao princípio normativo inerente à Constituição material. Confere estabilidade, visto que a certeza do Direito exige o estatuto da regra. Confere garantia, visto que só a Constituição formal coloca o poder constituinte material (ou o resultado da sua acção) ao abrigo das vicissitudes da legislação e da prática quotidiana do Estado e das forças políticas.

III - 0 que acaba de ser exposto é bem ilustrado com o que se passou, recorde-se, aquando da preparação da Constituição de 1976, no condicionamento da Assembleia Constituinte pelo Programa do Movimento das Forças Armadas.

Como formulação doutrinária da revolução que derrubou o regime da Constituição de 1933, o Programa encerrava uma ideia de Direito que seria impensável ver afastada pela Assembleia Constituinte (2); e para que assim fosse não era necessário haver - como não houve - qualquer disposição de lei constitucional provisória a vincular materialmente a Assembleia.

Contudo, as circunstâncias vieram (paradoxalmente só na aparência) realçar a participação da Assembleia na formação e na revelação da ideia de Direito. Pois que, não tendo sido homogéneo o período revolucionário,

(1) Cfr. TÉRCIO SAMPAIO FERRAZ JÚNIOR, Legitimidade ma Constituiçjo in Constituição de 1988 - Legitimidade, Viggncia e Eficdcia, Supremacia, deste autor, de MARIA HELENA DINiz e de RITINHA A. STEVENSON GEORGALIKAS, São Paulo, 1989, págs. 15 e segs.

(2) Não admira, por isso, que o art. 1.o do Regimento da Assembleia falasse em concretizaçjo do Programa do M. F. A. ou que a 1.a Plataforma de Acordo Constitucional estipulasse que a Assembleia deveria oiconsagrar os princípios do Programa do M. F. A.*.

tendo-se verificado diferentes leituras do Programa e tendo havido antagónicos projectos de revolução a procurar impor-se, acabou por

ser a Assembleia a tomar clara a opção primeira e definitiva, em correspondência com os resultados das eleições de 25 de Abril de 1975.

Foi a Assembleia Constituinte que faz a interpretação «autêntica» do Programa do M. F. A.; e havia de ser a esta interpretação, e não à feita por ninguém mais, que haviam de se reportar os preceitos constitucionais alusivos ao «espirito» da Revolução de 25 de Abril de 1974 ou ao *Programa do Movimento das Forças Armadas» (como viriam a ser, no texto vigente entre 1976 e 1982, os arts. 142.o, 147.o e 275.o da Constituição).

20. 0 poder constituinte material originário

I - Na sua expressão inicial e mais elevada de poder de auto-ordenação, o poder constituinte material entremostra-se de exercício raro, ainda que permaneça latente em toda a existência do Estado, pronto a emergir e a actualizar-se em qualquer instante.

Não é, com efeito, todos os dias que uma comunidade política adopta um novo sistema constitucional, fixa um sentido para a acção do seu poder, assume um novo destino; é apenas em tempos de «viragem histórica» (1), em épocas de crise, em ocasiões privilegiadas irrepetíveis em que é possível ou imperativo escolher. E estas ocasiões não podem ser catalogadas a priori; somente podem ser apontados os seus resultados típicos - a formação de um Estado ex novo, a sua restauração, a transformação da estrutura do Estado, a mudança de um regime político.

Poder constituinte equivale à capacidade de escolher entre um ou outro rumo, nessas circunstâncias. E nele consiste o conteúdo essencial da soberania (na ordem interna), pois, como ensina a doutrina mais autorizada, soberania significa faculdade originária de livre regência da comunidade política mediante a instituição de um poder e a definição do seu estatuto jurídico (2).

II - Conhecem-se as causas e os modos da formação do Estado, da sua restauração e da sua transformação no confronto de outros Estados.

Como se lê no preâmbulo da Constituição portuguesa. V. vol. iii deste Mauual, 2.8 ed., 1987, págs. 177 e scgs.

Pode haver formação(') por passagem a Estado de colectividade preexistente ou por vicissitudes do Estado em que esteja integrada (desmembramento, secessão, agregação com outros Estados). Pode haver, após interregno maior ou menor, restauração da existência do Estado (em condições semelhantes) ou restauração da efectividade da sua soberania (a seguir a ocupação do território). E pode haver transformação do Estado no confronto com outros Estados, por modificação da soberania (v.g., sujeição a regime de protectorado ou sua cessação, incorporação ou desincorporação de confederação), por perda ou aquisição de soberania internacional (v.g., integração em Estado federal ou em união real ou secessão) ou por alargamento ou diminuição significativa da comunidade e do território.

Fruto ou da luta da própria colectividade pela sua emancipação política ou da decisão de outro Estado ou de organizações internacionais, efeito de acto praticado de acordo com certas regras jurídicas positivas ou contra essas regras, a formação do Estado não se reduz nunca a mero facto natural ou extrajuridico (2). Muito pelo contrário, nunca deixa de ser, em si, um acto jurídico por sempre ter de apelar para um princípio justificativo e sempre ter de implicar uma concepção de Direito dominante (ou talvez melhor aqui, uma vontade de Direito inovatória).

0 nascimento do Estado coincide com a sua primeira Constituição, porque na Constituição vão exteriorizar-se as representações particulares do conceito de Estado (3) ~).

Reciprocamente, a Constituição mais originária do Estado é a Constituição do seu nascimento, por ser ela que traz consigo a configuração concreta

(1) Sobre a formação do Estado, v., por exemplo, JELLINEK, Op. Cit,, págs. 199 e segs.; SANTI ROMANO, L'insta-uracione .... cit, págs. 124 e segs.; CARRÉ DE SLKLBERG, op. cit., págs. 489 e segs.; C. SCHMITT, Op. cit., págs. 25
e 69 e segs.; G. BURDEAU, Traité..., li, cit., loc. cit., 2.a ed., Paris, 1967, págs. 217 e segs.; C. MoRTATi, Istituzioni..., cit., i, págs. 69 e segs.

(2) Como sustenta a tese positivista, negadora de um Direito anterior ao Estado: cfr., por todos, CARRÉ DE 3ULBERG, op. cit., li, págs. 490 e 491.

(8) BURDEAU, op. cit., li, pág. 229.

(4) No entanto, conforme sublinha CARL SCHMITT (op. cit., pág. 25), não é a Constituição que cria o Estado. A vontade de fundação do Estado é distinta da vontade constituinte consubstanciada numa mutável Constituição.

do povo, do território, do poder e por ser ela que chama a si a ideia de Direito dominante no meio social(').

já não será tanto assim com a transformação da soberania ou do território (2), por mais radical que venha a ser: o princípio é da continuidade do Estado. Mas a nova fase da sua história que então se inaugura tem também de se apoiar numa ideia ou num projecto que qualifique a alteração ocorrida e catalise as energias jurídicas colectivas.

Enfim, a meio caminho, situa-se a restauração, com a qual nem sempre coincide (por não ser viável ou por terem sobrevindo novas concepções jurídico-políticas) a restauração da Constituição previgente do Estado (3).

III - Se na formação, na restauração ou na transformação do Estado o conteúdo da nova ideia de Direito não é separável do próprio poder político em si (a Constituição é necessária para o Estado existir, embora o Estado não se esgote na Constituição), já na mudança de regime tudo vem a entroncar nessa substituição da ideia do Direito. E dai que o fenômeno constituinte apareça muito mais associado à sucessão de regimes políticos do que às vicissitudes do Estado ~).

A mudança de regime pode ser mais ou menos profunda.

(1) V., por exemplo, a ideia federal na transformação dos Estados confederados da América do Norte em Estados Unidos em 1787 ou a ideia nacional na passagem dos cantões suíços a Estados federados em 1848.

(2) V. a recentíssima unificação alemã: no fim de contas, o alargamento da República Federal da Alemanha à República Democrática Alemã. Cf. j õRG LUTHER, Della Repubblica federale tedesca alla Repubblica federale di Germania, in Quadermi Constituzional, 1991, pág. 139 e seg.

(3) Cfr. HERBFRT HART, 0 conceito de Direito, -trad., Lisboa, 1986, pggs. 130-131.

~) Cfr. LEONARDO MORLINO, Como cambiano i regimi politici - Strumenti di analisi, Milão, 1980; ALAIN RouQuiÉ, Changement politigue et transformation des régimes, in Traitd de Science Politique, obra colectiva, ii, Paris, 1985, págs. 599 e segs.; CLAUDE LECLERCQ, Les mécanismes juridíques de Ia dísparation de Ia République, in Revue du droit public, 1986, págs. 1015 e segs.; Transitions from Authoritarian Rule, obra colectiva ed. por GuiLHERMO O'DONNELL, PHILIPPE C. SCHMITTER e LAURENCE WHITEHEAI), 5 vols.,

Baltimore e Londres, 1986.

Usando a terminologia de C. SciímiTT, dir-se-á que ora equivale a destruição, ora a supressão: na destruição desaparecem tanto a Constituição como o poder constituinte (ou seja, o princípio da legitimidade) em que se baseava; na supressão desaparece a Constàtuição, e subsiste o poder constituinte(') (2). Mas, desaparecida uma Constituição material, logo surge outra, ainda que a correspondente Constituição formal demore mais ou menos tempo a ser preparada.

0 modo mais frequente de mudança de regime é a revolução; o outro é a passagem sem ruptura, a mudança na continuidade, a reforma política (stricto sensu) ou transição constitucional.

21. Constihúção e soberania do Estado

I - Quando um Estado surge de novo, ou é restaurado, ou sofre uma transformação radical da sua estrutura, aparece dotado de uma Constituição - de uma Constituição material a que se seguirá uma Constituição formal ou de uma Constituição material já acompanhada de Constituição formal.

Essa Constituição material exprime, directa e imediatamente, a soberania que o Estado assume ou reassume nesse momento, mas no segundo caso a Constituição formal pode corresponder a uma de três hipóteses:

a) Constituição decretada pelos novos órgãos estaduais, seja como Constituição definitiva, seja como Constituição provis6ria;

b) Constituição coincidente no essencial com Constituição ou estatuto jurídico da comunidade política preexistente (colónia

«') Teoria .... cit.~ págs* 109 e segs. e 115.

2) Cfr., de prisma diferente, o da correlação entre processo constituinte e processo de mudança social, a distinção feita por um autor (PORRAS NADALES, op. cit., loc. cit., págs. 190 e segs.) de algumas hipóteses e sub-hipóteses: a) inversão radical do sistema de domínio;

b) permanência das grandes linhas estruturais, mas modificação do grupo social dominante seja por meio de substituição radical ou ruptura, seja por ampliação dos sectores dominantes (ruptura pactuada), seja ainda por transformação do sistema existente (mudança controlada).

aut6noma, território sob mandato ou sob tutela, comunidade em situação internacional sui gencris);

c) Constituição dimanada de entidade externa (outro Estado ou organização internacional) destinada a entrar em vigor com o acesso à soberania (ou à independência) do novo Estado.

II - Não são muitas as heteroconstituições (1) ou Constituições decretadas de fora do Estado. Incluem-se nelas algumas das Constituições, ou das primeiras Constituições, dos países da Commonwealth aprovadas por lei do Parlamento britânico (Canadá, Nova Zelândia, Austrália, jamaica, Maurícia, etc.), a primeira Constituição da Albânia (obra de uma conferência internacional, de 1913) ou a Constituição cipriota (procedente dos acordos de Zurique, de 1960, entre a Grã-Bretanha, a Grécia e a Turquia) (2). Levantam, contudo, in primis algumas perplexidades acerca da sua natureza.

Ora, não há aqui uma dificuldade intransponível. É que uma heteroconstituição - ou uma Constituição que passe da comunidade pré-estatal para o Estado - tem por título, desde o instante da aquisição

da soberania, não já a autoridade que a elaborou, mas sim a soberania do novo Estado. Até à independência o fundamento de validade da Constituição estava na ordem jurídica donde proveio; com a independência transfere-se para a ordem jurídica local, investida de poder constituinte C).

(1) A locução é de MIGUEL GALvÃo TELr-s (Constituiçjo, cit., loc. cit., pág. 1500). Cfr. K. C. WHEAR-E, Op. cit., págs 57 e segs.; G. BURDEAU, op. cit., iv, págs. 226-227, nota; C. MORTATI, Scritti .... cit., i, pág. 35; GiuSBPPE DE VERGOTTINI, Op. Cit., PágS. 140 e segs.

(9 Sem esquecer, no plano puramente político, as Constituições surgidas por imposição de outros Estados: as Constituições das Repúblicas Helvética e Bátava do tempo da Revolução francesa, a Constituição espanhola de 1808, as primeiras Constituições da Libéria e das Filipinas, a Constituição japonesa de 1946, as Constituições das democracias populares do leste da Europa dos anos 40 e 50, a primeira Constituição da Guiné Equatorial.

(8) Mesmo quando um Estado é criado por outro, o seu ordenamento jurídico tem de se basear na vontade do novo Estado-desde a sua formação, o novo Estado é que funda em si a sua validade (SANTI ROMANO, L'instaurazione.. ., cit., loc. cit., pág. 128).

Verifica-se, pois, uma verdadeira novaçjo do acto constituinte (1) ou (doutro prisma) uma deslocação da regra de reconhecimento (2) ; e apenas o texto que persista - correspondente a Constituição em sentido instrumental - se liga à primitiva fonte, não o valor vinculativo das normas.

22. A revolução como fenômeno constituinte

I - Até aos séculos xvii e xviii, a revolução era tomada principalmente da óptica do direito de resistência colectiva ou rebelião: era considerada uma forma extrema de resistência contra os governantes.

Desde essa época - por causa da Revolução francesa e, em menor medida, das Revoluções portuguesa de 1640, inglesa de 1688 e americana, e por causa da mudança de mentalidades que as prepara ou acompanha- passa a ser encarada não tanto pelo seu sentido negativo quanto pelo seus sentido poitivo, Passa a ser encarada não tanto como substituição de um governo por outro quanto como criação de uma ordem nova -o que está, seguramente, ligada à prevalência das formas modernas de legitimidade legal-racional sobre as formas anteriores de legitimidade tradicional (na acepção de MAx WEBER) (3).

Mas só muito mais tarde a Ciência do Direito reconheceria nela um fenômeno constituinte ou, simplesmente, um facto ou acto normativo (conforme a perspectiva que se adopte) objecto de estudo ex professo (4).

(1) Assim, DE VERGOTTINI, Op. Cit., pág. 144.

(2) HERBERT HART, Qp. Cit., pág. 132.

(3) V., por todos, HANNAH ARENDT, On Revolution, Nova lorque, 1962, trad. portuguesa Sobre a Revolução, Lisboa, 1971, maxime págs. 21 e segs. Os elementos do conceito moderno de revolução (conexo com o sentido coperniciano do terrno-De revolutionibus orbicum celestium) são a novidade, o começo, a violência e a irresistibilidade (pág. 46) e a sua principal característica é o espírito revolucionário (págs. 44-45). Cfr., entre nós, josé DUR.XO BARROso, Ensaio sobre a gramática política das revoluçjes, in Prospectivas, n.O 15-16, 1983, págs. 79 e segs.; JORGE BORGES DE 3UCEDO, Revolução, in Polis, v, págs. 540 e segs.

(4) V. SANTI RomANo, Frammenti di un Dizionario Giuridico,

Milão, 1953 (reimpressão), págs. 220 e segs.; PIETRO PIOVANI, op. cit., págs. 94

II -Nada se afigura, na verdade, mais gerador de Direito do que uma revolução, nada há talvez de mais eminentemente jurídico do que o facto ou acto revolucionário.

A revolução não é o triunfo da violência; é o triunfo de um Direito diferente ou de um diverso fundamento de validade do sistema jurídico positivo do Estado. Não é antijurídica; é apenas anticonstitucional por oposição à anterior Constituição -não em face da Constituição in fieri que, com ela, vai irromper.

A quebra do ordenamento em vigor só se torna possível pela presença de valores, princípios e critérios que, afectando os até então reinantes, vêm, do mesmo passo, carregar de legitimidade o facto ou acto revolucionário e desencadear efeitos normativoe múltiplos, extensos e susceptíveis de, por seu turno, adquirirem uma dinâmica própria. Tais valores podem não ser suficientemente valiosos no plano do Direito natural, e a legitimidade que

e segs.; C. J. FRIEDRICH, op. cit., págs. 74 e segs. e 97 e segs.; H. KELSEN, General Theory of Law and State, Nova Iorque, 1961 (reimpressão), págs. 117-118, 219-220, 368-369 e 372 e Teoria Pura..., cit., ii, págs. 35 e segs.; NORBERTO BOBI3I0, Teoria dell'Ordiname-nto Giuridico, Milão, 1960, págs. 203 e segs.; 3URIo A. CATTANEO, Il concetto di revoluzione nella scienza del diritto, Milão, 1960; 3URCEL WALINE, Les Conséquences juridiques des Révolutions, in Mélanges Alexandre Svolas, obra colectiva, Paris, 1961, págs. 193 e segs.; F. PIBRANDREI, Scrittí di Diritto Costituzionale, Turim, 1965, 1, págs. 209 e segs.; JULIEN FREUND, L'essence du politique, Paris, 1965, págs. 570 e segs. , KARL ENGISCH, Introduçdo ao Pensamento jurídico, trad., Lisboa, 1966: págs. 149-150 e 263 e segs.; G. BuRDEAu, op. cit., iv, págs. 581 e segs.; P. SzucKA, Direito o luta de classes (1921), trad., Coimbra, 1973, págs. 167 e segs.; AFoNso QUEIR6, Revolução, in Verbo, xvi, págs. 511 e segs,; ANDRÉ-ViNcENT, Les Révolutions et le Droit, Paris, 1974; JORGE MIRANDA, A Revoluçdo de 25 Abril e o Direito Constitucional, Lisboa, 1975; CASTANHEI" NEvF-s, A Revoluçdo e o Direito, Lisboa, 1976, maxime págs. 13 e segs., 171 e segs. e 215 e segs; LOURIVAL VILANovA, Teoria jurídica da Revolução, in Estudos em Homenagem ao Professor Afonso Arinos de Melo Franco, obra colectiva, Rio, 1976, págs. 451 e segs.; HAROLD BERMAN, Law and Revolution, Cantabrígia, 1983; MIGUEL GALvÃo TF-LES, 0 problema da continuidade da ordem jurídica e a Revolução Portuguesa, cit., e A revolução portuguesa e a teoria das fontes de direito, in Portugal - 0 sistema político e constitucional - 1974-1987, obra colectiva, Lisboa, 1989, págs. 561 e segs.; HERBERT I-IART, Op. Cit., PágS. 129-130; GiOVAI<Ni FIASCHI, Rivoluzione, in Enciclopedia del Diritto, XLI, 1989, págs. 68 e segs.

inspiram pode revelar-se precária; no entanto, são eles, e só eles, que justificam a viragem política e institucional e que imprimem um cunho próprio à Constituição a redigir de seguida.

Como escreve, por exemplo, SERGIO COTTA, a revolução opõe radicalmente força e direito. Mas essa oposição é apenas inicial, se bem que necessária (doutro modo, porquê uma revolução se se puder mudar tudo através do Direito?). A força não é, com efeito, senão o ponto de apoio da alavanca revolucionária, que nem por isso deixa de ser uma alavanca jurídica: é necessária uma norma para abolir, no todo ou em parte, o regime vigente. A revolução procura privar o direito da sua força, mas para atingir esse fim ela coroa de direito

a força revolucionária. E o que se diz acerca da fase destrutiva, vale também para a fase construtiva. A revolução é uma força não regulada, mas sim regulante (1).

0 conflito revolucionário - diz CAsTANHEiRA NEvFs - põe-nos directamente perante a função constituinte do direito, no possível apelo para a sua função ordinans. Intenção que ele só poderá actuar constitutivamente, não evidentemente como objecto (,~essência»), mas como édei» ou princípio normativo. E daí que o direito se tenha de propor agora a tarefa de reconstituir a unidade normativa integrante a um nível diferente daquele em que se manifestou o conflito, pois a esse nível foi justamente essa unidade que, por força do conflito, deixou de existir. Terá de elevar-se àquele mesmo nível intencional e axiológico em que o próprio conflito cobra o seu sentido ou que ele próprio, na sua mesma intencionalidade específica, não deixa também de pressupor: ao nível dos fundamentos últimos de validade e, assim, da inteligibilidade constituinte (reconstituinte) de uma nova universidade de sentido (2).

Ou, noutro plano, segundo MIGUEL GALvÃo TEL:ES, a revolução avaHa-se a si própria juridicamente; lá-lo desde o início; daí que a primeira norma que ela cria seja aquela que a legitima, tornando-a lícita e atribuindo-lhe valor jurídico. Não se trata de reconhecer um genérico «direito à revolução», embora este possa vir suposto no processo de justificação. Tal norma é radicalmente singular: legitima aquela revolução e nenhuma outra (3).

III - Sob este ângulo, afigura-se indiferente que o autor da revolução seja um governante em funções, o titular de um órgão

(1) La signification eschatologique du droit, in Rívista Internazionale di Filosofia del Diritto, 1971, pág. 217.

(2) A Revolução e o Direito, cit., págs. 171-172.

(3) A revolução portuguesa..., cit., loc. cit., págs. 597-598. Fala num triplo papel da revolução - legitimador, hermenêutico e constitutivo (págs. 601 e segs.).

de poder constituído usurpando o poder constituinte - é o que se chama golpe, de Estado('); ou que seja um grupo ou movimento vindo de fora dos poderes constituídos - insurreição ou revolução stricto sensu.

Tão-pouco importa que os seus objectivos - políticos ou políticos e sociais - sejam algo restritos ou muito amplos (2). Em qualquer hipótese, a revolução põe em causa a integridade da ordem constitucional, quebra-a para a ter de refazer de imediato e para, tendo de a refazer, ter de fundar de novo todo o sistema jurídico estadual (3).

Pode considerar-se também relativamente secundário que a revolução se destine à instauração de um regime novo e inédito ou à restauração de um regime anterior. Ela representa sempre uma ruptura, e mesmo - na restauração - uma dupla e sucessiva ruptura, com os efeitos inerentes (até porque o restabelecimento do antigo Direito não pode nunca ignorar a vigência do Direito intercalar) ~).

IV - Mais relevante para efeito de análise do poder constituinte mostra-se o modo como se produz a ruptura revolucionária. Ela ocorre sempre num momento determinado, quase mstantaneamente, mas nem sempre a nova ideia de Direito fica, de uma vez por todas, assente ou afirmada, com nitidez. São bem conhecidos os casos - desde a França de 1789 a 1793 ou

(1) Sobre o conceito de golpe de Estado, v. SANTI ROMANO, L'instaurazio,ne .... cit., loc. cit., págs. 121 C SCGS.; VINcENzo GUELLI, Colpo di Stato, in Enciclopedia dei Diritto, vii, 1960, págs. 666 e segs.; MIGUEL GALvÃo TELES, Golpe de Estado, in Verbo, ix, pág. 715; CARLOS BARRÉ, Colpo di Stato, in Dizionario di Política, obra colectiva, Turim, 1976, págs. 176 e segs.; ?A[ARCELLO CAETANO,

Direito Constitucional, cit., i, pág. 277; JAIME NOGUEIRA PINTO, Golpe de Estado, in Polis, 111, 1985, págs. 66 e segs.

(2) A este propósito, C. J. FRIEDRICH distingue revoluções limitadas c revoluções ilimitadas (op. cit., págs. 101 e segs.).

(3) Por isso, diz BOBBIO (Fatto normativo, cit., loc. cit., pág. 994): * revolução é um facto normativo complexo que modifica todo um ordenamento ou, pelo menos, afecta os seus pressupostos constitutivos todos de uma vez.

~) Cfr. SANTI ROMANO, L'instaurazione .... cit., loc. cit., págs. 164-165; MiGuEL GALvÃo TELES, 0 Problema .... cit., págs. 32 e 33.

Portugal de 1974 a 1976 - em que esse é apenas o momento ínicial de um processo demorado e complexo, com diversos intervenientes, e não raro contraditório e conflitual (1).

0 derrube do regime precedente pode, pois, ser seguido de um processo ou ciclo revolucionário - umas vezes relativamente homogéneo (ainda que com progressiva radicaezação de posturas), outras vezes com dois ou mais projectos político-constitucionais procurando impor-se e a que correspondem duas ou mais pretensões de juridicidade (ligadas a diferentes legalidades e efectividades em instável coexistência). E só no termo deste período, mais cedo ou mais tarde, estará fixada ou reconstituída a unidade da ordem jurídica, definido o sentido da Constituição material, criado um novo regime, encerrada ou consumada (como se entenda) a revolução.

Inversamente, pode suceder que antes de se verificar a ruptura se desenrole uma fase mais ou menos longa de luta revolucionária (no extremo, de guerra civil), de luta pela conquista do poder pelos agentes da revolução, de empenho ainda não vitorioso de mudança do regime, mas em que vão surgindo, aos poucos, uma contraposta ideia de Direito à que ainda subsiste e até pré-instituições; e quando a revolução acaba por vencer, já a nova ordem constitucional se apresenta fortemente implantada. Assim foi na Espanha «nacionalista» de 1936 a 1939 e, depois disso, em numerosos países do chamado Terceiro Mundo.

23. A transição constitucional

1 - Menos estudado do que a revolução vem a ser o fenômeno que apelidamos de transição constitucional. Menos estudado, não so por até há poucos anos ser muito menos frequente mas também por ser mais difícil de registar (ou de fixar, com todo o rigor)

(1) Cfr. JORGE MIRANDA, A Constituiçjo de 1976, cit., págs. 17 e segs.; RUY RUBIN RusCHEL, 0 Poder constituinte o a Revoluçjo, in Revista de Direito Constitucional e Ciência Política, n.o 4, janeiro-junho de 1985, págs. 248-249; MIGUEL GALv-Xo TELES, A revoluÇãO Portuguesa .... cit., loc. cit., págs. 568 e segs.

menembh--

o momento da mudança de regime ou de Constituição material (1).

Não deve, no entanto, ter-se por pouco relevante. A evolução política inglesa do Estado estamental para a monarquia constitucional e da predominância da Câmara dos Lordes para a da Câmara dos Comuns reconduz-se, no fundo, a uma prolongada transição (2). E talvez mais sugestivas, porque ocorridas em períodos breves, são, entre outras, a outorga da Carta Constitucional por D. Pedro IV em 1826; a instauração do fascismo em Itália de 1922 a 1925; a passagem da IV à V República em França em 1958 (3); a consagração de regimes de partido único em África nos anos 60 e 70; a ((reforma política)) espanhola de 1976-1978(4).

Mais recentemente ainda deparam-se transição de regimes

militares, ou de base militar, para regimes constitucionais democráticos no Peru, de 1977 a 1979, na Argentina, de 1982 e 1983, no Brasil, de 1985 a 1988 (5), e no Chile, de 1988 a 1990; a transição

(1) Cfr. BISCARETTI Di RuFirIA, SUi limitti della «reViSiOne COStitUZiOnale, in Analli del Semindrio Giuridico da Universidade de Catânia (vol. iii, 1948-1949), Nápoles, 1949, págs. 125, 142 e segs., 147 e segs. e 162 e segs.; ALF Ross, Ou Self-Reference and a Puzzle im Constitutional Law, 1969 (consultámos a trad. it. in Critica del diritto e analisí del linguaggt'o, Bolonha, 1984, págs. 205 e segs.); MANOEL GONÇALVEs FERREIRA FILHO, 0 Poder Constituinte, cit., págs. 32-33; PABLO LucAs VERDU, El sentimiento constitucional, cit., pág. 112; JEAN-Louis QUERMONNE, Les Régimes Politiques Occidentaux, Paris, 1986, pág. 36.

(2) E o mesmo se diga, em plano concomitantemente de Direito constitucional e de Direito internacional, da evolução do Império Britânico para a Commonwealth, com passagem de colónias a domínios e, depois (com o Estatuto de Westminster de 1931), de domínios a Estados soberanos, alguns dos quais (o Canadá a Austrália, a Nova Zelândia, etc) em união pessoal, e não já união real, com a Grã-Bretanha.

(3) Através de uma lei constitucional, votada pelo Parlamento, que autorizou o Governo a preparar, de acordo com certos princípios, um projecto de Constituição e a submetê-lo a referendo. Cfr. SERGE ARNÉ, La prise du pouvoir par le Maréchal Pétain (1940) et le Général De Gaulle, in Revue du droit public, 1969, págs. 48 e segs.; CLAUDF, LECLERCQ, Op. Cit., loc. cit., págs. 1039 e segs.

(4) V. vol. i deste Manual, 4.a ed., págs. 176 e 219.

~) Ibidem, págs. 237 e 238.

de regimes marxistas-leninistas para regimes pluralistas na Hungria e na Polónia, de 1989 a 1990; a transição na Nicarágua em 1990; a abertura ao pluralismo político em S. Tomé e Príncipe (com nova Constituição formal) e em Cabo Verde, em 1990. E, embora com dificuldades de vulto, também estão em curso transições ou tentativas de modificação estrutural dos regimes e até das formas de Estado na União Soviética, na África do Sul e noutros países.

II - Na revolução há uma necessária sucessão de Constituições - materiais e formais. A ruptura com o regime precedente determina logo o nascimento de uma nova Constituição material, a que se segue, a médio ou a longo prazo, a adequada formalização.

Na transição ocorre sempre um dualismo. Pelo menos, enquanto se prepara a nova Constituição formal, subsiste a anterior, a termo resolutivo; e nada impede que o mesmo órgão funcione simultaneamente (foi o caso do Brasil) como órgão de poder constituído à sombra da Constituição prestes a desaparecer e como orgão de poder constituinte com vista à Constituição que a vai substituir.

0 processo de transição é, na maior parte das vezes, atípico, dependente das circunstâncias históricas. Outras vezes adopta-se o processo de revisão constitucional (como veremos na altura oportuna); e pode até suceder que a Constituição admita expressamente formas agravadas de revisão para se alterarem princípios fundamentais da Constituição e, portanto, para se transitar para uma nova Constituição.

De uma óptica mais de Ciência Política do que de Direito Constitucional, assinalem-se diferentes modos de transição, segundo diversos critérios:

- transição espontãnea e transição provocada (transição decidida pelos detentores do poder por sua livre opção e transição provocada por convulsões políticas ou por outros eventos, internos ou externos);

-transição unilateral (levada a cabo no âmbito dos órgãos constitucionais em funções, sem interferência das forças políticas de oposição) e transição por transacçdo (feita por acordo entre as forças identificadas com o regime até então vigente e as forças da oposição);

- transição demoordtica ou pluralista (passagem de regime político de

concentração de poder a regime plurausta) e transição não pturalista (de sentido inverso) (1).

III -Nem se conteste a autonomia do conceito, sugerindo que se reconduz, no fundo, ao golpe de Estado. Não é assim, porque na transição constitucional se observam as competências e as formas de agir instituídas: o Rei absoluto, por o ser, pode autolimitar-se, tal como uma assembleia pode ser autorizada por uma lei formalmente conforme com a Constituição previgente a decretar uma nova Constituição.

Dir-se-á que, de qualquer sorte, existe desvio ou excesso de poder, visto que a um órgão criado por certa Constituição está vedado, por natureza, suprimi-Ia ou destrui-Ia. Mas esse desvio de poder só se dá do prisma da Constituição anterior; não do prisma da nova Constituição, que, precisamente, surge com a decisão de abrir caminho ou deixar caminho aberto à mudança de regime. E nisto consiste - em paralelo com o que se verifica com a revolução - o exercício do poder constituinte originário.

Em última análise, uma transição constitucional produz-se porque a velha legitimidade se encontra em crise e justifica-se porque emerge uma nova legitimidade. E é a nova legitimidade ou ideia de Direito que obsta à arguição de qualquer vício no

(1) Cfr. LEONARDO MORCINO, Consolidamento democratico: definizione e modelti, in Rivista de Scienza Politica, 1986, págs. 197 e segs.; DONALD SHARE e SCOTT MAINWARING, Transiciones via transacción: Ia democratización en Brasil y en Espafza, in Revista de Estudios Politicos, n.o 49, janeiro-Fevereiro de 1986, págs. 87 e segs.; ANGEL RODRIGUEZ DIAS, Transicion politica y consolidación constitucional de los partidos politicos, Madrid, 1989; IÇALMAN KULCSAR, Constitutional State, Constitutionalism, Humam Rights in the transformation of the Hungarian Political System, in Rivista Trimestralo di Diritto Pubblico, 1990, págs. 222 e segs.; GiORGio LipscHITZ, L'Ungheria dalla legalità socialista allo Stato di Diritto, ibidem, págs. 563 e segs.; GrusEPPE Di PALMA, Le transizione demoeratiche in Europa orientale - Uma perspettiva comparativa, in Rivista Italiana di Scienza Politica, 1990, págs. 203 e segs., e Totalitarismo, sociedade civil, transições, in Anális.- Social, n.O 110, 1991, PágS. 59 C SCGS.; CHRISTIANE GOUAUD, Recherches sur te phonomène de tra-nsition democratique, in Rovue du droit publio, 1991, págs. 81 e segs.

processo e que, doravante, vai não so impor-se como fundamento de legalidade mas ainda obter efectividade (1).

IV-Como explicar, entretanto, a continuidade formal do ordenamento, sem ruptura? Uma resposta interessante, a respeito da nova Constituição brasileira, é avançada por TÉRcio SAMPAio FERRAZ JÚNIOR.

Segundo este Autor, a distinção entre poder constituinte originário e derivado funciona como regra de calibração. A ideia de

um poder autónomo, inicial e incondicionado, contraposto a um poder - direito derivado, tem também um carácter criptonormativo. É uma «figuração» que está na base, que regula, que calibra o sistema, permitindo reconhecer de um lado uma fonte principal de direito que, uma vez exaurida a sua função fundamental, deixa à norma posta a instauração das relações de subordinação. Graças a esta distinção, é possível uma regulação do sistema...

Que acontece quando o receptor promulga uma emenda que altera o relato da norma que lhe confere competência? Aparentemente, ele cumpre a norma e engendra um paradoxo. Na verdade, porém, isto não ocorre. Porquê? Porque, ao promulgar a emenda alterando o relato da norma que autoriza os procedimentos para emendar, o receptor (poder constituído) põe-se como emissor (poder constituinte). Isto é, já não é a norma que autoriza os procedimentos de emenda que está a ser accionada, mas uma outra, com o mesmo relator, mas com outro emissor e outro receptor. É uma norma nova, uma norma-origem.

Quando o Congresso Nacional promulga uma emenda, conforme os arts. 47.(> e 48.o da Constituição de 1969, emenda que altera os próprios artigos, não é a norma dos arts. 47.0 e 48.0 que está a ser utilizada, mas uma outra, pois o poder constituído já assumiu o poder constituinte.

Nem toda a norma-origem integra o sistema na sua coesão... No caso, porém, invoca-se uma regra de calibração: o Congresso Nacional, bem ou mal, representa o povo... Esta regra de calibração é que permite integrar a norma-origem no sistema, o qual, assim, se mantém em funcionamento, trocando, porém, o seu padrão: do padrão-legalidade para o padrão-efectividade (2).

Assim se explica como, parafraseando I-IAURIOU (op. cit., pág. 256), se p(als)sa do menos (por exemplo, a revisão constitucional) para o mais (a Constituição nova): é porque aí está uma nova ideia de Direito que o novo poder vem invocar.

(2) A convocaçdo da Constituinte como problema de controle constitucional, in 0 Direito, 1988, págs. 7 e segs., maxime págs. 14, 15 e 16.

24. 0 poder constituinte formal e o seu processo

I - Estabelecida uma nova ideia de Direito, exercido o poder constituinte material, segue-se a formalização que se traduz ou culmina no acto de decretação da Constituição formal ou acto constituinte stricto sensu.

E raro a Constituição formal surgir imediatamente, conexa com a Constituição material. É muito mais frequente abrir-se um processo, variavelmente complexo e longo, tendente à sua preparação e à redacção do respectivo texto. E este processo não so carece de ser regulamentado como - em caso de revolução implica a necessidade de organização provisória do Estado até à entrada em funcionamento dos órgãos a instituir pela Constituição formal (1).

II - Chama-se Pré-Constituiçjo, Constituição provisória ou, sob outra óptica, Constituição revoluciondria ao conjunto de normas com a dupla finalidade de definição do regime de elaboração e aprovação da Constituição formal e de estruturação do poder político no interregno constitucional, a que, por vezes, se acrescenta a função de eliminação ou erradicação de resquícios do antigo regime. Contrapõe-se à Constituição definitiva ou de duração indefinida para o futuro como pretende ser a Constituição produto final do processo constituinte (2).

Por causa de tais funções, as normas da pré-Constituição adquirem valor reforçado no confronto das demais normas, não podem ser alteradas ou derrogadas por normas posteriores a que não seja conferida função idêntica. E poderão até receber valor de normas formalmente constitucionais, recortando-se então, com

(1) Cfr. TF-MISTOCLE MARTINES, Prime osservazioni sul tempo mel Diritto Costituzionale, in Scritti in onore di Salvatore Puglíatti, obra colectiva, iii, Milão, 1978, págs. 795 e segs.

(2) Mesmo se sujeita a uma condição resolutiva ou a uma duração transitória, como se pretendeu a Constituição de Bona (art. 146.0), ou - apenas no plano material - como prevê, implicitamente, a Constituição brasileira, ao marcar para 1993 um referendo sobre a forma e o sistema de governo (axt. 2.o das disposições transitórias).

mais nitidez, dentro do sistema jurídico: foi o que aconteceu, entre nós, como se sabe, a seguir a 25 de Abril de 1974, em que se separaram as leis constitucionais emanadas «no exercício dos poderes constituintes assumidos em consequência do Movimento das Forças Armadas» (art. 13.0, n.o 1, 1.0, da Lei n.o 3/74, de 14 de Maio, e art. 292.0, n.o 2, da Constituição de 1976, no seu texto inicial) das restantes leis, das leis ordinárias(').

Da Constituição provisória ou pré-Constituição deve distinguir-se o fenômeno da entrada em vigor provisoriamente de determinados princípios ou normas constitucionais objecto de formação já durante o processo constituinte (assim, as «Bases da Constituição» aprovadas em 1821 pelas Cortes); e deve ainda distinguir-se a subsistência provisória de normas constitucionais anteriores não contrárias aos novos princípios constitucionais (assim, as normas da Constituição de 1933 ressalvadas pelo art. 1.0, n.o 3, da referida Lei n.o 3/74).

25. Os tipos de actos constituintes stricto sensu

I - A feitura da Constituição formal (definitiva) pode dar-se de diferentes modos, em razão de circunstancialismos históricos inelutáveis e de factores jurídico-políticos dependentes da forma de Estado, da legitimidade do poder e da participação da comunidade política (2).

A escolha básica (insista-se) cabe ao poder constituinte material. E, naturalmente, o processo constituinte é diverso em Estado

(1) V. A Constituiçdo de 1976, cit., págs. 41 e segs.; e ainda, em geral, A Revoluç£Zo de 25 de A bril, cit.

(2) Cfr. M. HAURIOU, Op. Cit., págs. 246 e segs.; C. SCHMITT, Op. Cit., págs. 50 e segs., e 94 e segs.; G. BURDEAU, Qp. Cit., iv, págs. 227 e segs; C. MORTATI, Op. Cit., IOC. eit., págs. 163 e segs.; KARL LOEWENSTEIN, ConStituci6n - Derecho Constitucional, in Marxismo y Democracia - E-ncictopedia de Conceptos Basicos, -.Política, obra colectiva, 1, trad., Madrid, 1975, págs. 116-117; M. REBELO DE SOUSA, op. cit., págs. 65 e segs.; GOMES CANOTILI-IO, Op. Cit., págs. 109 e segs.; BISCARETTI Di RUFFIA, Diritto Costituzionale Comparato, 6.a ed., Milão, 1988, págs. 631 e segs.; DE VERGoTTiNi, op. cit., págs. 138 e segs.

unitário e em Estado federal; no domínio da legitimidade democrática e no da legitimidade monárquica e no domínio da legitiniidade democrática de sentido pluralista e no da legitimidade democrática de outra inspiração; consoante compreende só elementos representativos ou também de democracia directa ou semi-directa.

0 acto constituinte pode, doutra perspectiva, competir a um único órgão ou sujeito. Pode ser a soma ou o resultado dos actos parcelares provenientes de dois ou mais órgãos da mesma entidade titular do poder constituinte('). E pode consistir num acordo de vontades entre dois ou mais sujeitos ou entidades (2).

São estes, embora com múltiplas concretizações, os três tipos fundamentais de acto constituinte: acto constituinte unilateral

singular, acto constituinte unilateral plural e acto constituinte bilateral.

II - Incluem-se nas formas de actos constituintes unilaterais singulares:

a) A outorga da Constituição (dita então Carta Constitucional) pelo monarca -como em França em 1814, na Baviera em 1819, em Portugal em 1826, no Piemonte em 1848, etc. (3);

b) 0 decreto do Presidente da República ou de outro órgão do Poder Executivo - como no Brasil em 1937;

c) 0 acto de autoridade revolucionária ou de autoridade constitutiva do Estado - como em Moçambique e em Angola em 1975;

(1) Bem entendido, titular no plano da legitimidade, não no plano da hnputação jurídica (o poder, constituinte ou constituído, é sempre poder do Estado).

(2) A natureza e os princípios de legitimidade dos actos constituintes revelam-se, designadamente, pelas fórmulas empregadas (Nós, o Povo dos Estados Unidos ... ; Dom Pedro... ; ete.).

(3) Cfr. PAUL BASTID, La théorie juridique des Chartes, in Revue inter,nationale d'histoire politique et constitutionnelle, 1953, págs. 163 e segs. Conforme observa, o termo Carta, contraposto a Constituicio (que para os homens da Restauração evocava a Revolução), era um termo arcaico, na linha das cartas de direitos do Anciem Régimo (como as cartas das comunas ou, em Portugal, os forais dos concelhos).

1, ,

d) A aprovação por assembleia representativa ordinária ou comum dotada de poder para o efeito -como na U.R.S.S. em 1977;

e) A aprovação por assembleia formada especificamente (mas não necessariamente apenas) para isso, chamada assembleia constituinte ou convenção-como em França em 1791, 1793, 1795, 1848, e 1875, em Portugal em 1822, 1911 e 1976 ou no Brasil em 1824, 1891, 1934 e 1946;

f) A aprovação por assembleia eleita simultaneamente como assembleia constituinte e como assembleia ordinária - conforme sucedeu no Brasil em 1988.

Estamos aqui em Estado unitário ou em Estado federal fictício (ou unitário de estrutura federal). Na hipótese a), o princípio de legitimidade é monárquico; nas hipóteses d), e) e f) democrático, com ou sem pluralismo; nas hipóteses b) e c) pode ainda invocar-se a legitimidade democrática, mas a concretização é anómala ou heterodoxa (salvo quando se trate de Constituições provisórias ou preconstituições). As hipóteses d), e) ef) decorrem da lógica do sistema representativo, estreitamente conexo com o constitucionalismo moderno.

III - As formas de actos unilaterais plurais compreendem:

a) A aprovação por referendo, prévio ou simultâneo da eleição de assembleia constituinte, de um ou vários grandes princípios ou opções constitucionais e, a seguir, a elaboração da Constituição de acordo com o sentido da votação - como na Itália em 1946 e na Grécia em 1974 a decisão sobre monarquia ou repúbhca;

b) A definição por assembleia representativa ordinária dos grandes princípios, a elaboração de projecto de Constituição pelo Governo e a aprovação final por referendo - como em França em 1958;

c) A elaboração por assembleia constituinte, seguida de referendo (1) - como em França em 1946 ou em Espanha em 1978;

(1) A aprovação popular configura-se então ou como aprovação verdadeira e própria (quando incida sobre um projecto de

Constituição) ou como ratificação ou sanção (quando se verifique uma dupla aprovação).

d) A elaboração por órgão provindo da Constituição anterior, com subsequente aprovação popular -como em França em 1799, 1801 e 1804;

e) A elaboração por autoridade revolucionária ou órgão legitimado pela revolução, seguida de referendo - como em Portugal em 1933, em Cuba em 1976, no Chile em 1980 ou na Turquia em 1982.

Estas hipóteses ocorrem ainda em Estado unitário, todas assentam na legitimidade democrática (com mais ou menos pluralismo) e todas combinam, de certa maneira, institutos representativos e de democracia directa ou semidirecta (mais coerentemente, nos casos de a) e c».

IV-Finalmente, actos constituintes bilaterais ou plurilaterais vêm a ser:

a) A elaboração e a aprovação da Constituição por assembleia representativa, com sujeição a sanção do monarca -como na Noruega em 1814, em França em 1830, em Portugal em 1838 ou na Prússia em 1850 (1);

b) A aprovação da Constituição por assembleia representativa, seguida de ratificação pelos Estados componentes da União - como nos Estados Unidos em 1787;

As Constituições nestas condições aprovadas são as Constituições pactícias: implicam um pacto entre a assembleia (ou o povo) e o Rei, no primeiro caso; e entre o órgão (ou poder)

(1) Cfr. C. F. VON GERBER, Uber õffentliche Rechte, trad. it. Diritto Pubblico, Milão, 1971, pág. 36; PAUL BASTID, Op. Cit., IOC. Cit., págs. 164, 165 e 171; J. DE SoTo, La Constitution sénatoriale du 6 avril 1814, ibidem, págs. 280 e segs.

GERBER escreve que uma Constituição pactícia não pode ter o valor de um contrato, mas exclusivamente de uma lei de Direito público; o termo contrato apenas indica clue na sua elaboração participou outro factor do Estado além do monarca; e dai ser juridicamente admissível a sua abolição ou a sua revisão unilateral por este.

Pelo contrário, BASTID sustenta que tanto a Constituição outorgada como a pactícia cabem no mesmo conceito de Constituição contratual, pois que, no fundo, ao outorgax a Carta, o Rei não exprime uma vontade livre, dada a força popular ascendente.

federal e os Estados membros da União no segundo caso (1). E são de admitir ainda outras modalidades de contrato constitucional.

V - A importância conjuntural que tiveram e a curiosidade - pela sua anomalia - que suscitam na teoria constitucional justificam uma referência, neste instante, ao problema da natureza jurídica das duas Plataformas de Acordo Constitucional portuguesas de 1975 e 1976: se se traduziram numa qualquer espécie de exercício do poder constituinte, ou se se confinaram a simples contratos políticos, ainda que não sem consequênèias jurídicas; se foram ou não Constituições pactícias.

Mantemos a opinião, desde a 1.a Plataforma aduzida (2), de que, sem embargo de terem representado um condicionamento da livre decisão da Assembleia Constituinte, nenhuma autononiáa tais acordos adquiriram; de que nenhuma eficácia jurídica tiveram as Plataformas (ou melhor, a Plataforma, porque a segunda veio substituir a primeira); e de que a sua relevância se esgotou em elemento histórico de interpretação da Constituição, no seu texto de 1976 (8).

Basta pensar em que, por definição, o Conselho da Revolução e os partidos não podiam obiigax-se reciprocamente por nenhuma forma válida. 0 Conselho não tinha competência para tal. Admitir que podia praticar um acto relativo ao exercício do poder constituinte (definitivo) seria pressupor que era órgão deste poder, o que não estava previsto nem na Lei n.o 3/74,

(1) Importa, porém, distinguir dois tipos de pactos: 1.0) o pacto federal, celebrado (ou, eventualmente, pressuposto) entre os Estados que hão-de tomax-se Estados federados; 2.0) a Constituição federal do Estado assim criado, obra do poder constituinte federal em conjugação com os Estados federados.

Cfr. EDWARD S. CORWIN, «We, the Peoplo», in The Doctrime of Judicial Review - Its Legal and Historical Basis and Other Essays, 19 14, reimpressão, Gloucester, 1963, págs. 81 e segs.; ScHmiTT, op. cit., págs. 71 e segs.; Guy HERAUD, A spects juridiques de Ia gjnèse fédérale in Estudios juridico-Sociales - Homemaje el Profesor Legaz y Lacambra, obra colectiva, Santiago de Compostela, 1960, págs. 888 e segs.; GARCIA PELAYO, Op. cit., págs. 231 e segs.; DE VERGOTTINI, Op. Cit., PágS. 147-148.

(2) Co-nstituiçdo e Democracia, cit., pág. 101; A Constituiçdo de 1976, cit., págs. 97 e segs.

(3) Cfr. DE VF-RGOTTINI, Le origi-ni della Seconda Repubblica Portoghese, Milão, 1976, págs. 225 e segs., e, diferentemente, ANDRÉ THOMASBAUSEN, Constituiçjo e realidade constitucional, in Revista da Ordem dos Advogados, 1977, págs. 488-489 (para quem o Pacto desenvolveu uma normatividade de facto que condicionou a Constituição).

nem na Lei n.o 5175. Quanto aos partidos, também a lei não os institucionalizou com essa função (1); e, muito menos podiam vincular os Deputados por eles propostos, porque a lei eleitoral expressamente declarava os Deputados representantes do Povo Português (art. 4.o do Decreto-Lei n.o 621-C/74).

A única via de dar força jurídica às Plataformas teria sido transformar as suas cláusulas em preceitos de lei constitucional editada pelo Conselho da Revolução. Ora, nunca tal lei foi feita (2), nem as Plataformas vieram a ser publicadas no Diário do Governo ou no Diário da Assembleia Constituinte; e tão-pouco o texto final da Constituição inseriu em anexo o Pacto de 26 de Fevereiro de 1976.

Uma vez reflectidas as suas cláusulas em preceitos constitucionais, a Plataforma extinguiu-se, porque a sua finalidade específica consistia precisamente em conformar o conteúdo desses preceitos. Ou seja: o seu cumprimento implicava a sua plena constitucionalização; a Plataforma não poderia durar mais do que o necessário para aprovação da Constituição. Ela não pairava de fora ou acima como uma espécie de «superconstituição» ou como uma Constituição paralela. Constituição só podia haver uma: a que, embora sob os circunstancialismos conhecidos, a Assembleia Constituinte iria decretax (3). E, se a menção de um «período de transição», que constava do articulado preparado pela 5.a Comissão na vigência da 1.a Plataforma (4) não ficou inscrida no texto da Constituição, não foi apenas por na 2.a Plataforma se ter reduzido o desvio ao princípio democrático; foi também, significativamente, para evitar dúvidas sobre qualquer pretensa recepção (3).

(1) A lei dos partidos políticos era (e é) o Decreto-Lei n.o 595174, de 7 de Novembro. Cfr., especialmente, o art. 2.0

(11) Somente a Lei n.o 17175, de 26 de Dezembro, fez expressa referência à Plataforma de Acordo Constitucional (base iv, § 2.0) nestes termos: «Até à entrada em vigor da Constituição as Forças Armadas Portuguesas obedeceni ao Conselho da Revolução por intermédio do CENIGFA; depois da entrada em vigor da Constituição, as FAP obedecem ao órgãos do Poder consagrados, tendo em conta as

disposições da Plataforma de Acordo Constitucional com os partidos políticos».

Mas note-se que esta disposição foi anterior à Plataforma que acabaria por se projectar na Constituição; que possuía nítido cunho transitório; que nada continha de substantivo quanto à definição de quais os órgãos a que as Forças Armadas deveriam obediência; e que, não tendo a Lei n.o 17175 sido ressalvada como lei constitucional, o seu valor após a aprovação da Constituição nunca passaria do de disposição de lei ordinária.

(3) Assim, Constituiçjo o Democracia, cit., pág. 334. Diário n.o 85, de 22 de Novembro de 1975, pág. 2806.

Para ainda outros aspectos do problema, v. a 1.a edição deste tomo, págs. 413 e segs.

A revisão constitucional de 1982, operada mais de dois anos depois do período de quatro anos mencionado na 2.a Plataforma (5.5), confirmaria inteiramente este entendimento. Na verdade, extinguindo o Conselho da Revolução, o art. 91.o da Lei Constitucional n.O 1/82 veio mostrar que as normas constitucionais correspondentes a cláusulas da Plataforma (no caso, o art. 113.0) vigoravam por serem normas constitucionais, e não por qualquer outro título; e que deixavam de vigorar por acto expresso do órgão constitucional competente (a Assembleia da República, investida de poderes de revisão), e não por qualquer forma de caducidade.

26. Forma, legitimidade e conteúdo da Constituição

I - Uma coisa é a fonna jurídica, outra a realidade constitucional; uma coisa é a legitimidade, outra a autenticidade do exercício do poder constituinte.

Do prisma político, as Constituições são também de origem democrática ou autocrática. Mas só se consideram entre as pri-

meiras as que efectivamente sejam emanadas em condições mínimas de liberdade e participação dos cidadãos, e não impostas pelos govemantes. Não interessa a forma utilizada; o que interessa é

a genuinidade da vontade política do povo nela expressa.

Pela natureza do órgão, pode afirmar-se que uma Constituição elaborada em assembleia constituinte, contanto que livremente eleita, é de origem democrática; e que ainda mais democrática o será se tiver havido antes uma definição pelo povo, em referendo, do sentido do regime. já a sujeição a referendo após a deliberação

de assembleia constituinte oferece menor margem ao povo, visto que a alternativa - entre ter uma Constituição ou não ter nenhuma - leva, salvo raras excepções, ao voto favorável; trata-se então, sobretudo, de obter um reforço da base política da Constituição ou outros efeitos (1).

0 referendo, degradado em plebiscito (na acepção ligada aos plebiscitos napoleónicos), pode, contudo, ser não um instrumento de democracia, mas sim de autocracia, quando, através dele,

se chtme o povo a aderir a textos constitucionais preparados pelo Chefe do Estado ou por governos ditatoriais, sem interferência de assembleias representativas do pluralismo das correntes ideológicas

(1) cfr. ConstituiCZ, , Democracia, Lisboa, 1976, págs. 155 e segs.

país e sem liberdade de discussão. Muito frequente nos séculos xix e xx, tal distorção da democracia directa ou semidirecta conduz, no limite, ao cesansmo.

Por outro lado, porque no século xx, a prática política gira em torno dos partidos políticos em quase todos os países, as Constituições sofrem um influxo decisivo dos partidos (se não são mesmo obra deles) - de vários partidos ou de um só. No primeiro caso, as Constituições compromissórias que assim se formam, correspondem grosso modo às Constituições pactícias do século xix; no segundo, é como se o partido único viesse a chamar a si o Poder constituinte, directa ou indirectamente.

II -Uma coisa é o título de legitimidade ou a forma de produção da Constituição, outra coisa o seu conteúdo ou o regime, a forma ou o sistema de governo que consigna -embora não sejam coisas sem relação.

Convém, pois, não confundir Constituição de origem democratica ou autocrática com Constituição de conteúdo democratico ou autocrático. Não é a fonte ou o poder constituinte criador da Constituição que dá garantia, por si só, de que a forma de governo instituída venha a ser de democracia, pluralista ou não, ou de autocracia.

Uma Constituição de base democrática nos tempos modernos naturalmente dá corpo a uma democracia, embora possa ir mais ou menos longe na consagração consequente do princípio democrático. Mas já a outorga de uma Carta Constitucional envolve por si só a destruição da monarquia integral ou absoluta: como se trata de Constituição com separação de poderes e reconhecimento de direitos individuais, a autohmitação do poder do Rei dela resultante conduz a uma forma diferente, a monarquia constitucional (limitada ou não).

III-Uma Constituição nascida na base de determinado princípio de legitimidade pode sofrer, no decurso da sua vigência uma transmutação, por esse princípio vir a conjugar-se, entretanto, com outro princípio ou até a ser por este substituído -o que significará, uma alteração da Constituição material, embora permanecendo intocada a Constituição formal ou a instrumental.

Aconteceu isso, como se sabe, com algumas Cartas constitucionais do século xix, ao evoluírem para Constituições pactícias e, mais tarde, algumas, para Constituições de princípio democrático. E para tanto concorreram ou certas disposições dos respectivos textos ou a dinâmica política envolvente em transformação.

A Constituição imperial brasileira e a Carta Constitucional portuguesa, ao estabelecerem um regime de revisão assente em votação pelas Cortes e sanção pelo Monarca (arts. 174.o a 178.0 e 142.o a 144.0, respectivamente), pareciam apontar para tal carácter pactício, e não exclusivamente monárquico; e algo de semelhante se terá passado com a Carta Constitucional francesa de 1814 (apesar de nada estatuir sobre a sua revisão), pois que, uma vez concedida, ela ficou a dominar a vontade do Rei, vinculando-o contratualmente à Nação (1).

Como ainda bem se sabe ' a vicissitude constitucional que, desta ou doutra maneira, se terá verificado, não terá sido sem reflexo no sistema de órgãos do poder. São diferentes a lógica interna de uma Constituição que repouse no principio monárquico, a de uma que repouse no princípio democrático e a de uma que apele para ambos: enquanto que na primeira o poder do Rei se estende a tudo quanto lhe não esteja estritamente vedado, na Constituição unilateral democrática e na pactícia nenhuma autoridade pode prevalecer, na ocorrência de dúvida ou de conflito, sobre o povo ou os representantes do povo (2).

27. As formas e as regras dos actos constituintes

I - Escreveu SiEyÈs que o poder constituinte haveria de se exercer de qualquer forma. ((Uma nação não pode estar sujeita a uma Constituição)); x(não pode adstringir-se a formas constitucionais)); (xé sempre senhora de reformar a sua Constituição)); ((a sua vontade é sempre legal, é ela própria a lei)> C).

(1) P. BASTID, Op. Cit., IOC. Cit., PágS. 164 e 171. Só numa perspectiva de superveniência ou transformação constitucional se aceita a assimilação que propõe entre as Constituições outorgadas e as Constituições pactícias.

(2) Cfr. P. BASTID, ibidem, págs. 168 e segs. (corolários jurídicos da outorga) e 172 (corolários jurídicos do pacto).

(3) Qu'est-ce que le tiers état?, cit., ed. cit., págs. 182, 183, 187 e 180.

Assim é no sentido de poder constituinte originário o qual compreende a revolução (e, de resto, exactamente, a tese de SIEYÈs destinava-se a legitimar uma revolução ou uma transição de uma Constituição a outra -a conversão dos Estados Gerais convocados por Luís XVI, rei absoluto, em Assembleia Constituinte e do 3.o Estado em nação, em nação soberana, equivalente ao povo como universalidade dos cidadãos) (1).

já não seria de aceitar a afirmação, se com ela se pretendesse inculcar que a pluralidade (a Priori indefinida) de formas de exercício do poder constituinte material significaria alheamento do Direito. Ou que o poder constituinte formal não careceria de uma predeterminação de formas e processos vinda do poder constituinte material. Muito pelo contrário, como há pouco vimos: ele depende, pelo menos, do enquadramento imposto pelo próprio princípio de legitimidade (2).

Optar, em democracia, por formas representativas, directas ou mistas é decisão originária no confronto da Constituição que vai ser decretada, mas decisão derivada em face do momento inicial de emergência da nova ordem jurídico-política. E não pode, por exemplo, elaborar-se e aprovar-se uma Constituição através de assembleia constituinte ou de referendo sem uma legislação reguladora da capacidade eleitoral e do sufrágio e sem normas que estatuam como há-de surgir a vontade constituinte (3) ~). Algo de semelhante se diga a respeito do acto constituinte bilateral. Mas até o acto constituinte unilateral monárquico carece ainda de regras: a outorga tem, pelo menos, de se fundar na autoridade real e de se transmitir pela forma específica dos actos do Rei.

II - Que o órgão constituinte formal - o órgão que, em nome do soberano (designadamente, em nome do povo) elabora a Coi)s-

(1) Cfr., por todos, PAUL BASTID, Sieyès et sa pensée, nova ed., Paris, 1970, págs. 359 e segs., 391 e segs. e 587 e segs.

(2) Cfr. (segundo a sua concepção positivista) CARRÉ DE MALBERG, op. cit., ri, pág. 500.

Recorde-se a elaboração das Constituições de 1933 e 1976.

Sobre processos eleitorais constituintes, cfr. C. MORTATI, La Costituente, cit., Zoe. cit., págs. 136 e segs.

tituição -possa modificar as regras preexistentes e estabelecer outras que, doravante, venha a seguir, é problema diferente.

Nada impede que o faça, nos limites da ideia de Direito ou do princípio de legitimidade que o habilita. Nada obsta a que uma assembleia constituinte, eleita para funcionar apenas durante certo período, delibere prorrogar a sua sessão ou que, confinada por norma anterior à tarefa de feitura da Constituição, delibere assumir a

plenitude dos poderes legislativos do Estado. As regras de organização de uma assembleia constituinte são preparatórias e instrumentais do exercício do poder que lhe está cometido; logo, pode alterá-las e escolher os meios mais adequados para o efeito, entre os quais a prorrogação ou o prolongamento do seu mandato; e, porque o poder constituinte formal também precede e determina os poderes legislativo e governativo, como poderes constituídos, bem pode também arrogar-se o seu exercício().

Revertendo à Assembleia Constituinte portuguesa de 1975-1976, esta bem poderia ter rompido ou modificado os limites impostos ao seu poder pela Lei n.o 3174 (que lhe vedava fazer leis ordinárias ou agir sobre o Governo Provisório) e pela Lei n.o 5175 (que lhe vedava fazer leis constitucionais para o período transitório entre a sua eleição e a publicação da nova Constituição).

Mas uma coisa é ter certa faculdade, outra coisa actualizá-la; uma coisa é a natureza conceitual do poder donde flui certa decisão, outra coisa a obrigatoriedade jurídica desta. Tudo consistiria então em saber se a Assembleia Constituinte de 1975-1976, quer no contexto histórico em que foi convocada, quer, especialmente, naquele em que abriu e deliberou até certo momento, poderia prevalecer sobre os órgãos revolucionários; tudo consistiria em saber se a legitimidade democrática adquirida por via representativa eleitoral de que era portadora deveria articular-se com a legitimidade democrática revolucionária - como pretendia fazer a Lei n.o 3174 - ou se poderia resistir frente à legitimidade revolucionária não democrática que pareceu triunfar em certos meses de 1975 (2).

(1) Sob este aspecto concordamos com OTTO 13ACHOF (Normas constitucionais inconstitucionais?, trad., Coimbra, 1977, pág. 51) quando afirma que as leis preconstitucionais não podem obrigar o titular do poder constituinte, o qual pode, a todo o tempo, contomá-las através de um acto constituinte originário.

(2) Só quando o conflito de legitimidade e de projectos de revolução se extremou após o sequestro dos Deputados em Novembro de 1975, estes tiveram mais clara consciência de que, diante de uma intenção revolucionáxia não democrática, seria possível ou necessário extrair todas as

A Assembleia Constituinte não revogou os limites ao seu poder estabelecidos pela Lei n.o 3174 e, depois, pela Lei n.o 5/75. Salvo em dois ou três pontos, cuja importância política não era despicienda, mas cuja importância constituinte era exígua - período de antes da ordem do dia, emissão de votos de congratulação, saudação, protesto ou pesar, requerimentos dirigidos ao Governo a solicitar informações sobre assuntos correntes de política e de administração pública - ela não ultrapassou o estrito trabalho de elaboração constitucional. juridicamente não fez senão a Constituição, e nas condições e nos prazos que outros lhe fixaram (1).

De análoga natureza seria a questão de saber se poderia a Assembleia Constituinte, por meio de disposição transitória que tivesse votado, ter-se transformado em Assembleia Legislativa à semelhança do que aconteceu em 19 11 (2) (3), em vez de se dissolver ipso facto com a aprovação da Constituição, como prescreviam o Programa do M. F. A. (C, n.o 1) e a Lei n.o 3/74 (art. 3.0, n.o 3). E, também na lógica do poder constituinte, as disposições limitativas prévias não poderiam valer, para além da própria Constituição

consequências do princípio da legitimidade democrática da Assembleia Constituinte.

(1) Diferente, porque diferentes eram as circunstâncias, foi o caso da Itália de 1946-1947, em que a Assembleia Constituinte considerou as disposições limitativas incluídas no Decreto de 16 de

Março de 1946 não juridicamente vinculativas por provirem do governo provisório não eleito. E, assim, de início, sem derrogar este diploma, afirmou o seu poder de o modificar sempre que o entendesse necessário, e mais tarde, explicitamente veio modificá-lo, prorrogando o mandato para além o limite máximo ali previsto. Cfr. C. MORTATI, La Costituente .... cit., loc cit., i, págs. 389 e segs.; PIBRO CALAMANDREI, Commentario Sistematico alla Costituzione Italiana, 1, Florença, 1950, págs. cxvi e segs.

Quanto à Grécia, em 1974-1975, v. ANTOINE PANTÉLIS, Les Grands Problèmes de Ia Nouvelle Constitution Hélténique, Paris, 1979, pág. 108; e, quanto à Espanha em 1977-1978, ANTÓNIO PORRAs NADALES, Op. Cit., págs. 190 e segs.

(2) Nas disposições transitórias da Constituição de 1911 estabeleceu-se que o primeiro Presidente da República seria eleito pela Assembleia Nacional Constituinte no terceiro dia posterior àquele em que a Constituição fosse aprovada (art. 83.0) e que, na sessão imediata, seriam eleitos os primeiros Senadores entre os Deputados à Constituinte, passando os restantes Deputados a formar a Câmara dos Deputados (art. 84.0).

Também em Espanha, a disposição transitória viii da Constituição de 1978 admitiu a passagem do Congresso a Câmara legislativa (embora ela se não tivesse verificado).

(3) Cfr., na perspectiva mais ampla das decisões das assembleias constituintes sobre a organização política imediatamente após a aprovação das Constituições, C. MORTATI, La Costitwnte..., cit., loc. cit., págs. 192 e segs.

e esta bem poderia estabelecer que a primeira Assembleia Legislativa fosse formada pelos Deputados que compunham a Assembleia Constituinte. Na prática, foi este outro problema que não chegou a pôr-se.

0 que terá de haver sempre, ainda quando o órgão constituinte altere as regras orgânicas e processuais que o precedem, será a vinculação a regras de Direito e mesmo às regras que ele próprio venha a editar (assim, a vinculação de uma assembleia constituinte ao seu regimento e a outras normas internas da sua autoria). 0 que terá de haver sempre - salvo ruptura ou revolução - será o ajustamento dessas regras e das formas de agir do órgão constituinte à ideia de Direito em que se firma e em face da qual deve conceber-se como órgão constituinte. E, a esta luz, a doutrina do poder constituinte acaba por se reconduzir a uma doutrina de limitação do poder.

III - Diz-se, por vezes, que o poder constituinte do povo, aí onde se invoque uma legitimidade democrática, deve prevalecer sempre sobr-. a Constituição existente; outras vezes, que o referendo, expressão imediata desse poder, não tem de estar previsto na Constituição para ser admissível, visto que, por definição, ele está acima da Constituição. Importa esclarecer estas afirmaçoes.

Decerto, enquanto faculdade essencial de auto-orgariização do Estado, o poder constituinte perdura ao longo da sua história e pode ser exercido a todo o tempo; e, na medida em que prevaleça a soberania do povo como princípio jurídico-político, ao povo cabe decidir sobre a subsistência ou não da Constituição positiva, a sua alteração ou a sua substituição por outra.

Todavia, para Ia da consideração abstracta da legitimidade, têm de se tomar em conta as condições concretas em que o poder constituinte há-de vir a ser externado, as determinantes históricas de ruptura ou de transição constitucional e a efectividade que se espera vir a adquirir uma nova Constituição. É preciso atender aos riscos para a segurança jurídica advenientes da dimi~ nuição ou do esvaziamento da força normativa da Constituição. E, se se invoca o princípio democrático, cabe verificar se e o povo que, real e livremente, quer a mudança, de que maneira e com que meios.

A supremacia do povo em face da Constituição não se justifica por si própria; ela justifica-se por outros valores e interesses mais elevados, como os direitos fundamentais das pessoas que compõem esse povo; não pode ser absolutizada. Um homem so ou um grupo de homens podem exercer despoticamente o poder; não um povo todo, pois o povo, para o exercer, requer uma organização jurídica, em que cada cidadão possa fazer ouvir a sua voz, a maioria ditar a lei e a minoria ter os seus direitos respeitados (1). Para ponderar sobre se a Constituição deve ser mantida, reformada ou substituída, havera, portanto, sempre que saber se ela garante ou não esses direitos e como é cumprida e aplicada.

Em democracia que se pretenda um Estado de Direito, mudar de governo não equivale a mudar de Constituição e de regime. Nem uma maioria de governo -sempre contingente em democracia de tipo ocidental, que postula pluralismo e alternância pode converter-se em maioria constitucional, sob pena de conformar a Constituição à sua imagem e de tender a perpetuar-se no poder. Pelo contrário, por definição, por conter as regras de jogo do regime, a Constituição tem de perdurar para além da sucessão de governos e de partidos, porque a todos tem de servir de referência institucional e a todos tem de oferecer um quadro de segurança para o presente e para o futuro.

Como assinala CAPLO EsposiTo, nada é menos exacto do que afirmar que, em democracia, a maioria é omnipotente: exacto é apenas que nesta forma de governo, a maioria, nos limites do seu poder, pode emitir disposições de direito substantivo. Pelo contrário, os limites do poder são aqui mais extensos e insuperáveis do que em qualquer outra forma de governo. «Um regime que reconhece ao cidadão, a todo o cidadão, a capacidade de criar o direito e que pretende que quem governa considere o súbdito como um potencial govemante; e que reconhece a todos os cidadãos capazes de se ocupar dos seus próprios interesses a capacidade de colaborar na determinação do destino comum... tal regime não afirma só o princípio da igual dignidade de qualquer cidadão mas também o princípio da soberana dignidade de todos os cidadãos. Por consequência, não existe forma de governo democrático senão quando as leis não neguem aos homens a independência, * valor e a dignidade de que tiram validade as leis». «Fora da Constituição * do direito, não há soberania, mas arbítrio popular» (2).

(1) Constituiçjo e Democracia, cit., pág. 244.
(9)La Costituziono Italiana-Saggi, Pádua, 1954, págs. 9 e 11.

Ou, como nota JoÃo BAPTISTA MACHADO, quando se não limita o âmbito do poder político da maioria (a nível estatal), limita-se necessariamente a liberdade ou o poder de todos os cidadãos, do povo em geral e, portanto, do titular da soberania() (2).

Naturalmente, resta observar, em compensação, que não deve a Constituição ser tão rígida e fechada nas suas formas organizativas e processuais que impeça ou dificulte, para além do razoável, a correspondência dos preceitos com a vontade e os circunstancialismos do povo, em constante mutação.

Voltar-se-á ao assunto a propósito dos limites materiais da revisão constitucional.

28. Os limites materiais do poder constituinte

I - 0 poder constituinte é logicamente anterior e superior aos

poderes ditos constituídos-na tricotomia clássica, o legislativo, o executivo e o judicial. A Constituição, sua obra, define-os e enquadra-os quer formal quer materialmente: eles não podem ser exercidos senão no âmbito da Constituição e as decisões e as normas que resultem desse exercício não podem contrariar o sentido normativo da Constituição. E isso torna-se mais patente quando haja Constituição formal como estatuto fundamental do Estado.

Daqui não decorre, porém, que o poder constituinte equivalha a poder soberano absoluto e que signifique capacidade de emprestar à Constituição todo e qualquer conteúdo, sem atender a quais~ quer princípios, valores e condições. Não é poder soberano absoluto -tal como o povo não dispõe de um poder absoluto sobre a Constituição - e isso tanto à luz de uma visão jusnaturalista ou na perspectiva do Estado de Direito como na perspectiva

(1) ParticipaçíZo e descentralizaçjo, 2.a ed., Coimbra, 1982, pág. 73. (2) Cfr. ainda, entre tantos, OTTO BACHOF, op. cit., págs. 46-47, nota;
GIOVANNI SARTORI, Théorie de ta Démocratio, trad. (de Democrazia e Defi-nizioni), Paris, 1973, págs. 56 e segs.; ou, numa ampla digressão filosófico-jurídica, GERARDO MORELLI, Il diritto naturale nelle costituzioni moderno - Dalla dottrina pura del diritto al sistema dell'ordí-namento democratico, &Elão, 1974, págs. 247 e segs.

da localização histórica concreta em que se tem de pronunciar o órgão nele investido. 0 poder constituinte está sujeito a limites.

Embora seja mais corrente na doutrina considerar a existência (ou a possibilidade ou a necessidade de existência) de limites materiais do poder de revisão constitucional -frequentemente tido por poder constituinte derivado - importa outrossim considerar a existência de limites materiais (em graus diversos, se se
1 .
quiser) do poder constituinte verdadeiro e propno, e mesmo do poder constituinte material originário.

Interessante é aqui referir as posições de alguns autores portugueses sobre o problema - coincidentes na admissibiiidade de limites ao poder constituinte, se bem que partindo de postulados bem diversos.

Salienta ROGÉRIO SOARES: #A teoria clássica do poder constituinte foi concebida para fazer face à teoria do direito divino dos reis e por isso também o apresenta sem limites. Mas hoje -na medida em que se aceita que o Estado não é mera organização do poder, mas a tensão por uma racionalidade substancial que conduza à limitação do poder - acredita-se em que as (xmagna latrocinia* de que falava Santo Agostinho não são Estados, nem a simples regra técnica base da sua eficácia é uma Constituição*. Daí çlimites transcendentes*, que põem em causa oo dogma do absolutismo do poder constituinte* (1).

Referindo-se aos princípios jurídicos fundamentais que formam eo núcleo essencial da Constituição material#, escreve AFONSO QUEIR6: *Uma comunidade política livre, em que o povo seja realmente soberano, não contrariará pela decisão constituinte dos seus representantes essa Constituição material. - Esses representantes trairiam o seu mandato, ou excedêlo-iam se deliberadamente, em algum ponto ou aspecto, se desviassem dela ... $ (2).

Por seu lado, diz GomEs CANOTILHO que ((o que está em causa é o problema do momento da validade material do direito, inelutavelmente presente sempre que se trata do problema das fontes do direito (3). E daí que (neste aspecto, seguindo CASTANHEIRA NEVES) também o poder constítuinte se não possa desvincular, no momento da criação da Constituição, de certas objectivações históricas que o processo de permanente ((desalienação* do homem vai introduzindo na consciência jurídica geral* (4).

F- afirma MARCELO IZEBELO DE SOUSA: #Quer o poder constituinte formal, quer o poder constituinte material são limitados pelas estruturas

(1) Constituição..., cit., loc. cit., pág. 669.
(2) Lições.... cit, pág. 295.
Direito Constitucional, cit., págs. 98-99.
A Revolução o o Direito, cit., pág. 196.

políticas, sociais, econórnicas e culturais dominantes da sociedade, bem como pelos valores ideolóZ:-Iicos de que são portadores~ (1).

II - Há que clistinguir três categorias de limites materiais do poder constituinte: limites transcendentes, imanentes e, em certos casos, heteró-nomos.

Os primeiros dirigem-se ao poder constituinte material e, por virtude deste, ao poder constituinte formal; os segundos são específicos do poder constituinte formal; os últimos adstringem tanto um como outro.

III - Os limites transcendentes são os que, antepondo-se ou impondo-se à vontade do Estado (e, em poder constituinte democrático, à vontade do povo) e demarcando a sua esfera de intervenção, provêm de imperativos de Direito natural, de valores éticos superiores, de uma consciencia jurídica colectiva (conforme se entender) (2).

Entre eles avultam os que se prendem com os direitos fundamentais imediatamente conexos com a dignidade da pessoa humana. Seria inválido ou ilegítimo decretar normas coustitucionais que gravemente os ofendessem (v. g., que estabelecessem o arbítrio no seu tratamento pelo Estado, que negassem a liberdade de crenças ou a liberdade pessoal, que criassem desigualdades em razão da raça ou em Portugal, pelo menos, que restaurassem a pena de morte). E não é por acaso que a Constituição portuguesa enuncia certos direitos que, mesmo em estado de sítio, não podem ser suspensos (art. 19.0, n.o 6); e rião são os únicos que correspondem a limites transcendentes.

IV -Os límíts imanentes decorrem da noção e do sentido do poder constituinte formal enquanto poder situado, que se identifica por certa origem e finalidade e se manifesta em certas

(1) Direito Constitucional, cit; pág. 62.
(2) Cfr. K. LOEWENSTEIN, Teoria..., cit., págs. 192 e segs.; ANTÓNIO PORRAS NADALES, Op. Cit., IOC. Cit., PágS. 176 e 183 e segs. (que chama, porém, a atenção para o perigo de os direitos do homem serem tomados como princípios a-históricos); MARIE-FRANÇOISF- RIGAUX, Op. Cit., PágS. 130 e segs.; TÉRCIO SAMPAlo FERRAZ JÚNIOR, Constituinte - Assembleia, Processo, Poder, 2.a ed., São Paulo, 1986, pág. 23.

circunstâncias; são os limites ligados à configuração do Estado à luz do poder constituinte material ou à própria identidade do Estado de que cada Constituição representa apenas um momento da marcha histórica. E compreendem limites que se reportam à soberania do Estado e, de alguma maneira (por vezes), à forma de Estado, bem como limites atinentes à legitimidade política em concreto.

Assim, não se concebe, num Estado soberano e que pretenda continuar a sê-lo, que ele venha a ficar despojado da soberania (v. g., aceitando a aiiexação a outro Estado); num Estado federal e que pretenda continuar a sê-lo, que ele passe a Estado unitário, ou reciprocamente (em certos casos); e num Estado em que prevalece certa legitimidade ou certa ideia de Direito, num determinado momento (v. g., a legitimidade democrática) que se venha a estabelecer uma organização política de harmonia com uma legitimidade ou uma ideia de

Direito contrár a (1) (2).

V -Os limites heterónomos são os provenientes da conjugação com outros ordenamentos jurídicos (3). Referem-se a regras ou a certos actos de Direito internacional, donde, especificamente, resultem obrigações para certo Estado; e reportam-se ainda a regras de Direito interno, quando o Estado seja composto ou complexo e complexo tenha de ser, por conseguinte, o seu ordenamento jurídico.

(1) Cfr. SiEyÈs, oP. cit., pág. 188, que, mesmo ele, reconhecia: «Uma nação não pode decidir que não será nação ou que só o será de uma maneira... Assim como uma nação não pode estatuir que a sua vontade comum deixará de ser a sua vontade comum... nem estatuir que os direitos inerentes à vontade comum, isto é, à maioria, passarão à minoria. A vontade comum não pode destruir-se a si própria ... ». V. ainda uma referência ao Direito natural a pág. 180.

(2) Nas nossas Cortes Constituintes de 1821-1822 discutiu-se da legitimidade da aprovação do art. 28.o da Constituição à face do princípio da soberania nacional: efr. JAIMF, RAPOSO COSTA, A teoria da liberdade - Período de 1820 a 1823, Coimbra, 1976, págs. 55 e segs.

(3) Cfr., em geral, ScHmiTT, op. cit., págs. 81-82 e 85-86. e BiscARETTI Di RUFFIA, Sull'«aggawiamentos ad altri ordinamenti giuridici di taluni «limiti» delia «revisiono costituzionale», in Seritti di Diritto Costit-uzionalo in momoria di Luigi Rossi, obra colectiva Milão, 1952, págs. 19 e segs.

'rodos os Estados estão sujeitos nas suas relações externas aos princípios gerais de Direito internacional, mormente os de jus cogens (alguns dos quais, de resto, coincidem com princípios de Direito natural); e certos Estados declaram-nos mesmo nas respectivas Constituições (1). Não se trata, porém, aí de verdadeiros limites heterónomos, porque eles não afectam directamente a estrutura constitucional. Muito menos são limites dessa natureza

as normas ou as cláusulas de quaisquer tratados anteriores à feitura desta ou daquela Constituição, visto que, sem embargo da regra pacta sunt servanda, se admite a possibilidade de desvinculação, observados certos requisitos e trâmites (2).

Limites heterónomos de Direito internacional não são senão os que correspondem a limitações do conteúdo da Constituição por virtude de deveres assumidos pelo Estado para com outro ou

outros Estados ou para com a comunidade internacional no seu conjunto. E é o que se verifica, por exemplo, com as garantias de direitos de minorias nacionais e linguísticas impostas a certos Estados por tratado de paz após a 1.a e a 2.a guerra mundiais;

com a obrigação de Áustria (pelo tratado de Saint-Germain de 1919) de se abster de qualquer acto que pudesse afectar a sua independência; com a proibição de restauração dos Habsburgos na

Hungria, após 1918; com a obrigação da Finlândia de garantia dos direitos da população das ilhas de Alândia, por força do tratado celebrado com a Suécia em 1921; com o estatuto de neutrahdade da Áustria desde 1955 (3); com a dupla garantia dos direitos das comunidades grega e turca em Chipre constante dos acordos de Zurique de 1960.

Quanto aos limites keter6nomos de Direito interno são tipica-

(1) Recorde-se o axt. 7.0, n.o 1, da Constituição portuguesa.

(2) Cfr. jolo GRANDiNo RODAS, Alguns problemas do direito dos tratados relacionados com o direito constitucional, à luz da

Convenção de Viena, in Boletim da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra, suplemento xix, 1972, pág. 247; ~URIE-FRANÇOISE RiGAux, op. cit., págs. 157 e segs.

(8) Por força de declaração (acto jurídico unilateral) feita pelo Governo austríaco e levada ao conhecimento das quatro potências intervenientes no dxatado de Estado* de 1955.
Ma=al de Direito ConstituciOnW

mente os limites recíprocos, em união federativa('), entre poder constituinte federal e poderes constituintes dos Estados federados (2). Aquele deve respeitar a existência destes e assegurar a participação do Estado nos órgãos e nos actos jurídicos principais a nível central. Os Estados federados devem subordinar-se aos imperativos da sua agregação na união federativa (incluindo os respeitantos ao sistema político, consoante prevêem a Constituição dos Estados Unidos no art. 4.0, a alemã no art. 28.o e a brasileira no art. 25.0 e no art. 11.o de «disposições transitórias») (3).

§ 2.o

Fontes das normas constitucionais

29. As fontes formais de Direito e

o Direito constitucional

I - Como se sabe, as fontes de Direito na acepção técnica rigorosa (fontes formais) são os modos de criação - ou, doutro prisma, de revelação - de normas jurídicas e reconduzem-se, no Direito interno, a lei, o costume e a jurisprudência.

Por lei (como fonte de Direito) entende-se a formação de normas jurídicas, por via de uma vontade a ela dirigida, dimanada de uma autoridade social ou de um órgão com competência para esse efeito. Envolve, portanto, uma intenção normativa e pressupõe uma especialização de funções na comunidade jurídica ou uma competência predefinida.

No costume, a criação e a execução do Direito como que coincidem. Os comportamentos dos destinatários -os ususem vez de serem vistos em si, isolados, sem valoração jurídica ou jurígena, tomam-se por referência a uma norma não decretada antes, como comportamentos devidos, de cumprimento dessa norma - e nisto consiste a opinio juris vel necessitatis.

Não tanto em união real.

Haverá aqui uma dupla valência dos limites - como imanentes e como heter6nomos.

(3) Cfr. RITINHA A. STEVENsoN GF-ORCAKILAS, A Constituição e sua supremacia, in Constituição de 1988, pág. 119.

Quanto à jurisprudência, por último, são os tribunais nas decisões que proferem nas questões de direito a dirimir, que exibem, conformam, concretizam o ordenamento e, na medida em que adoptam critérios generalizantes, podem vir a emanar verdadeiras normas.

Necessariamente, por razões de coerencia e tendo em conta a observação da vida jurídica, lei, costume e jurisprudência encontram-se presentes no Direito constitucional. Nenhuma destas fontes pode apriori ser excluída (1).

II - No sistema constitucional de qualquer pais aparecem, pois, sempre normas vindas de lei, de costume e de jurisprudência; o que variam são o grau e a articulação entre elas (2).

A Constituição em sentido formal oriunda do século xviii, corresponde a Constituição cuja fonte é a lei. Aliás, para lá de factores específicos determinantes, por toda a parte se assiste então - em virtude da centralização do poder e do jusracionalismo ao triunfo da lei sobre o costume.

Pelo contrário, Constituição assente no costume é, e só ela, a britânica - por causa do sistema de common law e porque em

(1) Sobre fontes de Direito em geral, lembrem-se, entre tantos, FRANÇOIs GÉNY, Méthode de 1'interprétation et les sources en droit privé, 2.a ed., Paris, 1919, 1, págs. 316 e segs.; NOR13ERTo BOBBIO, La consuetudino comme fatto -normativo, Pádua, 1942; H. KELSEN, Teoria Pura do Direito, cit., ri, págs. 83 e segs.; HENRY LÉVY-BRUHL, Sociologie du Droit, Paris, 1961, págs. 39 e segs.; JOSÉ 1-1. SARAIVA, Liçàes de Introdução ao Direito, Lisboa, 1962-1963, págs. 309 e segs.; C. K. ALLEN, Law in the Maki-ng, 7.a ed., Oxónia, 1964; J. DIAS 3URQUES, Introdução ao Estudo do Direito, 4.a ed., Lisboa, 1972, págs. 197 e segs.; CASTANHEIRA NEVES, As fontes do Direito o o problema da positividade jurídica, in Boletim da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra, 1975 e 1976, págs. 115 e segs. e 95 e segs., respectivamente, e Fontes de Direito - Contributo para a revisão do seu Problema, ibidem, 1982, págs. 169 e segs.; MIGUEL REALE, Liçjes Preliminares de Direito, Coimbra, 1982, págs. 155 e segs.; JoÃo BAPTISTA MACI-IADO, Introdução..., cit., págs. 153 e segs.; MICHEL TROPER, Du fondement de Ia coutume à ta coutume comunefondeme-nt, in Droits-Revuefrançaise de théoriejuridique, 1986, págs. 11 e segs.; OLIVEIRA ASCENSÃO, op. cit., págs. 221 e segs.

(2) Cfr. a classificação dos sistemas constitucionais em essencial
mente consuetudinários, semiconsuctudinários e subsidiariamente con-

suetudináxios de IVIARCELO L~EBELO DE SOUSA (op. cit., págs. 45 e segs.).

Inglaterra foi possível passar sem ruptura do Estado estamental para o Estado constitucional.

Não existe nenhuma Constituição surgida da prática judicial. Entretanto, certas Constituições -a dos Estados Unidos fornece o melhor exemplo - seriam mcompreensíveis sem o trabalho sobre os seus preceitos e os seus princípios levado a cabo pelos juizes; e vem a ser sebretudo esse trabalho que, como se mostrou no tomo i, mantém viva a Constituição norte-americana.

]~, pacifico que uma Constituição consuetudinária não se reduz a elementos de base consuetudinária - assim se vê, olhando para a única Constituição material consuetudinária, a inglesa, ou, mais para trás, considerando as Constituições institucionais do ancien régime. E que uma Constituição jurisprudencial não é senão uma Constituição legal objecto de elaboração jurisprudencial.

Muito menos pacífico é o lugar que aos elementos consuetudiná.rios e jurispnldenciais pode caber ou ser reconhecido numa Constituição legal - como se verifica com a enorme maioria das Constituições contemporâneas, entre as quais a portuguesa.

30. 0 problema do costume em Constituição formal

I - 0 reconhecimento do papel do costume em sistema de Constituição formal tem tido de enfrentar duas ordens de obstáculos: os obstáculos gerais suscitados pela mentalidade positivista contra o costume e os obstáculos ligados a certo entendimento da Constituição formal como expressão de um poder constituinte soberano, que não poderia ser posto em causa por quaisquer actos desconformes com as suas estatuições ou por quaisquer factores inorgânicos, vindos donde viessem(').

(1) Sobre o costume constitucional, v. (só a título

exemplificativo), 13ENJAMiN ARKZIN, La désuétude em droit constitutionnel, in Revue du droit Public, 1928, págs. 697 e segs.; JULIEN LAFERRIÈRE, La coutume constitutionnelle, ibidem, 1944, págs. 20 e segs.; CARMELO CARI3ONF,, La consuetudino mel Diritto Costituzionale, Pádua, 1948; FRANCO PIERANDREI, La Corte Costituzionale o lo tmodificazione Tacite* della Costituzione, in Scritti di Diritto Costituzionale, Turim, 1965, 1, págs. 81 e segs., maxime 105 e segs.; CARLO ESPOSITO, COnSUetUdiMe (diritto costituzionale), in Enciclo-

A inadmissibilidade do costume derivaria tanto do princípio da soberania nacional como do conceito de Constituição formal. A vontade do povo só se manifestaria através da feitura da Constituição em assembleia constituinte (ou em órgão equivalente), não através de qualquer outra forma; e a superioridade da Constituição e a sua função própria seriam vulneradas se pudesse haver normas constitucionais criadas à sua margem.

Como escreveu CARRÉ DE MALBERG, a característica jurídica da Constituição consiste em ser uma lei com uma autoridade reforçada, na medida em que não pode ser modificada por uma lei ordinária e na medida em que, assim, limita a competência legislativa. Há incompatibilidade

entre os dois termos - Constituição e costume. Porque o costume, não sendo escrito, não carece de um processo de revisão para o modificar. 0 costume não possui a força superior que caracteriza o Direito constitucional: somente as regras consagradas numa Constituição escrita estão reves-

tidas dessa força especial (1).

No mesmo sentido argumenta BuRDEAu, em nome não já do significado formal da Constituição rígida, mas sim do seu valor profundo. Pois a Constituição é o estatuto do poder e não poderia ser reconhecido aos agentes do exercício deste poder a faculdade de a transformar sob qual-

quer pretexto e fosse qual fosse a autoridade que invocassem. A Constituição destina-se a garantir o primado de uma ideia de 1) ireito; e, quando a nação soberana (ou o legislador constituinte) nela inscreve uma regra e edita as condições em que pode ser modificada, obedece a uma convicção

pedia del Diritto, ix, 1961, págs. 456 e segs.; JACQUES CHEVALIER, La coutume et le droit constitutionnel français, in Rovue du droit public, 1970, págs. 1375 e segs.; JEAN-CLAUDE MAESTRE, A propos des coutumes et des ~ques constitutionnelles: l'utilité des Constitutions, ibidem, 1973, págs. 1275 e segs.; MAGED EL-HELW, La coutume constitutionnelle em droit public français, Paris, 1976; DENis LFvy, De 1'idée de coutume constitutionnelle à 1'esquisse d'une théorie des sources du droit constitutionnel et de leur sa-nction, in Recueil d'études em hammago à Charles Eisenmann, obra colectiva, Paris, 1977, págs. 81 e segs.; TFMISTOCLE MARTINES, op. cit., loc. cit., págs. 812 e segs.; IRENÉ CAPITANT, La coutume constitutionnello, in Revue du droit pubuc, 1979, págs. 959 e segs. (é texto de conferência proferida em 1929); GomES CANOTILHO, op. cit., págs. 683 e segs.; ANNA CÂNDIDA DA CUNHA FF-RRAZ, Processos informais de mudança da Constituiçdo, São Paulo, 1986, págs. 177 e segs.; INOCÊNCIO GALVÃO TELLES, Introduçdo ao Estudo do Direito, i, Lisboa, 1988, págs. 95-96, nota.

(1) Cowtribution..., cit., ii, pág. 582, nota. V. também La loi, expression de Ia volonté générale, cit., pág. 107.

jurídica existente no grupo acerca da sua importância. A fixação de um processo de revisão indica a vontade de preferir à elasticidade da regra que evolui a rigidez de um princípio que se tem por necessário para certa segurança política (1).

Esta tendência vem até aos nossos dias em largos sectores da doutrina do constitucionalismo de tipo francês (2) . Do mesmo modo, exibe-se não menos vigorosamente, na doutrina e na prática dos países com Constituições soviético-marxistas, se bem que ,por um motivo algo diferente -o voluntarismo ideológico extremo que lhes está subjacente (8).

II - Uma tendência oposta surgina, porém, ainda na vigência da 3.a república em França, ligada a certos postulados do positivismo sociológico e empenhada em fazer realçar o papel do costume. Assim como, à margem dela, outras correntes têm vindo a realçar o papel do costume e da efectividade no Direito constitucional.

L~ENÉ CAPITANT não só tentava demonstrar que as três regras básicas do sistema parlamentar de então eram costumeiras como afirmava, bem ao contráiio de CARRÉ DE MALBERG, que o costume era essencialmente constituinte e a Constituição, nos seus graus supremos, necessariamente consuetudináxia. A força constituinte do costume redundax num simples aspecto da soberania nacional. A nação não tem que reivindicar a soberania, ela possui-a em todos os regimes - porque, pelo menos, é senhora da obediência e, por conseguinte, detém a positividade do Direito (4).

Mais nitigada vem a ser a concepção de Constituição de SÉRGIO COTTA COMO ordem social efectiva e colectivamente criada. A Constituição não se compõe só de disposições normativas, compreende dois outros elementos, um anterior - a tradição (que se exprime em normas consuetu-

(1) Traité .... cit., IV, págs. 286 e segs.

(2)

Por exemplo, JACQUES CHEVALIER OU JEAN-CLAUDE MAESTRE nos

escritos citados; PEDRO DE VEGA, La Reforma Constitucional y ta problematica del poder constituyente, Madrid, 1985, págs. 195 e segs.; ou ainda, de certo modo, BARBOSA DE MELO, I-ntroduçjo às formas de concertação social, in Economia, vol. vii, n.o 2, Março de 1983, págs. 261-262, nota.

(8) Cfr. o capítulo respectivo no tomo i.

(4) La coutume . cit., Zoe. cit., págs. 959 e segs., maxime, 968.

dinárias) - e outro posterior - o comportamento dos órgãos governamentais e da sociedade no seu conjunto(').

Sobretudo, são numerosos os autores que aceitam costume complementar da Constituição em sentido formal - ou porque

por exemplo, o Direito constitucional se não reduza

escritas, à (ciormalidade normada juridicamente* (2);

9

às normas

ou porque

o costume dê este ou aquele carácter e tom ao Direito constitucional e se manifeste, de modo especial, no exercício das funções próprias do regime político pelos órgãos do Estado ~); ou porque o costume exerça uma função supletiva, admitida tacitamente pelo legislador constituinte ~); ou porque ele se afirme, com efectividade, nas crises do ordeiiamento, permita confirmar a vigência de regras sobre a produção jurídica, elimine lacunas constitucionais ou contribua para a estabilização dos princípios do ordenamento (5); ou porque mais frequentes que as revisões constitucionaís sejam as mutações operadas por transformações da realidade de configuração do poder político, da estrutura social e do equilíbrio de interesses (6); ou porque seja a própria rigidez de certas Constituições que dê azo a costumes constitucionais (~; ou porque, a par da Constituição escrita, se desenvolva uma Constituição não escrita, enformada por princípios constitucionais fundamentais ou por regras consuetudinárias (8); ou porque o parâmetro da constitucionalidade deva ser tomado em face da expenencia jurídica concreta (9); ou porque a insuficiência ou a

(1) La notio-n de Constitution dans ses rapports avec Ia réalité sociak, in L'Idée de Philosophio Politique, obra colectiva, Paris, 1965, págs. 152 e segs.
(2) HELLER, op. cit., pág. 298.
(3) ADOLIFO POSADA, Tratado de Derecho Politico, Madrid, 1930, 11, pág. 93.
~) VAN DER MEERSCH, Introdwtion au Droit Constitutionnel Comparé, policopiado, Estrasburgo, 1963, págs. 5 e segs.
(5) CARLO EsposITO, COnSUetUdiM, cit., Zoe. cit., págs. 456 e segs.

(6) K. LOEWENSTRIN, Op. Cit., pág. 165.
(7) MARQUES GUEDES, IntroduçJo ao Estudo do Direito Politico, Lisboa, 1969, pág. 350.
(8) ROGÉRIO SOARES, COMStitUiÇdO..., Cit., IOC. cit., pág. 667.

(9) FRANCO MODUGNO, L'Invalidità della Legge, i, cit., pág. 246.

indeterminação de uma pré-objectivação normativa obrigue a recorrer à prática ou a uma constituinte determinação pela prática('); ou porque o costume decorra da própria necessidade de aplicação da Constituição (2).

As divergências dizem respeito não tanto à figura do costume constitucional quanto à sua extensão e, particularmente, às modalidades que pode revestir. 0 ponto mais sensível e delicado consiste em saber se pode aceitar-se ou nao a formação de costume constitucional contra legem (que seria costume contra Constitutionem), seja o costume positivo ou criador de novas normas ou o costume negativo (ou desuso) C).

31. Visão adoptada sobre o costume constitucional

I - A Constituição em sentido formal nasce de um acto jurídico, do acto constituinte, seja este único ou instantâneo e se traduza num só diploma ou texto ou consista em actos diversos, documentados em diplomas também vários, de maior ou menor proximidade temporal. 0 problema do costume em sistema de

(1) CASTANHEIRA NEvEs, Fontes de Direito, in Polis, li, págs. 1554-1555.
ANNA CÂNDIDA DA CUNHA FERRAZ, op. cit., pág. 185.

Admitem costume constitucional contra legem: JELLINEK, Op. Cit., pág. 405; josé TAVARES, Op. Cit., PágS. 108 e segs.; CARMELO CARBONE, op. cit., págs. 83 e segs.; MoRTATi, La Costituzions .... cit., págs. 174-175, e Istituzioni..., cit., i, págs. 323 e segs.; F. PIERANDRF-I, Op. Cit., tGC. Cit., págs. 116 e segs. e 133 e segs. (mas não em Constituição rígida garantida); LOE"NSTEIN, Op. Cit., pág. 115; P. LucAs VERDU, Curso .... li, págs. SOS e segs.; M. 1: ~E13ELO DE SOUSA, op. cit., págs. 45 e segs.; DE VERGOTTINI, Diritto .... cit., págs. 185 e segs.

Rejeitam-no: M. HAURIOU, op. cit., págs. 260-261 (falando em #falseamento da Constituição*); B. AKZIN, op. cit., loc. cit., págs. 697 e segs.; J. LAFERRIÈRE, Op. Cit., loc. cit., págs. 33 e segs.; VAN DER AUERSCH, Op. Cit., págs. 6 e 10; FERRUCCIO PERGIOLEsi, Diritto Costituzionale, 15.a ed., Pádua, 1963, 11, Pág. 198; MAGED EL-HF-Lw, op. cit., págs. 113 e segs.; GomF-s CANOTILHO, oP. cit., pág. 684; ANNA CÂNDIDA DA CUNI-IA FERRAZ, Op. Cit., págs. 184, 195, 196 e 234 e segs.; CRISTINA QUEIROZ, 0 plano na Constituição de 1976, in Conselho Nacional do Plano - Boletim, n.o 16, 3.o quadrimestre de 1988, pág. 127. Cfr. o Parecer n.o 33180 da Comissão Constitucional, de 20 de Novembro de 1980, in Pareceres, xiv, pág. 99.

Constituição formal não tem, pois, nada que ver com a criação ou formulação originária das normas constitucionais por via de costume - que em tal sistema, por definição, não pode ocorrer; tem que ver, sim, com a criação superveniente de normas constitucionais, e a projecção do costume, sobre normas constitucionais produzidas através daquele acto constituinte formal ou através de eventuais actos de revisão constit.ucional.

Tão-pouco pode considerar-se, sequer como hipótese, o desuso de uma Constituiçao no seu todo, um costume de eficácia negativa que levasse à cessação da vigência de uma Constituição formal. Somente por outro acto com equivalente força constituinte - uma nova Constituição ou (como o mais das vezes se tem verificado) uma revolução - uma Constituição em sentido formal deixa de vigorar. 0 desuso, a dar-se, nunca pode reportar-se senão a certa ou certas normas constitucionais.

Por outro lado, o que esta em causa é o costume referente a nonnas formalmente constitucionais, não o que, porventura, se refira a normas materialmente constitucionais colocadas fora da Constituição formal (aí o problema reconduz-se ao problema geral do costume nas ordens jurídicas modernas). Pelo menos. assim é em primeira linha, porquanto as relações estreitas entre Constituição formal e Constituição material poderão ter de ser particularmente ponderadas.

II - Como compatibfflzar, porém, normas constitucionais consuetudinárias com Constituição formal? -e para mais, com Constituiçao como a nossa que expressamente prescreve que o poder político se exerce «segundo as formas» ou «nos termos da Constituição» (arts. 3.0, n.o 1, e 111.0, bem como arts. 3.0, n.os 2 e 3, 113.0, n.o 2, 114.0, n.os 1 e 2, 117.0, n.o 2, 118.0, n.O 1, 119-0, n.o 3, 227.0, n.o 3, 229.0, n.o 1, alínea a), 236.0, n.o 1, 242.0, 266.0, n.o 2, e 275.0, n.o 3), sendo certo, aliás, que tais preceitos estão implícitos mesmo nas Constituições que os não contêm?

Não bastaria atalhar dizendo que só materialmente, não formalmente, o costume se projectaria sobre o poder político. E a dificuldade surge agravada aí onde - como sucede também

com poucas excepções - a Constituição é rígida, aí onde só pode ser revista por forma diferente da forma de lei ordinária.

É só na perspectiva global do ordenamento que esta e outras dificuldades se conseguem ultrapassar. Aceites ou pressupostos o

valor do costume em geral e a efectividade como factor de juridicidad-e (não em termos de puro facto, mas como sinal de adesão à ideia de Direito) (1), reconhecida ainda a interpenetração de norma e realidade constitucional, não pode banir-se o costume do Direito constitucional, não pode recusar-se-lhe qualquer virtualidade de acção. 0 seu lugar haverá de ser o que resultar da sua capacidade para conformar situações de vida -neste caso, situações de vida política, situações constitucionalmente significativas (sejam situaçoes recíprocas dos órgãos de poder, sejam mesmo relações entre o Estado e as pessoas).

De nenhuma norma constitucional (da Constituição formal) aludir ao costume como instrumento de produção jurídica quando muito só poderia extrair-se uma ilação sobre uma eventual posição da fonte de Direito constitucional que é a lei constitucional, não a posição da ordem constitucional -no seu todo. Aproveitando o argumento clássico contra o raciocínio formulado a partir das leis que ignoram ou até vedam o costume, dir-se-ia que, a haver tal posição, ela poderia vir a ser infirmada pela dinâmica jurídica por meio de costume de sinal coiitrário (2).

0 costume possui, decerto, um relevo bem secundário no domínio do Direito constitucional. A verificação mais elementar assim o comprova. Mas não porque o proíba a Constituição em sentido formal, e sim porque a vocação desta vem a ser a de regular

(1) Cfr., por todos, SANTI ROMANO, L'instaurazione, cit., loc. cit., págs. 151 e segs.; KELSEN, Teoria.Pura.... cit., ii, págs. 38 e segs,; RUGGIERO MENEGHELLI, Il Problema dell'effettività nella teoria della validità giuridica, Pádua, 1964, maxíme págs. 171 e segs. e 185 e segs.; MARIO NIGRO, COstituzione ed effettività costit-uzionale, in Rivista Trimestrale di Diritto e Procedura Civile, 1969, págs. 1967 e segs.

(2) 0 que não equivale a perfilhar a tese daqueles que sustentam ser o costume a fonte privilegiada de direito, enquanto exprime directamente a ordem da sociedade, sem necessitar da mediação de nenhum oráculo (assim, OLIVEIRA ASCENSÃO, op. cit., pág. 231).

a totalidade das relações política e apenas onde ela não chega ou onde não é efectiva pode entrar o costume.

A existência de Constituição formal não determina a sua exclusividade; detern-iina (parafraseando HELLER) a primazia da normatividade constitucional. 0 que a Constituição formal implica não é a proibição de normas constitucionais criadas por outra via que não a legal; é que tais normas se lhe refiram, nela entronquem e formem com ela, e sob a sua égide, uma incindível contextura sistemática.

A esta luz, quando se estipula que o Poder é exercido nos termos da Constituição, tem de se entender que Constituição abrange, em primeiro lugar, a Constituição formal escrita e, em segundo lugar, as normas consuetudinárias que, de diversos modos, a venham completar. Constituição é tudo e é essa Constitui ~
çao que os órgãos do poder têm de acatar.

0 que acaba de ser dito deve, de seguida, ser confrontado com os três tipos de costume habitualmente distinguidos em face da lei - costume secundum legem, praeter legem e contra legem.

III - Mesmo os sectores mais adversos ao reconhecimento do papel do costume não contestam o facto da formaç~o de costume constitucional secundum legem, conquanto possam negar a sua autonomia qua tale.

Algumas vezes trata-se de práticas cronologicamente anteriores à lei constitucional (1). Outras vezes - com mais interesse - de práticas posteriores. Ainda que não se adira à tese do positivismo sociológico de harmonia com a qual a Constituição em bloco só vale como Direito em virtude da sua observância por parte dos destinatários, pode afirmar-se que, designadamente, em períodos de

crise ou de instauração de um novo sistema, não são poucas as regras constitucionais que carecem de confirmação consuetudinária para se imporem (2). Nuns e noutros casos haverá costume constitucional verdadeiro e próprio, contanto que o comando constitucional seja cumprido não por mera força da sua

IVIARCELO REBELO DE SOUSA, op. cit., pág. 49. Assim, C. F-SPOSITO, Op. Cit., loc. cit., págs. 463 e segs.

inserção na Constituição formal, mas por força dessas mesmas práticas tidas por obrigatórias (1); e é na medida em que a norma acatada efectivamente se desprende, de certo modo, da Constituição formal que pode haver relevância do costume.

- IV -Forçoso vem a ser também registar a formação de mais ou menos numerosas normas costumeiras praeter legem, ou sejam, interpretativas e integ-rativas de preceitos constitucionais escritos, com função de clarificação, desenvolvimento e adequação às necessidades de evolução social.

A importância do costume praeter legem é muito grande em sistemas constitucionais longevos ou quase cristalizados, como modo progressivo de formação do Direito (2). E não deixa ainda de ser nítida em sistemas constitucionais relativamente recentes, dada a impossibilidade de normas constitucionais pensadas em certo momento abarcarem todos os futuros novos aspectos das relações políticas - daí o surgirem, para os cobrir, não raro e, aliás, em tempo mais curto e com maior versatilidade do que noutros sectores (3), normas de origem consuetudinária.

Embora possa haver costume constitucional nas matérias de direitos fundamentais e de organização económica e social, é, de longe, nas matérias de organização do poder político que ele se patenteia mais exuberantemente. Exemplos históricos bem conhecidos mostram que tem sido mediante costume praeter legem - ou nas suas fronteiras - que certos sistemas de governo se têm posto em prática, adaptado a condições de novos tempos ou, com frequência, transformado ou convertido em sistemas de teor diverso ~).

V-Outro é o caso do costume contra legem ou contra Constitalionem. A força jurídica da Constituição formal repele-o por princípio, tanto mais que, destinando-se a Constituição a

(1) Não parece, por isso, correcto dizer que o costume socundum legem tem mero valor estático (como diz P. L. VERDU, Op. Cit., ii, pág. 504).

(2) DENIs LF-vy, op. cit., pág. 85.

(3) Neste sentido, CARMELO CARBONE, op. cit., págs. 33 e segs.

(4) Cfr. BURDEAU, Op. Cit., iv, págs. 286 e segs.

reger o processo político, ele haverá de nascer, quase sempre, da não rigorosa observância pelos órgãos do poder das normas constitucionais escritas. 0 costume constitucional contra legem equivale à preterição da constitucionalidade.

Contudo, isso não permite fechar os olhos à vida a ponto de asseverar que tal costume não existe. Condições pode haver que levem à sua formação, ligadas a dúvidas de interpretação de preceitos constitucionais e, sobretudo, a ausência ou a deficiência de mecanismos de garantia.

Em primeiro lugar, o costume constitucional contra legem pode irromper quando os preceitos se prestem a dois ou mais sentidos e algum ou alguns dos seus destinatários lhes dêem um entendimento discrepante do de outros ou do entendimento mais generalizado, apesar

de tudo, na comunidade política. Algo paradoxalmente Prima facie, estas hipóteses de costume contra legem poderão dar-se a partir de hipóteses de costume secundum legem.

Em segundo lugar, pode irromper naqueles sistemas em que não funciona uma fiscalização jurídica ou jurisdicional da constitucionalidade das leis e dos demais actos do poder ou em que, funcionando, não consegue cortar cerce práticas inconstitucionais, de tal sorte que, com o decurso do tempo, estas práticas se consolidem e adquiram grau suficiente de obrigatoriedade para prevalecerem (1). Ou então pode acontecer que seja o próprio órgão de controlo que, ao emitir o seu juízo em face de um acto ou de um comportamento desconforme com a Constituição escrita ou não usando do seu poder de fiscalização, participa na formação de nova norma constitucional (2) . A efectividade do sentido normativo decorrente desta situação obsta à efectividade do original sentido normativo constante do texto constitucional.

Em terceiro lugar pode brotar ainda costume constitucional quando, existindo sistema de fiscalização da constítucionalidade, este não cubra todos os actos jurídico-públicos. E isso pode ocorrer com tanto maior frequência quanto é certo que a fiscalização da

(1) Cfr., neste sentido, JELLINBK, op. cit., pág. 406; Mc BAIN, Tho Living Constitution, cit., págs. 24-25.

(2) C. CARBONE, Op. Cit., pág. 88.

constitucionalidade tem sido principalmente pensada e organizada em vista de leis e de outros actos normativos e não em vista de actos políticos ou de governo e de actos de conteúdo individual e concreto. Ora, tem sido sobretudo no campo dos actos políticos que se têm criado costumes contra legem.

Como quer que seja, para que, através de costume, caia em desuso uma norma constitucional ou para que seja substituída por outra, tem de haver a consciência de que não se trata de simples derrogação por momentânea necessidade; tem de haver a consciência de que um novo sentido é adoptado para valer em situações futuras idênticas e de que este sentido genérico ou generalizante não tem ou já não tem a marca da inconstitucionaJidade (1); e essa consciência não pode ser apenas entre os titulares dos órgãos do poder, tem de se manifestar outrossim entre os cidadãos e traduzir-se num mínimo de aceitação por parte deles (2).

VI -As normas criadas por costume constitucional tornam-se normas formalmente constitucionais pela sua específica referência às normas da Constituição formal (3) ~). Há um só ordenamento constitucional, centrado na Constituição formal (5);

(1) Quer dizer: o costume constitucional forma-se quase sempre a partir de actos jurídicos; todavia, só aparece, em rigor, quando esses actos deixam de ser interpretados como tais para passarem a ser interpretados como elementos integrantes de algo qualitativamente diverso, de um facto normativo.

(2) 0 costume constitucional resulta, decerto, do comportamento dos órgãos fundamentais do Estado e não é expressão de autonomia da colectividade organizada (IPIERANDREI, Op. Cit., IOC. Cit., pág. 111). Mas isso não pode significar que se passe inteiramente à maxgem da colectividade dos cidadãos, que releve só do Estado-poder.

(8) Normas formal, mas não instrumentalmente constitucionais. E, quando normas caídas em desuso ainda apareçam na Constituição íristrumental, verifica-se o máximo afastamento possível entre esta e a Constituição formal.

(4) Diferentemente, M. REBELO DE SOUSA, op. cit., pág. 49, para quem o costume é fonte de Direito constitucional material, não de Direito constitucional formal.

(5) Contra, SÉRGIO COTTA, Op. Cit., IOC. Cit., PágS. 166-167: a

unidade da Constituição é uma unidade histórica e dialéctica de normas legislativas

não dois sistemas constitucionais (1), um de origem legal, outro de origem consuetudinária.

Elas possuem, por conseguinte, valor supralegislativo (2), e só podem ser substituídas ou por lei constitucional ou por outro costume constitucional (3). Como é próprio das normas formalmente constitucionais, vêm a ser susceptíveis de garantia através dos mecanismos de fiscalização que estejam previstos ~); a sua violação implica inconstitucionalidade (5) (6); se houver leis ordinárias anteriores de sentido discrepante, elas ficarão revogadas ou tidas por inco«nstitucionais supervenientemente (consoante se entender) "

Não vale isto dizer, no entanto, que os requisitos de formação das normas consuetudinárias constitucionais tenham de ser diferentes dos da formação das demais normas consuetudinárias. Nem se vê como pudesse haver processos diferentes para

• formação de costume reportado a normas constitucionais e para

• formação de costume reportado a normas legais; pelo contrário, o factor temporal e de repetição de comportamentos parece aqui contar menos, porque a gravidade e a publicidade dos actos dos órgãos do poder político, quando tornados efectivos, tendem a reflectir-se quase imediatamente no sentido das normas constitucionais (7).

e de tradições e comportamentos normativos, uma unidade entre um elemento formal e um elemento material.

(1) Cfr. CARLO ESPOSITO, Op. Cit., IOC. cit., pág. 457.

(2) Contra: J. LAFERRIÈRE, op. cit., pág. 40.

(3) Deve entender-se que é por novo costume, substitutivo de um anterior, que se verifica o renascimento de norma constitucional escrita, antes caída em desuso.

Sobre costume anterior e posterior, v. EL-HELW, Op. Cit., págs. 143 e segs.

(4) Sobre as garantias do Direito não escrito, DENIS LEVY, Op. Cit., loc. cit., págs. 88 e segs.

(5) Duvidosamente, GomEs CANOTILHO, op. cit., pág. 684.

(6) Ainda que uma lei contrária a um costume constitucional possa ser, por sua vez, um grau ou momento de formação de nova norma constitucional.

(7) Sobre a relevância do tempo no costume constitucional, v. TEmisTOCLE AURTINES, oP. cit., loc. cit., págs. 312 e segs.

32. 0 costume no Direito constitucional português

I - Também na experiência constitucional portuguesa podem inventariar-se casos de costume constitucional, uns de costume secundum e praeter legem, outros, inclusivamente, de costume constitucional contra legem.

Basta recordar factos bem conhecidos: a prática dos decretos ditatoriais e dos ulteriores Kbilts de indemnidade» das Câmaxas, na vigência da Carta Constitucional - tendo havido um Acto Adicional feito por essa forma, * de 1895-1896 (1); a exclusão do direito de voto da mulher antes de 1913 (2); * proscrição ou a proibição de partidos políticos, no domínio da Constituição de 1933 (3); a prática legislativa do Governo entre 1933 e 1945; a aprovação de tratados pelo Governo entre 1933 e 1971 e a prática dos acordos em forma simplificada, antes de 1971 ~). Assim como, durante a preparação do texto de 1976, um importante costume constitucional contra legem se manifestou: em vez de o plenário da Assembleia Constituinte votar os preceitos correspondentes aos projectos de Constituição apresentados pelos partidos, votou sem deliberação prévia (ao arrepio do art.

75.0, n.o 2, do Regimento) os preceitos constantes dos paxeceres das cortiissões.

E não será uma das nossas normas constitucionais mais antigas, exclusivamente consuetudinária, a fixação da capital em Lisboa ? E até 1976 não era o costume que dava valor constitucional às normas sobre bandeira e hino nacionais ?

II - Na prática posterior a 1976, apesar do curto tempo decorrido e de o articulado constitucional ser longo e minucioso, são de referir como exemplos de costume praeter ou contra legem:

1.0) A inelegibilidade local para cargos políticos de ministros de religião de qualquer culto com poderes de jurisdição;

2.0) A desvalorização dos planos;

3.0) A participação dos eleitores de Macau na eleição do Presidente da República (5);

4.0) A incompatibilidade dos cargos de Presidente da República e de membro do Governo com qualquer função pública ou privada;

(1) Cfr. CAETANO GoxçALvF-s, Supremo Tribunal de justiça, Lisboa, 1932, pág. 67.

(2) V. JORGE MIRANDA, A igualdade 4 sufrdgio Político da mulher, Braga, 1970, pág. 6.
Cfr. Manual..., i, 4.a ed., cit., pág. 302.

V. ANDRÉ GoNçALvEs PEREIRA, A revisão constitucional e as fontes de direito internacional, in Revista da Faculdade de Direito da Universídadé de Lisboa, 1972, pág. 92; JORGE MRANDA, Decreto, Coimbra, 1974, pág. 75.

(5) Apesar de os votos aí expressos não entrarem no apuramento geral da eleição.

5.0) A não sujeição dos decretos do Governo a um prazo específico de promulgação;

6.0) A convolação da assinatura dos decretos-leis pelo Primeiro. -Ministro e pelos Ministros em referenda da promulgação dos mesmos decretos-leis (1);

7.0) 0 pouco estrito entendimento das incompatibilidades dos Deputados;

8.0) A reserva de competência legislativa da Assembleia da República sobre alguns dos direitos, liberdades e garantias dos trabalhadores;

9.0) As especialidades das autorizações legislativas contidas na lei do orçamento (2);

10.0) A admissibilidade de textos de substituição das comissões,

11.0) A configuração dos grupos parlamentares em correspondência com partidos, mesmo em caso de coligação;

12.0) Os Governos de gestão(*);

13.0) A admissibilidade dos tribil-nai arbitrais, inclusive dos tribunais arbitrais necessários ~);

14.0) A admissibilidade das derramas ou adicionais sobre impostos directos lançados pelos municípios, à margem de um poder tributário próprio (5);

15.0) 0 desuso do art. 273.0, n.o 4, enquanto cometesse às Forças Armadas qualquer missão autónoma de garantia da transição para o socialismo ~);

16.0) Em vez de cinco, quinze dias para o Presidente da República requerer ao Conselho da Revolução a apreciação preventiva da constitucionalidade (arts. 139.0, n.(> 1, e 277.0, n.o 3, do texto de 1976).

A revisão constitucional de 1982 veio consagrar de certa maneira, alguns destes costumes: o 7.0, o 8.0, o 10.0, o 12.0, o 13.o e o 15.o (efr., res, pectivamente actuais arts. 157.0, 168.0, n.o 1,

alínea b), 170.0, n.o 8, 189.0, n.05,211.0,n.02,e275.c>,n.04). Eafastou outros: o5.0, o 6.cl eo 16.o (cfr.-

(1) Essa prática teve origem na vigência da Constituição de 1933: v. Decreto, cit., págs. 36-37, e parecer n.o 5180, da Comissão Constitucional, de 26 de Fevereiro de 1980 in Pareceres, xi, pág. 136 e seg.

(2) V. FunçJes, órgdos o Actos do Estado, Lisboa, 1990, págs. 479 e segs.

(8) Cfr. A competgncia do Governo na Constituição de 1976, in Estudos sobro a Constituiçdo, iii, págs. 649 e segs.

~) Cfr. o acórdão n.o 86/87 do Tribunal Constitucional, de 25 de Fevereiro de 1987, in Didrio da República, 2.a série, n.o 89, de 16 de Abril de 1987.

~) Cfr. josé CASALTA NABAIS, A autonomia local, Coimbra, 199(>, págs. 92 e 93.

(6) Cfr. JOSÉ MIGLTEL jlúDICE, 0 artigo 273.0, n.O 4, da Constit-uiçdo da República Portuguesa e a actual missdo política das Forças Armadas, in Naçdo e Defesa, n.o 4, janeiro de 1978, págs. 19 e segs.

respectivamente, os actuais arts. 139.0, n.o 4, 143.o e 278.0, n.o 3). Por seu turno, a revisão constitucional de 1989 formalizaria o 9.0 (efr. art. 168.0, n.o 5).

III -Alguns autores chegam a entender que toda a Constituição económica de 1976 se teria modificado por via de costume: em vez de socialista, teria revertido em capitalista('). E há quem vá mais longe: o principio colectivista-marxista, um dos pilares da Lei Fundamental, teria caducado ainda antes da revisão de 1989 (2).

Não achamos, porém, plausíveis tais teses, não só por ser extremamente difícil conceber o desuso ou a formação consuetudinária de capítulos inteiros ou de princípios constitucionais tidos por básicos 0) mas também, e desde logo, por recusarmos a configuração da Constituição económica de 1976, mesmo na sua veste inicial, no sentido assim definido ~).

33. Figuras afms do costume constitucional

1 - 0 costume constitucional distingue-se das praxes, dos precedentes e das convenções constitucionais.

As praxes - em que avultam as praxes parlamentares são usos a que falta a convicção de obrigatoriedade (o elemento psicológico do costume). Os precedentes (não jurisprudenciais) correspondem a decisões políticas, através das quais os órgãos

(1) V. JOSÉ MIGUEL JÚDICE, 100. cit., págs. 27 e segs.; MARCELO L~EBELO DE SousA, Direito Constitucional, cit., pág. 341, e 10 questões sobro a Constituiçdo, o Orçamento e o Plano, in Nos 10 Anos da Constituição, obra colectiva, Lisboa, 1987, págs. 115 e segs.

(2) V. Rui MAci-iETE, Os princípios estruturais da Constituiçdo de 1976 o a próxima revisão constitucional, in Revista de Direito e Estudos Sociais, 1987, págs. 337 e segs., maximo págs. 369-370.

(8) A admissão do costume contra legem encontra um limite absoluto

no respeito dos princípios essenciais do ordenamento (MORTATI, IstituZiOni .... cit., i, pág. 325).

(4) V. A interpretaçdo da Constituiçdo económica, in Estudos em homenagem ao Prof. Doutor Afonso Rodrigues Queir6, obra colectiva, i, Coimbra, 1984, págs. 281 e segs.

do poder manifestam o modo como assumem as respectivas competências em face de outros órgãos ou de outras entidades. Mais controvertida e difícil de apurar é a natureza das convenções.

Nos sistemas de matriz francesa, as convenções não parece que sejam mais do que usos, embora (como o nome indica) reves,t,indo a feição mais complexa de acordos ou consensos, explícitos ou implícitos, entre os protagonistas da vida política-constitucional (1). já nos sistemas de matriz britânica (e, porventura, no norte-americano), dir-se-ia situarem-se em nível diferente: ou a meio caminho entre usos e costume, ou como expressão de uma juridicidade não formal e específica (sem justiciabilidade e sem outras sanções além das da responsabilidade política) ou como ordem normativa sui generis, irredut.ível às categorias habitualmente estudadas (2).

II - 0 costume distingue-se, naturalmente, das normas de cortesia constitucional, visto que estas não são senão o reflexo,

(1) Exemplos actuais de convenções constitucionais em Portugal serão:

- A concessão anual de indultos pelo Presidente da República;
- A possibilidade do Governo, a solicitação ou não do Presidente da República, de retirar decretos submetidos a promulgação ou assinatura; - A ratificação sempre pelo Presidente (sem recusa) de tratados internacionais devidamente aprovados;
- 0 papel determinante dos partidos no exercício do mandato parlamentar.

(2) Cfr. DicEY, Introduction to the Study of the Law of the Constitution, 10.a ed., reimpressão, Londres, 1965, págs. 417 e segs.; MoRTATi, La Costituzione .... cit., págs. 175 e segs.; G. TREVES, COnVemZiOni COStitUZiOnali, in Enciclopedia del Diritto, x, 1962, págs. 524 e segs.; K. LoEWENsTEiN, OP. cit., págs. 165 e segs.; IVOR JENNINGS, The Law of the Constitution, 5.a ed., reimpressão, Londres, 1967, págs. 80 e segs.; AURQuEs GURDES, op. cit., pág. 359; BURDEAU, Op. Cit., IV, págs. 28 e segs.; 0. HOOD PHILLI]PS, COnVefftiOnS OM thC British Convention, in Scritti im onore di Gaspare A mbrosimi, obra colectiva, iii, Milão, 1970, págs. 1599 e segs.; GiusEPPE UGO REsciGxo, Le convenzioni costituzionali, Pádua, 1972; VINCENZO ZANCARA ' costituziono materialo e Costituzione convenzio-nale, in Scritti im o-noye di Costantino Mortati, i, págs. 337 e segs.; GomEs CANOTILI-10, op. cit., pág. 685; GONzÁLEz TREVIJANO, Convenciones comstitucionales y reglas de corrección constitucional, in Revista de Derecho Publico, 1988, págs. 49 e segs.

no domínio das relações político-constitucionais, de uma ordem normativa diversa da ordem jurídica, essa bem caracterizada há muito-a das normas de trato social, de civilidade, de cortesia ou correcção.

Lugar tradicional ocupam aqui as regras de protocolo e de cerimonial do Estado (algumas vertidas em textos legais) (1).

III - Como não poderia deixar de ser, existe comunicação entre estas figuras afins do costume constitucional e a Constituição.

Em geral, a prática constitucional não consiste somente na aplicação, com grau maior ou menor de efectividade, das normas constitucionais, sejam quais forem as fontes. Abrange igualmente as praxes, os precedentes, as convenções e o cumprimento de normas de cortesia (ou, doutra perspectiva, gera, necessariamente, praxes, precedentes, convenções, regras de cortesia). Por outro lado, muitas normas constitucionais, sobretudo consuetudinárias, têm origem em usos e em normas de cortesia constitucional.

34. A jurisprudência como fonte de normas constitucionais

A jurisprudência pode ser fonte de Direito constitucional, inclusive em sistema de tipo francês, seja em moldes de costume, seja, eventualmente, a título de decisão do tribunal a que a lei confira força obrigatória geral (como admite o art.. 122.0, n.o 1, alínea g), da Constituição portuguesa) (2) (3).

(1) Cfr. SANTI ROMANO, Diritto e correttezza costituzionak, in Scritti Minori, i, págs. 271 e segs.; A. TESAURO, La consuetudine costituzíonale e le normo di correttezza costituzionate, in Scritti giuridici in memoria di V. E. Orlando, obra colectiva, Pádua, 1957, 11, págs. 489 e segs.; P. L. VERDU, op. cit., li, págs. 513 e segs.; ANTONIO REposo, Le regole di correttezza costituzionale mel sistema dello fonti-fatto, in Scritti in onore di Costantino Martati, i, págs. 259 e segs.; GONZALEZ TREvijANo, Las reglas de coffeccion costitucional, los precedentes costitucionales y Ia praxis costitucional, in Revista de Derecho Publico, 1988, págs. 79 e segs.

(2) Diferentemente, GomEs CANOTILTIO, Op. Cit., pág. 686. Cfr. EL-HF-Lw, op. cit., págs. 91 e segs.; FRANÇOIs LUCHATRE, De Ia méthode em droit constitutionnel, in Revue du droit public, 1981, págs. 286 e segs.

(3) Sobre os assentos do Supremo Tribunal de justiça como jurispru-

Nada impede que surja costume jurisprudencial constitucional a partir de uma interpretação ou de uma integração feita pelos tribunais. E, sob certos aspectos, há quem assimile as decisões com eficácia geral sobre matérias constitucionais, como as declarações de inconstitucionalidade ou de ilegalidade pronunciadas por tribunais constitucianais ou por outros órgãos jurisdicionais ou jurisdicionalizados, a actos normativos (1). Isto tudo mesmo sem entrar na problemática geral da jurisprudência e da sua autonomia perante a norma de origem legal (2).

CAPITULO IH

Modificação e subsistência da Constituição

As modificações constitucionais em geral

35. ModificabWdade e modificações da Constituição

Se as Constituições na sua grande maioria se pretendem definitivas no sentido de voltadas para o futuro, sem duração prefixada, nenhuma Constituição que vigore por um período mais ou menos longo deixa de sofrer modificações - para se adaptar às circunstâncias e a novos tempos ou para acorrer a exigências de

1 .
solução de problemas que podem nascer até da sua propna aplicação.

A modificação das Constituições é um fenômeno inelutável da vida jurídica, imposta pela tensão com a realidade constitucional e pela necessidade de efectividade que as tem de marcar. Mais do que modificáveis, as Constituições são modificadas C).

dência, e não como lei, v. Contributo.... cit, págs. 191 e segs., e Fwtções, órgdos e Actos do Estado, cit., pág. 342.

(1) Cfr. infra.

(2) W., por exemplo, a síntese de JoXo BAPTISTA IVIACHADO, JUriSprudência, in Polis, 111, 1985. págs. 842 e segs.

(3) Cfr., por todos TEmiSTC>CLE MARTINES, Qp. Cit., IOC» Cit.,

págs. 799 e segs.; OU A.NNA CÂNDIDA DA CUNHA FERRAZ, Op. Cit., ~. ".

Ou, doutro prisma (na senda de certa doutrina): nenhuma Constituição se esgota num momento único -o da sua criação; enquanto dura, qualquer Constituição resolve-se num processo - o da sua aplicação - no qual intervêm todas as participantes na vida constitucional (1).

. 0 que variam vêm a ser, naturalmente, a frequência, a extensão e os modos como se processam as modificações. Uma maior plasticidade interna da Constituição pode ser condição de maior perdurabilidade e de sujeição a modificações menos extensas e menos graves, mas o factor decisivo não é esse: é a estabilidade ou a instabilidade política e social dominante no país, é o grau de institucionalização da vida colectiva que nele se verifica, é a cultura político-constitucional, é a capacidade de evolução do regime político.

A experiência que conhecemos dá-nos conta de tudo isto. Cabe, pois, agora, a partir da sua observação compreensiva, proceder a uma tipologia das principais fonnas de modificação das Constituições (2).

36. Modificações da Constituição e vicissitudes constitucionais

I - Para se situarem as modificações constitucionais, importa, porém, partir de um conceito mais lato (e mesmo um pouco vago, deliberadamente) - o conceito de vicissitudes constitucionais, ou sejam, quaisquer eventos que se projectem sobre a subsistência da Constituição ou de algumas das suas normas.

Tais vicissitudes são de uma gama variadíssima, com diferente natureza e manifestação, e podem recortar-se segundo cinco grandes critérios: quanto ao modo, quanto ao objecto, quanto ao alcance, quanto às consequencias sobre a ordem constitucional, quanto à duração dos efeitos ~).

(1) IIARIO NIGRO, Op. Cit., IOC. Cit., pág. 1708.

(2) Cfr. o conceito de modificações constitucionais já nas nossas lições policopiadas de Ciência Política e Direito Constitucional, Lisboa, 1972, 1, págs. 249 e segs.

(3) Cfr.R.SMEND,Op.cit.,págs.201-202;C.SCHMITT,OP.Cit.,PágS.115 e segs.; C. MORTATI, La Costituzione, cit., págs. 204 e segs., e Scritti, ii,
págs. 180 e segs.; G. BURDF-AU, op. cit., iv, págs. 247 e segs.; K. LOEWENSTRIN, Op. Cit., págs. 162 e segs.; P. LUCAS VERDU, Op. cit., ii, págs. 639 e segs.;

Quanto ao modo como se produzem, tendo em conta a forma como através delas se exerce o poder ou se representa a vontade constitucional, as vicissitudes - e, portanto, as modificações podem ser expressas e tácitas (1). No primeiro caso, o evento constitucional produz-se como resultado de acto a ele especificamente dirigido; no segundo, o evento é um resultado indirecto, uma consequência que se extrai a posteriori de um facto normativo historicamente localizado. No primeiro caso, fica alt ' erado o texto; no segundo, permanecendo o texto, modifica-se o conteúdo da norma.

Quanto ao objecto, quanto às normas constitucionais que são afectadas, as vicissitudes podem ser totais e Parciais. As primeiras atingem a Constituição como um todo, trate-se de todas as suas normas ou trate-se, tão-somente, dos seus princípios fundamentais. As segundas atingem apenas parte da Constituição e nunca os princípios definidores da ideia de Direito que a caracteriza.

Quanto ao alcance, quanto às situações da vida e aos destinatários das normas constitucionais postos em causa pelas vicissitudes, há que distinguir vicissitudes de alcance geral e abstracto e vicissitudes de alcance concreto ou excepcional. Ali, têm-se em vista todas e quaisquer situações de idêntica ou semelhante contextura e todos e quaisquer destinatários que nelas se encontrem. Aqui, situações concretas, verificadas ou a verificar-se, e alguns dos destinatários possíveis abrangidos pelas normas.

Quanto às consequências sobre a ordem constitucional, distinguem-se as vicissitudes que não colidem com a sua integridade e, sobretudo, com a sua continuidade e que correspondem, por-

MIGUEL GALVXO TELES, 0 problema..., cit.; M. REBELO DE SOUSA, Op. Cít., págs. 69 e segs.; ANTONIO HERNÁNDEZ GIL, El cambio político espamol y Ia Constitucion, Madrid, 1982, págs. 24 e segs.; K. HEssE, op. cit., págs. 25 e 87 e segs.; GomEs CANOTILHO, op. cit., págs. 743 e segs.; LUCAS PIRES, Teoria da Constituiçdo de 1976, cit., págs. 149 e segs.; DE VERGOTTINI, op. cit., págs. 168 e segs.

Em perspectiva de Ciência Política, cfr. Comparativo Políticas, obra colectiva ed. por HARRY ECKSTEIN e DAVID E. APTER, Nova lorque, 1963,

págs. 549 e segs.; LEONARDO MORLINO, Come cambiano i reginti Politici, Milão, 1980.

(1) K. LOEWENSTEIN fala em reformas o m-utaç6es constitucionais.

tanto, a uma evolução constitucional e as vicissitudes que equivalem a um corte, a uma solução de continuidade, a uma ruptura (1).

Por último, quanto à duração dos efeitos, distinguem-se vicissit,udes de efeitos temporários e vicissitudes de efeitos definitivos. Aquelas são as suspensões da Constituição lato sens".

Estas distinções são susceptíveis de se entrecruzarem e de, assim, propiciarem um quadxo bastante complexo.

II - As vicissitudes constitucionais expressas constituem a grande maioria das vicissitudes; assentam numa vontade; afirmam-se como actos jurídicos; tanto podem ser totais como parciais; e entre elas cont,am-se, designadamente, a revisao constitucional, a derrogação constitucional, a revolução, certas formas de transição constitucional e de ruptura não revolucionária. já as vicissítudes tácitas são necessariamente parciais, amda que de alcance geral e abstracto; e englobam o costume constitucional, a interpretação evolutiva e a revisão indirecta.

Contudo, apenas as vicissitudes parciais implicam rigorosamente modificações constitucionais. As vicissitudes totais, essas correspondem à emergência de nova Constituição, seja por via evolutiva (transição constitucional) ou por via de ruptura (revolução).

Também as vicissitudes de alcance geral e abstracto podem ser totais ou parciais; não as de alcance individual, concreto ou excepcional (derrogações constitucionais), por definição sempre parciais.

As vicissitudes sem quebra de continuidade são quase todas parciais, determinam meras modificações; as vicissitudes com ruptura (que podemos designar por alterações constitucionais stricto sensu) perfilam-se quase todas, ao invés, como totais. Mas pode haver vicissitudes totais na continuidade - contanto que * nova Constituição advenha com respeito das regras orgânicas * processuais anteriores - e vicissitudes parciais na descontinuidade - as rupturas

não revolucionárias.

(1) Cfr. a contraposição formulada por ADOLF MERXL (citado por MiGuF-L GALVÃO TF-LES, 0 probkma..., cit., pág. 9) entre alterações constitucionais imanentes e transcendentes, consoante ocorram com ou sem observância dos termos prescritos pela Constituição.

As vicissitudes de efeitos temporários ou suspensões da Constituição podem ser totais ou parciais e feitas nos termos da Constituição ou sem a sua observância. A suspensão total da Constituição redunda sempre em revolução. A suspensão parcial sem observância das regras constitucionais em rupturas definitivas. A suspensão parcial de alcance individual, concreto ou excepcional em derrogação. Só a suspensão parcial da Constituição de alcance geral e abstracto, na forma da própria Constituição, representa um conceito autónomo, a integrar na categoria genérica das providências ou medidas de necessidade.

III - 0 seguinte esquema revela talvez melhor as combinações possíveis:

Vicissitudes constitucionais quanto ao modo

Vicissitudes constitucionais quanto ao obj ecto

Vicissitudes constitucionais quanto ao alcance

Vicissitudes constitucionais quanto às consequências na ordem constitucional

Expressas

Revisão constitucional (stricto sensu)
Derrogação constitucional
Transição constitucional
Revolução
Ruptura não revolucionáxia
Suspensão (parcial) da Constituição

Costume constitucional
Tácitas Interpretação evolutiva da Consti
tuição
Revisão indirecta

Parciais (modificações constitucionais) -Todas, menos a revolução e a transição constitucional

Totais

Revolução
Transição constitucional

De alcance geral e abstracto -Todas, menos a derrogação constitucional

De alcance individual e concreto ou excepcional - Derrogação constitucional

Na evolução constitucional -Todas, menos a revolução e a ruptura não revolucionária

-ra- í Revolução
Com ruptura (alte, Ruptura não revolucio
ções constitucionais) i nária

De efeitos definitivos - Todas, menos a suspensão (parcial) da Constituição

De efeitos temporários - Suspensão (parcial) da Constituição

37. Os" diversos tipos de vicissitudes constitucionais

I -Temos, pois, como tipos de vicissitudes constitucionais a revisão constitucional, a derrogação constitucional, o costume constitucional, a interpretação evolutiva da Constituiçao, a revisao indirecta, a revolução, a ruptura não revolucionária, a transição constitucional e a suspensão (parcial) da Constituição.

Importa caracterizá-los brevemente, para, depois, dedicarmos maior atenção ao tipo mais significativo na perspectiva da modificação da Constituição, e perante o qual os outros, de certo modo, se definem por contraposição ou por exclusão de partes - a revisão constitucional.

II - A revisão constitucional (a revisão em sentido próprio) é a modificação da Constituição expressa('), parcial, de alcance geral e abstracto e, por natureza, a que traduz mais imediatamente um princípio de continuidade institucional.

É a modificação da Constituição com uma finalidade de auto-regeneração e autoconservaçao, quer dizer, de eliminação das suas normas já não justificadas política, social ou juridicamente, de adição de elementos novos que a revitalizem, ou, porventura, de consagração de normas preexistentes a título de costume ou de lei ordinária (2). É a modificação da Constituição nos termos nela própria previstos ou, na falta de estatuição expressa

(1) Cfr. a directa afirmação do princípio no art. 79.(> da Constituição federal alemã e ainda nos arts. 82.0, § 2.0, da Constituição portuguesa de 1911, 137.0, § 3.0, da Constituição de 1933 (em 1974) e 287.0, n.o 1, da Constituição de 1976 (no texto de 1989).

(2) Evidentemente, cada revisão constitucional em concreto prosseguirá mais ou menos uma ou outra destas vertentes. Cfr. GARTANO SILVESTRE, SPunti di riflessioni sulla tipologia e sui limiti delta revisione costituzio-nale, in Studi in onore di P.Biscaretti di Ruffi, obra colectiva, ii, Milão, 1987, págs. 1187 e segs.

sobre o processo, nos termos que decorram do sistema de órgãos e actos jurídico-constitucionais; e insira-se a modificação directamente no próprio texto constitucional ou aprove-se, para o efeito, uma lei constitucional autónoma (1).

Algumas Constituições prevêem, com designações variaveis, quer uma revisão parcial quer uma revisão total. No e-ntanto, nas hipóteses ditas de revisão total, não se trata geralmente de revisão, mas de transição constitucional; revisão total, como verdadeira e própria revisão constitucional, só existe quando se intente renovar na totalidade um texto constitucional sem mudança dos princípios fundamentais que o enforinam; revisão total só pode ser da Constituição instrumental, não da Constituição material (2).

III -A derrogação (ou quebra ou ruptura material) da Constituição aproxima-se da revisão constitucional - e com ela pode agrupar-se num conceito de revisão lato sensu ou de reforma

constitucional - na medida em que, mais frequentemente, se opera através de um processo em tudo idêntico ao da revisão (stricto sensu). Diverge pelo resultado: a edição, não de uma norma geral e abstracta, mas de uma norma geral e concreta e, porventura, mesmo, de uma pretensa norma individual, de jus singulare. A derrogação determina uma excepção, temporaria

(1) Cfr. supra.

(2) Sobre o conceito de revisão constitucional, v., além das obras gerais já citadas, GAI3RIEL ARNouLT, De Ia révision des ConStitutions Paris, 1886; C. MORTATI, COnCettO, limiti, Procedimento delta revisiono

costituzionale' in Revista Trimestrale di Diritto Pubblico, 1952, págs. 29 e segs.; CARLO ESPOSITO, Costituzione, leggi di revisione delta Constitu-
zione e «altri» leggi costituzionale, in Raccolta di Scritti in onore di Arturo Carlo jemolo, obra colectiva, iii, Milão, 1963, págs. 191 e segs.; GiusEPPE

CONTINI, La Revisione delta Costituzione, Milão, 1962, e Lo Revisione Constituzionale, in Enciclopedia del Diritto, XL,. 1989, págs. 134 e segs.; STEFANO

MARIA CICCONETTI, La Revisione delta Costituzione, Milão, 1962; MAURICE-PIERRE Roy, L'application de l'article 89 de Ia Constitution de 1958, in Revue du droit publio, 1980, págs. 687 e segs.; MANUEL CONTRERAS, Sobro

Ias transformaciones constitucionales y sus limites, in Revista de Estudios Politicos, n.o 16, julho-Agosto de 1980, págs. 165 e segs.; PAULO BONAVI-

DF-s, Direito Costítucional, 2.a ed., Rio de janeiro, 1986, págs. 169 e segs.

ou pretensamente definitiva, em face do princípio ou da regra constitucional (1).

A derrogação é a violação, a título excepcional, de uma prescrição legal - constitucional para um ou vários casos concretos, quando tal é permitido por uma lei constitucional ou resulta do processo prescrito para as variações da Constituição (2) ; é a modificação da Constituição levad.L a cabo por meio de processo de revisão que se traduz na excepçao a um princípio constitucional ou na regulamentação de um caso concreto, «en vue d'un cas donné» (3).

Há normas constitucionais derrogatórias de princípios constitucionais criadas por via de revisão ou por via de acto análogo ~) - tal como as há desde logo emanadas pelo poder constituinte originário (as chamadas, por certos autores, auto-rupturas da Constituição). Mas a legitimidade de tais normas derrogatórias tem sido contestada: pelo menos, a admissibilidade incontrolada de ruptura desemboca nas manipulações constitucionais, conducentes a um conglomerado de rupturas (HESSE), COnstitutivas de outra Constituição, substancialmente diferente da Constituição desenhada pelo poder constituinte (5).

(1) Cfr. uma noção diferente em VITTORIO ITALIA, La Deroga -nel Di-ritto Pubblico, Milão, 1977, maxime págs. 13-14, 86 e segs. e 93 e segs. Para este autor, a excepção é um preceito incompatível com outro; o acto derrogante um preceito contrário, mas não incompatível com o acto derrogado (pág. 56).

(2) SCHMITT, Op. Cit., pág. 116.

(3) PIRRANDREI, La Corte Constituzionalo .... cit., loc. cit., págs. 100 e segs.

(4) Cfr. o art. 52.o da Constituição de Ceilão (Sri Lanka) de 1972: «1. A Assembleia Nacional pode aprovar uma lei que, em certos pontos ou sob certos aspectos, não seja compatível com uma disposição da Constituíção, sem modificar nem revogar esse preceito constitucional, desde que tal lei seja aprovada pela maioria necessária para modificax a Constituição. - 2. Uma lei aprovada nos termos do n.o 1 não será considerada modificativa das disposições da Constituição com as quais é incompatível». E o art. 91.% n.o 3, da Constituição holandesa de 1983: 4Qua.lquer preceito de um tratado contrário à Constituição ou que implique uma contradição com a Constituição só pode ser aprovado por maioria de dois terços de votos» (sobre o assunto, cfr. Rui MouRA RAMOS, A Convençdo Europeia dos Direitos do Homem - Sua p~osiçdo face ao ordenamento juridico português, Coimbra, 1982, pág. 1341).

(5) GOMES C."<>TILHO, Op. Cit., pág. 760.

i .

-.A,

Quanto a nós, em face de normas constitucionais excepcionais, há que distinguir conforme a derrogação afecta um princípio fundamental da Constituição ou não e, no primeiro caso, ainda, se se trata de derrogação originária ou de derrogação superveniente.

0 problema das derrogações originárias (como as dos arts. 308.o e 309.o da Constituição de 1976 no texto inicial) reconduz-se ao problema das normas constitucionais inconstitucionais, de que adiante se falará. As dem>gações supervenientes de princípios fundamentais deverão ter-se por inadmissíveis e inconstitucionais. As derrogações de regras que não sejam princípios fundamentais, essas parecem admissíveis (1).

Às derrogações constitucionais podem assimilar-se na prática os actos, os comportamentos ou as situações de inconstitucionalidade não objecto de invalidação ou de outra forma de fiscalização eficaz.

IV - As modificações tácitas da Constituição compreendem, antes de mais, as que são trazidas por costume constitucional Praeter e contra legem (a que ja nos referimos) e, depois, as que resultam da interpretação evolutiva da Constituição e da revisão indirecta (se se entender autonomizar estas duas figuras) (2).

A interpretação jurídica deve ser não só objectivista como evolutiva, por razões que cremos evidentes: pela necessidade de congregar as normas interpretandas com as restantes normas jurídicas (as que estão em vigor, e não as que estavam em vigor ao tempo da sua publicação), pela necessidade de atender aos destinatários (os destinatários actuais, e não os do tempo da entrada em vigor das normas), pela necessidade de reconhecer um papel activo

(1) Sobre a admissibilidade de derrogações ou rupturas materiais da Constituição, v. ainda CARLO ESPOSITO, La Validità dejle Leggi (1934), reimpressão, Milão, 1964, págs. 183 e segs.; C. MORTATI, Scritti, cit., ii, págs. 191 e segs.; M. REBELO DE SOUSA, op. cit., págs. 85-86; VIEIRA DE ANDRADE, op. cit., págs. 320 e segs.; PEDRO DE VEGA, Op. Cit., págs. 166 e ~.

(2) Sobre modificações tácitas da Constituição em geral, cfr. EsposITO, op. cit., págs. 180 e segs.; PIRRANDREI, Op. Cit., IOC. Cit.; C. MORTATI, Scritti, iI, págs. 189 e segs.; ROGÉRIO SOARES, COnStitUiÇão, Cit., loc. cit., pág. 670 (que as designa por ((transições constitucionais*); K. HEssE, op. cit., págs. 87 e segs.; BiSCARETTi Di RUFFIA, Diritto Costituzionalo Compar4ato, cit., págs. 692 e segs.

ao intérprete, ele próprio situado no orde-namento em transformação (') . E também a interpretação constitucional deve ser, e é efectivamente, evolutiva -pois qualquer Constituição é um organismo vivo, sempre em movimento como a própria vida, e está sujeita à dinâmica da realidade que jamais pode ser captada através de fórmulas fixas (2).

Não obstante, não pode a interpretação evolutiva servir para matar um número maior ou menor de normas, mas, pelo contrário, para, preservando o espírito da Constituição, as manter vivas; aquilo, no limite, poderá ocorrer por virtude de costume constitucional, não por virtude de actividade interpretativa.

Por seu turno, a revísdo indirecta não é senão uma forma particular de interpretação sistemática. Consiste no reflexo sobre certa norma da modificação operada por revisão (revisão directa, revisão propriamente dita): o sentido de uma norma não objecto de revisão constitucional vem a ser alterado por virtude da sua interpretação sistemática e evolutiva em face da nova norma constitucional ou da alteração ou da eliminação de norma preexistente (3).

V - As vicissitudes constitucionais com ruptura na continuidade da ordem jurídica ou alterações constitucionais stricto sensu podem ser totais e parciais. Correspondem à revolução e à ruptura não revolucionária ou modificação da Constituição sem observância das regras processuais respectivas: a revolução é uma iuptura da ordem constitucional, a ruptura não revolucionária uma ruptura na ordem constitucional ~).

(1) Sobre o problema, efr., por todos, EMILlo BETTI, Int6rpr6taZiOne della legge e degli atti giuridici, Milão, 1949, págs. 22 e segs.; G. PADBRUCH, Filosofia do Direito, 4.a ed. port., Coimbra, 1961, 1, págs. 271 e segs.; MANUEL DE ANDRADF,, Ensaio sobre a Teoria da Interpretaçdo das Leis, 2.a ed., Coimbra, 1963, págs. 14 e segs.; CASTANHEIRA NEvEs, Interpretaçdo jurídica, in Polis, iii, págs. 651 e segs.

(2) K. LOEWENSTEIN, Op. Cit., pág. 164. Mas as modificações da Constituição têm de ser compreendidas «no interior» das suas normas, e, de modo algum, fora da sua normatividade (K. HESSE, Op. Cit., PágS. 106 C 109).

(3) Este conceito não coincide com o de revisão indirecta ou tácita, de que fala PIERANDREI (op. cit., loc. cit., págs. 94 e 98).

~) Trata-se, pois, de uma ruptura formal em contraposição à derro-

Já falámos da revolução. Quanto à ruptura parcial ou ruptura não revolucionária, esta não põe em causa a validade em geral da Constituição, somente a sua validade circunstancial. Continua a reconhecer o princípio de legitimidade no qual assenta a Constituição; apenas lhe introduz um limite ou o aplica de novo, por forma originária. Falta a invocação da Constituição como fundamento em particular, mas continua a existir o reconhecimento da validade da Constituição em geral - reconhecimento da validade no espaço e no tempo, no qual agirá também o act.o de rupt,ura (1).

Como principais exemplos de ruptura na história constit.ucional portuguesa assinalem-se o Acto Adicional de 1852 e (se não se considerar uma revolução) a alteração ditatorial da Constituição de 1911 em 1918. Mas outros poderiam ser indicados (2).

VI -A transição constitucional é (como também acima dissemos) a passagem de uma Constituição material a outra com observância das formas constitucionais, sem ruptura, portanto. Muda a Constituição

material, mas permanece a Constituição instrumental e, eventualmente, a Constituição formal.

Quando se dá por processo de revisão, pode constar de preceitos constitucionais expressos. É o que acontece, com denominações diversas, naquelas Constituições que estabelecem um regime de revisão dos seus princípios fundamentais (regime de revisão

gação constitucional que é uma ruptura material. Mas por ruptura formal pode também fazer-se (ou tende mesmo quase sempre a fazer-se) ruptura material.

(1) MIGUEL GALvÃo TELES, 0 Problema .... cit., pág. 31. Este autor aponta a restauração como forma mista entre a revolução e a ruptura (pág. 33), pois ela nega a pretensão de validade do Direito imediatamente precedente, mas reconhece a daquele que o antecedeu.

(2) Mesmo sem contar com as discutíveis revisões constitucionais de 1945 e 1971, encontram-se rupturas recentes entre nós: assim, no período revolucionário entre 1974 e 1976, MIGUEL GALVÃO TELEs refere-se à designação do Presidente da República, em 30 de Setembro de 1974, à Lei n.o 5/75, de 14 de Março (que extinguiu a junta de Salvação Nacional), e à substituição de membros do Conselho da Revolução após 25 de Novembro de 1975.

quanto à forma, não quanto ao fundo, eventualmente), distinto do da revisão parcial: Constituições argentina de 1860 (art. 30.0), suíça (arts. 118.o e segs.), australiana (art. 108.0, in fine), austríaca (art. 44.0), brasileira de 1934 (art. 178.0), búlgara de 1971 (art. 143.o), ceilanesa de 1972 (art. 51.0), binnanesa de 1974 (art. 194.0), espanhola- de 1978 (arts. 167.o e 168.0).

Outras vezes, a transição constitucional pode resultar, pura e simplesmente, da utilização do processo geral de revisão constitucional, verificados certos requisitos, para remoção de princípios fundamentais ou para substituição de regime político. É o que se passa, em nosso entender, quando, pelo processo de revisão, se arredam limites materiais, explícitos ou implícitos, equivalentes a tais princípios.

VII - Como fórmula de ruptura, e não de transição, deve ser entendida a conclusão da análise levada a cabo em 1980 por AFONSO RODRIGUES Ç?UEIR6 (1) acerca da maneira de ultrapassar o bloqueamento constitucional que, segundo ele, se verificaria à face da Constituição de 1976 (não tanto por causa das suas regras sobre revisão, que parece não contestar, quanto por causa do seu conteúdo ideológico).

Assenta este autor no duplo postulado de que é o poder constituinte soberano do povo, de acordo com uma norma não escrita que não s6 cria * Constituição positiva como a sustenta e lhe confere va~dade e de que * povo tem o direito absoluto de modificar as suas instituições. «Elaborada uma Constituição pelo Povo que se considera o detentor do poder supremo de normação jurídica (e quem diz pelo Povo directamente diz pelos seus representantes eleitos por sufrágio universal e directo), esta ficará, segundo os princípios gerais de direito bem conhecidos, que -nada permito derrogar em direito constitucional, a valer e a produzir os seus efeitos para o futuro - mas só até que o mesmo Povo que criou ou produziu as suas normas, a modifique ou a revogue e naturalmente substitua. As normas constitucionais não constituem um limite à liberdade do legislador constituinte» (2).

Todavia, ao mesmo tempo que enuncia as formas de «conduzir à revogação ou modificação de princípios considerados por uma constituição como absolutamente irreversíveis, como «conquistas definitivas», e também daqueles outros que são dificilmente revisíveis ou mesmo praticamente irrevisív,eis» (3) - eleição de assembleia constituinte, eleição de assembleia ordinária associando-se-lhe um programa de alteração da Constituição,

(1) Uma Constituição Democrdtica - Hoje - Como?, cit.
(2) Ibidem, págs. 34-35.
(3) Ibidem, pág. 39.

referendo constituinte de ratificação e referendo constituinte deliberativo AFONSO Ç?UEIR6 preconiza que tais formas (ou, pelo menos, a primeira,
• terceira e a quarta) sejam adoptadas por lei ordinária (1). E nisto reside
• fragilidade da construção: pois, como admitir que, através de lei ordinária, se regule um processo constituinte (que é muito mais do que um processo de revisão), como admitir um legislador constituinte que trabalha através de lei ordinária?

Se é lei ordindria, então tal lei está sujeita a ser ajuizada, não à luz da acenada Constituição não escrita suprapositiva, mas sim à luz da Constituição positiva vigente aquando da sua emanação. Uma lei ordinária que marcasse eleições para uma assembleia constituinte ou que organizasse um referendo constitucional estaria ferida de inconstitucionalidade, por, evi, dentemente, essas formas de exercício do poder constituinte não serem, compatíveis com a subsistência da Constituição. Uma lei ordinária não teria essa virtualidade. Só uma lei constitucional a poderia ter.

Ou melhor: uma lei ordinária que pretendesse ultrapassar os limites formais e materiais da revisão constitucional e viesse a prevalecer, não seria já lei ordinária, seria constitucional. No momento em que fosse aprovada ou em que, submetida ao órgão de fiscalização, este não a considerasse inconstitucional ou em que, porventura mais cedo ainda, fosse proposta e não fosse rejeitada im limine, teria desaparecido a base da ordem constitucional até à altura existente ou nela se teria dado uma brecha e não mais seria a mesma.

A história mostra que tem sido possível transitar de uma Constituição a outra, observados os termos da revisão. Não, por meio da forma de lei ordinária, a qual não seria mais do que uma aparência ou a expressão de uma ruptura antes ocorrida por qualquer causa. E tudo estaria em saber como e com que riscos se teria verificado a ruptura e se os seus resultados obteriam efectividade.

VIII -Da transição deve aproximar-se o desenvolvimento constitucional, fen6meno complexo que envolve interpretação evolutíva da Constituição, revisão constitucional e costume secundum, praeter e contra legem.

Uma Constituição que perdura por um tempo relativamente longo vai-se realizando através da congregação destas vicissitudes tanto quanto através da efectivação das suas normas. Mas também pode acontecer que, em período mais ou menos breve, se faça o desenvolvimento da Constituição, principalmente através da sobreposição dos mecanismos de garantia e de revisão, sob o influxo da realidade constitucional.

(1)Ibidem, págs. 42, 48 e 58-59.

0 desenvolvimento constitucional não comporta a emergencia de uma Constituição diversa, apenas traz a reorientação do sentido da Constituição vigente. De certo modo, os resultados a que se chega ou vai chegando acham-se contidos na versão originária do sistema constitucional ou nos princípios fundamentais em que assenta; e ou se trata de um extrair das suas consequências lógicas ou da prevalência de certa interpretação possível sobre outra interpretação também possível.

Foi, por exemplo, mediante desenvolvimento constitucional que, na maior parte dos países ocidentais, se foi alargando, durante mais de cem anos, a atribuição do direito de voto, com base nas exigências

do princípio democrático, até ao sufrágio universal, passando-se do goveruo representativo liberal à democracia representativa (1). Foi, por exemplo, mediante desenvolvimento constitucional, que a Constituição econónúca portuguesa de 1976 se sedimentou como Constituição de economia pluralista, ou mista (2).

IX - A suspensdo da Constituiçdo em sentido próprio é somente a não vigência durante certo tempo, decretada por causa de certas circunstâncias, de algumas normas constitucionais. Oferece importantíssimo interesse no domínio dos direitos, 1 berdades e garantias, susceptíve's de serem suspensos, mas nunca na totalidade, por imperativos de salus publica, com a declaração do estado de sítio, do estado de emergência ou de outras situações de excepção (3).

Como diziam oç; arts. 3.0, § 38.0, da Constituição de 1911 e 10.o da Constituição de 1933, aos poderes do Estado (ou aos

(1) V. Manual, iii, 2.a ed., 1987, págs. 57 e 72-73, e Representação política, in Polis, v, págs. 403 e 404.

(2) V. Manual, 1, 4.5 ed., pág. 393. Cfr. as diversas posturas de LucAs PIRES, Teoria da Constituição de 1976, cit., págs. 125 e segs., e de VITAL MOREIRA, A segunda revisão constitucional, in Revista de Direito Público, iv, n.o 7, 1990, pág. 16.

(3) Cfr., por agora, C. SCHMITT, Op. Cit., pág. 116, e La Dictadura, trad., Madrid, 1968, págs. 221 e segs.; PEDRO CRUZ VILLALON, El Estado de Sitio y Ia Constitución, Madrid, 1980, págs. 277 e segs.; ou DE VERGOTTINI, Diritto .... cit., págs. 177 e segs.

órgãos de soberania) era vedado, conjunta ou separadamente, suspender a Constituição, salvos os casos na mesma previstos; ou, como hoje preceitua o art. 19.0, n.o 1, da Constituição de 1976, os órgãos de soberania não podem, conjunta ou separadamente, suspender o exercício dos direitos, liberdades e garantias, salvo em caso de estado de sítio ou de estado de emergência declarados na forma da Constituição.

0 princípio é, pois, de proibição da suspensão. Só excepcionalmente em caso de necessidade - e na estrita medida da necessidade - ela é consentida e de acordo com certas regras, tanto mais rigorosas quanto mais avançado for o Estado de Direito.

38. Rigidez e flexibilidade constitucionais

I - Numa perspectiva de síntese e concentrando a atenção na problemática da revisão constitucional, é chegada a altura de aludir, mais de espaço, à tão usual classificação das Constituições em rígidas e flexíveis - pois que ela se reporta à modificação e à subsistência das normas constitucionais.

Diz-se rígida a Constituição que, par-a ser revista, exige a observância de uma forma particular distinta da forma seguida ,para a elaboração das leis ordinárias. Diz-se flexível aquela em que são idênticos o processo legislativo e o processo de revisão constitucional, aquela em que a forma é a mesma para a lei ordinária e para a lei de revisão constitucional. Separação em si jurídico-formal, esta separação de Constituições radica, todavia, muito na experiência.

As Constituições das democracias pluralistas são rígidas ou flexíveis, as Constituições dos regimes marxistas-leninistas todas ou quase todas rígidas (1). Mas a rigidez assume nestas um alcance muito menor, devido ao sentido de Constituição-balanço que possuem e à desvalorização em geral da autonomia do jurídico (2).

(1) Aparentemente eram flexíveis a Constituição romena de 1965, a alemã oriental de 1974 e as chinesas de 1975 e 1978.

(2) Cfr. supra e, em especial, K. LOEWENSTELN, Constitución -

Dero4h0 COnstituciOnal, cit., loc. cit., págs. 120-121; BISCARETTI Di RulrFIA,
La revisione costituzionalo negli #Stati socialisti* ouropei; omormogiuridichos
144 Má nual de Direito Constitucional

Uma Constituição legal tanto pode ser rígida como flexível: v. g., todas as Constituições portuguesas, e as da grande maioria dos países são rígidas; já o chamado Estatuto de Carlos Alberto (que regeu o Piemonte e depois a Itália, vigente de 1848 a 1948), a Constituição neozelandeza e a israelita são exemplos de Constituição flexível. Uma Constituição consuetudinária deve ser flexível e só assim não seria, na hipótese, nunca verificada, de o costume constitucional implicar requisitos mais exigentes que os do costume em geral.

II -A rigidez constitucional revela-se um corolário natural, histórica (embora não logicamente) decorrente da adopção de uma Constituição em sentido formal. A força jurídica das normas constitucionais liga-se a um modo especial de produção e as dificuldades postas à aprovação de uma nova norma constitucional impedem que a Constituição possa ser alterada em quaisquer circunstâncias, sob a pressão de certos acontecimentos, ou que possa ser afectada por qualquer oscilação ou inversão da situação política.

Em contrapartida, insista-se em que a faculdade formal da revisão se destina a impedir que a Constituição seja flanqueada ou alterada fora das regras que prescreve (por se tomarem patentes as alterações feitas sem a sua observância). A rigidez nunca deverá ser, pois, tal que impossibilite a adaptação a novas exigências políticas e sociais: a sua exacta medida pode vir a ser, a par (em certos casos) da flexibilidade, também ela uma garantia da Constituição.

III - A contraposição entre rigidez e flexibilidade constitucionais foi formulada por dois grandes juspublicistas ingleses, JAmF,s BRYCE (1) e A. V. DICEY (2), atentos às peculiaridades da

o 4inorme convenzionali*, in Rivista Trimestrate di Diritto Publico, 1981, págs. 414 e segs.

(1) V. The Americam Commonwealth (1884), 2.5 ed. francesa La R,fpublique A méricaíne, Paris, 1911, 1, págs. 524 e segs., e Flexible and Rigid Constitutions, in Studies ín History and jurisprudence, 1901 (na 2.5 ed. castelhana, cit., págs. 19 e segs. e 94 e segs.).

('à) V. Introdurtion to the Study of the Law of the Constitution (na 10.& ed., cit., págs. 126 e segs.).,

Parte II-CmstituiW e Incomtitucionalidade 145

Constituição do seu país, no confronto tanto da Constituição norte-americana como da Constituição francesa, e passou, nesses termos ou noutros, para a generalidade da doutrina constitucional (1). E BRYCE Sustentou mesmo certa correspondência

(1) Sobre Constituições rígidas e flexíveis, v. também JELLINEK, op. cit., págs. 4(>3 e segs.; A. EsmEiN, op. cit., i, págs. 564 e segs.; L.]DuGuiT, Traité de Droil Constitutionnei, 3.a ed., Paris, 1927, 111, págs. 687 e segs.; Mc BAIN, The Living Constitution, cit., págs. 16 e segs.; LulGi Rossi, La «clasticüà» dello Statuto italiano, in Scritti giuridici in oitore di Santi Romano, obra colectiva, Pádua, 1940, 1, págs. 25 e segs.; I-IOOD PRILLIPS, COnStitUtiOnal and Administrative Law, 4.a ed., Londres, 1967, págs. 20-21; QUEIROZ LIMA, Teoria do Estado, 8.8 ed., Rio, 1957, págs. 265 e segs.; LoEwENsTEix, Teoria..., cit., págs. 208-209; H. LASKI, A Grammar of Politics, 5.a ed., Londres, 1967, págs. 134 e segs. e 205 e segs.; FRANCO Moi>uGNo, L'Inualidita .... cit., i,

págs. 66 e segs.; maximo 69 e segs.; C. F. STRONG, Modern Palitical Constitutions, 8.8 ed., Londres, 1972, págs. 130 e segs.; HENC VAN MAARsEvEN e GER VAN DER TANG, op. cit., págs. 249 e 258-59; MARCELLO CAETANO, op. cit., r, págs. 399 e segs.; PONTES DE MIRANDA, Democrwia, Liberdade, Igualdadi~, 2.a ed., São Paulo, 1979, pâgs. 123 e segs.; K. HBssE, op. cit., págs. 24 e segs.; H. HART, Op. Cit., págr. 82 e 83; IGNAcio DE OTTO, op. cit., págs. 59 e segs.; MARIA PAOLA VIVIANI SCHLEIN, Ridemensionamento pratico di una contrapposiziono teorica: rigidità o flessibilità costituzionale, in Studi in omore di P. Biscaretti di R-affta, obra colectiva, ii, Milão, 1987, págs. 1361 e segs.

Dentre estes autores, salientem-se, Mc BAIN, Rossi, VAx 1VE"RsEvEN VAN DER TANG e HART.

Mc BAIN contesta o valor da distinção entre Constituições rígidas e flexíveis, notando que as Constituições escritas variam na medida da sua resistência à transformação. A flexibilidade de algumas Constituições e a rigidez de outras derivam de factores que largamente, senão na totalidade, se situam fora do processo de rev"o.

Rossi acentua a ideia de ~cidade (aliás não estranha ao pensa, mento de BRYCE); afirma que uma Constituição é rígida, não por ser imodificável pelo Parlamento, mas que não é modificável por ser rígida; diz que a variabilidade e a incerteza das fontes de Direito são as características das Constituições flexíveis; enfim, para ele, a diferença entre um e outro

tipo reside não só na forma como ainda na substância. Cfr. as apreciações de GiusEPPB CHIAREI,1 r (Elasticità della Costituzione, in Rivista Trimes*ate di Diritto Pubblko, 1952, págs. = e segs.) e F~ERRUCIO F'ERGOLEST (Rigidità

e~d dasticità deua Cos$ihtziono italiana, in Rivista Trimestralo di Diritto e Procedura Civilo, 1959, págs. 44 e segs.).

VAN MAARS=N e VAN DER TANG, seguindo outro a~r (~VOLir -PHmpps), sugerem uma terminologia diferente: que a contraposição se

entre Constituição flexível e Constituição material e entre Constit,uição rígida e Constituição formal.

Na verdade, o critério da distinção - para BRYCE, a distinção principal a fazer entre todas as Constituições - estaria na posição ocupada pela Constituição perante as chamadas leis ordinárias. Se ela se coloca acima destas, num plano hierárquico superior, e encerra características próprias, considera-se rígida; ao ' invés, se -se encontra ao nível das restantes leis, sem um poder ou un~a -forma que a sustentem em especial, é flexível. Apenas as Consti tuições rígidas, e não também -as Constituições flexíveis, s~ao limi tativas, porque ultrapassam as leis.e prevalecem sobre as suas est,atui ções.

Algumas Constituições promanam da mesma autoridade que cria as leis ordinárias e são promulgadas e abohdas segundo idêntico processo, de modo que vivem como quaisquer leis. Outras há, todavia, que nem nascem da mesma fonte, nem são,promulgadas e abolidas por processo idêntico ao das leis. As normas das primeiras reduzem-se a normas legais, não exercem supremacia e não adquirem natureza autónoma; as normas das segundas, essas é que se tomam formalmente normas constitucionais.

Não quer isto dizer que não seja admissível destrinçar a Constituição flexível das restantes leis e que na Constituição rígida tudo resida, antes de mais, na noção de diversidade, de separação. Está claro que uma qualquer separação se deve descobrir e, como -a forma não a fornece, vai-se procurá~la à matéria, ao conteúdo. A

Constituição flexível vem a denominar-se Constituição, visto que regula matéria constitucional. Mas, ao contrário da Constituição rígida, na qual entram outros elementos, a matéria não determina uma virtualidade ou eficácia jurídica independente das normas.

faça entre Constituições condicionais e nio condicionais, sendo condicionais aquelas que contemplam um especial processo de modificações e portanto, as - condições ,em, que tais, alterações podem ser realizadas.

Para HART, a diferença entre um sistema jurídico em que o órgão legislativo ordinário está livre de limitações jurídicas e outra em que o órgão legis14tivo a elas-está sujeito surge como mera diferença da maneira pelo qual o.çl,eitoi~adQ, soberano escolhe exercer os seus poderes soberanos.

A Constituição flexível não se define senão pelo objecto: a. regulamentação do poder político. A Constituição rígida distingue-se:das leis ordinárias pela forma, mais ou menos solene, e pelo acto ou.conjunto de actos em que se traduz a necessidade da , sua garantia: a revisão constitucional. Consegue-se, assim,' estabelecer uma fronteira precisa entre matéria e forma constitucionai~. Se se opta por um sentido material de Constituição ' é norma constitucional aquela que respeita a certo objecto, COM dispensa de qualquer forma adequada. Se se opta por um sentido formal, entra,na Constituição qualquer matéria, desde que, beneficie da forma constitucional de revisão.

Este enlace parece-nos, contudo, de rejeitar, porquanto (como se viu), qualquer Constituição moderna é Constituição material. 0 que pode é uma Constituição material ser também Constituição formal (em geral assim sucede) ou não o ser (Grã-Bretanha).

Em nenhum caso, seria suficiente invocarem-se o. modo e a competência da revisão para se justificar uma contraditória natureza (ainda que se analisem no, contexto dos princípios -gi~rais). A Constituição flexível e a Constituição rígida reconduzem-se g uma substância comum não afectada pela forma divergente. 0 realce que se empreste à revisão e ao seu formalismo tem de olhar-se a partir de um fundo semelhante. Não pode inferir-se da diferença de forma diferença de conteúdo e de função da Cons., tituição; tem de se procurar aquela na unidade de conteúdo e fundamento (1).

Perante uma Constituição flexível, não se posterga, nem é mais diluída a incidência material das suas normas sobre as leis, as quais lhes ficam logicamente subordinadas. Não obstante criadas e revogadas de qualquer forma e não obstante ser, porventura,, comu-. nicável 9 objecto, são inconfundíveis as funções. Há limites intrínsecos a que se sujeitam as normas e os actos jurídico-públicos; e também por isso é a Constituição, e não a lei, dentro do Estado, a norma jurídica (ou sob outro aspecto, o acto jurídico) -superior (*); pode haver inconst.it.ucionalidade em Constituição flexível.

egs.-
Mantemos o que escrevemos em Contributo..., cit.;, págs. 38 e É' ' ' ' Cfr. a critica de ESPOSITO (op. cit., págs. 50 e segs.) à tese de que, em Constituição flexível,. a ICI é a mais alta expressão -da vontade

Em última análise, a dicotomía rígidez-flexibiliclade constitucional vale muito mais no plano histórico e comparativo do que no plano dogmático. BRYCE e DicEY sugeriram-na, aliás, como melhor expressão de uma linha divisória nítida entre situações histórico-juridicas específicas, como contribuição para um conhecimento mais realista dessas situações, das suas origens e das

sms condições de subsistência. Por ela apercebemo-nos de que a Constituição, mesmo a Constituição em sentido formal do Estado dc) século xix, não contém um quadro de soluções desenraizadas e é susceptível de assumir mais que uma representação.

§ 2.o

A revisão constitucional e o seu processo

39. A diversidade de formas da revisão constitucional

I - Nenhuma Constituição deixa de regular a sua revisão, expressa ou tacitamente.

Em geral, regula-a expressamente, ora em moldes de rigidez, ora em moldes de flexibilidade. Por vezes, porém, não a contempla: assim, em França em 1799, 1814 e 1830 (1), no Piemonte em 1848 (depois, em Itália, em 1870) ou na Espanha em 1876 (2). E tem então de se encontrar - pois absurdo seria haver Constituições irrevisíveis - uma forma de revisão coerente com os princípios estruturais do sistema constitucional (entenda-se-lhe aplicável o processo legislativo ordinário, recorra-se a uma forma paralela à utilizada na feitura da Constituição ou exijam-se formalidades a se).

De qualquer modo, são múltiplas as formas adoptadas e tão

do Estado. Sobre os limites materiais das leis em Constituiçõw flexíveis e rígidas v., respectivamente, págs. 49 e segs. e 169 e segs.

(1) Cfr. josE:Pii BARTHÉLEmy, La distinction des lois constitutionmettes e$ des lois ordimairos sous ta monarchu de juillet, in Revae du droit publio, 1909, págs. 5 e segs.; EsmEiN, op. cit., i, págs. 573 e segs.

(1) Cfr. 13'EDRO DE VEGA, t#p. Cit., págs. 81 e segs.

variáveis que, a despeito de evidentes dificuldades, vale a pena procurar um quadro elassificat.ório (1).

II-Como mais importantes critérios de contraposição, além da diferenciação ou não do processo frente ao processso legislativo, podem indicar-se a forma de Estado, a paridade ou não de princípios e de formas em relação ao processo constituinte (originário), a natureza do sistema político, a opção entre o princípio representativo e a democracia direct,a, a revisão por assembleia comum ou por assembleia especial. Complementarmente, apontem-se a dependência ou não de órgãos de outros Estados, o tempo de revisão, a iniciativa e o caráct.er imperativo ou facultativo deste ou daquele processo.

É diversa a revisão constitucional em Estado simples e em EsWo composto. AH, apenas depende de um aparelho de órgãos políticos, pois num Estado unitário, por definição, só um aparelho de órgãos estaduais existe. Em Estado composto, a revisão implica uma colaboração entre os seus órgãos próprios e os dos Estados componentes, os quais possuem direito de ratificação ou de veto (consoant.C os casos) quanto às modificações a introduzir na Constituição, por esta traçar (ou enquanto traçar) o quadro das relações de um e de outros; donde, a necessária rigidez em que se traduz.

Expressão de determinada legitimidade - democrática, monárquica, ambas conjuntamente ou outra - uma Constituição deve consignar uma forma de revisão de harmonia com essa legitimidade. Se a não consigna, como se observa em algumas Cartas Constitucionais, ela assume um conteúdo que a faz convolar, logo à nascença, em Constituicão de regime diferente daquele que lhe terá dado origem (2).

0 processo de revisão pode ser ou não idêntico ao primitivo processo de criação da Constituição. Se é uma assembleia legíslativa ordinária a deter faculdades de revisão, exerce-as, na maior parte

(1) Cfr. BiSCARETTi Di RUFFIA, La Constitution .... cít., págs. 50 e segs., e Diritto Costituzionale Comparato, cit., págs. 666 e segs.; HERNANDEZ GIL, op. cit., págs. 236 e segs.; PEDRO DE VEGA, Op. cit., págs. 94 e segs.) DE VERGoTTim, Di-ritto .... cit., págs. 168 e segs.

(2) Cfr. o que dissemos sobre a Carta de 1826.

das vezes, com maioria qualificada ou com outras especialidades.. Em compensação, verifica-se ser,bastante rara a eleição de uma assembleia ad hoo de revisão; e subjacente a isto está a consideração de que, o poder cle revisão é um poder menor diante do poder constituinte (originário), um poder derivado e subordinado.

0 -modo de revisão reproduz o sistema político: diferente em sistema pluralista, com livre discussão e garantia da participação, da Oposição (1), e em sistema de partido único; em sistema demo-, cráti,cp, e em sistema. autocrático; em sistema de divisão de poder e em sistema de concentração de poder; em sistema com predominância de assembleia ou de chefe de Estado. Por quase toda a parte, todavia, uma constante é a intervenção dos parlamentos ou para decretar a revisão ou para desencadear o respectivo pro-. cesso ou para a propor a outro órgão. A intervenção do chefe do Estado é mais intensa, naturalmente, em monarquia (em que chega a haver sanção real da lei de revisão) do que em república.

, , ~ Porque a democracia moderna é essencialmente represent,ativa, a revisão é quase sempre obra de um órgão rej5resentat.iVo, de uma assembleia política representativa - seja a assembleia em funções ao tempo da iniciativa do processo de revisão, seja uma assembleia especial. E quando se submete a revisão a referendo, fazendo assim avultar um elemento, de democracia dire,ota, ou semidirecta, trata-se, também quase sempre, de sanção, ratificação ou veto resolutivo sobre um texto previamente votado em assembleia representativa. 0 referendo pode ser possível ou necessário.

Por natureza, a revisão ocorre no interior do Estado cuj a Constituição se visa modificar. A única excepção - e mais aparente que real - era, at é 1982,' a da Constituição do Canadá, dependente de acto do Parlamento britânico; mas esta intervenção, explicável por condicionalismos históricos ligados,à feitüra, dá Constituição e ao próprio federalismo canadiano, podia recónduzir-ge a uma «delegação de poderes de revisão» (2) (3).

(1) Cfr. SILVA LEITÃO, Constituição e Direito da Oposição, Coimbra
1987, págs. 228, 230 e 231. 1 '

: (2) A expressão é de WENGLER, citado por 13ISCARETTi Di RUFFIA,. S.u~l'oaggaciamento* ad altri ordinamenti .... cit., loc. cit., pági 28.

1 (3) Se foi ainda uma lei do Parlamento britânico que revogou. tal disposição, foi por respeito de formalismo e consensualismo., Mas,, como

A revisão pode realizar-se a todo o tempo, a todo o tempo verificados certos requisitos ou apenas em certo tempo. Na grande maioria dos países pode dar-se a todo o tempo, mas Constituições há que só admitem a sua alteração de tantos em tantos anos; ou que, antes de decorrido certo prazo, não a admitem senao por deliberação

específica (1); ou que ostentam regras particulares para a primeira revisão, vedada até certo prazo (2); ou para uma eventual revisão total (3).

Problema conexo vem a ser o dos limites circunstanciais da revisão: o da impossibilidade de actos de revisão em situações de necessidade, correspondentes ou não a declaração de estado de sítio ou de emergência ~), ou noutras circunstâncias excepcionais

Parlamento sol~erano, o Parlamento do Canadá poderia,~ por isso, tê-lo feito. Cfr. PAUL DE VISSCHER, Le «rapatriement» de Ia Constitution canqdienne, in Miscellanea W. J. Ganshof van der Meersch, obra colectiva, iii, Bruxelas, 1972, págs. 95 e segs.; HUON DE KERMADEC, La persistance de Ia crise du fédéralisme canadien, in Revue du droit public, 19 82, págs. 1601 e segs.; JÔEL-BENOIT D'ONORIO, Le repatriement de ta Constitution canadienne, in Revue internationalo de droit comparé, 1983, págs. 69 e segs.; FuLvo LANCHESTER, La «Patrition» della Costituzione canadese: verso un nuovo federalismo, in Rivista Trimestralo di Diritto Pubblico, 1983, págs. 337 e segs.

(1) Além da nossa Carta Constitucional após 1885 e das Constituições de 1911, 1933 e 1976, c~r. a Constituição grega de 1975 (art. 110.0).

(2) Assim, a Constituição dos Estados Unidos (cujo art. -%~ proibia até 1808 a modificação da 1.a e da 4.a cláusulas da 9.a secção do axt. i), a Constituição francesa de 1791 e as portuguesas de 1822 e 1826 (que nao consentiam revisao senão ao fim de quatro anos), a Constituição de Cádis (que só a admitia ao fim de oito) ou a Constituição portuguesa de 1976 (que só a autorizava a partir do inicio da 2.a legislatura, cerca de quatro anos e meio após a aprovação do texto constitucional).

(8) Assim, a Constituição brasileira actual que, para lá da realização necessária de referendo em 1993 sobre monarquia ou república e sobre sistema parlamentar ou presidencial, prevê i~evisdo (total) cinco anos após a sua promulgação (arts. 2.o e 3.o das Disposições Transitórias). , :

(4) Cfr. a Constituição luxemburguesa de 1868 (art. 115.0), as brasílei'ras de 1934 (art. 178.0, § 4.0), 1946 (art.,217.0, § 5.'», 1967 (art. 50.0, § 2.0) * 1988 (art. 60.o, § 1.0), as'francesas de 1946 (art. 94.0) e 1958 (art. 89.'»,, * portuguesa de 1976 (art. 291.0, hoje 289.o), a argelina de 1976 (art- 193.0), ou a espanhola de 1978 (art. 169.0).

(5) Por exemplo, em épocas de regência (art 84.o da ConstituiÇãc> belga).

A iniciativa cabe, de ordinário, ao órgão com competência para fazer a lei de revisão ou a qualquer ou quaisquer dos seus membros. Mas não se confundem a iniciativa do processo de revisão e a íniciativa de modificações constitucionais; e pode, em certos casos a primeira partir de órgão diferente daquele dentro do qual há-de surgir a segunda - v. g., pode partir do Chefe do Estado ou do Governo, sem que, no entanto, lhe pertença decretar a revisão (1). Também a separação entre órgão de iniciativa e órgão de deliberação se afigura nítida, quando seja o povo a votar a revisão, por serem raríssimos os casos de iniciativa popular da lei de revisão (2). Pode ainda prescrever-se que as iniciativas de revisão rejeitadas só possam voltar a ser apresentadas passado certo tempo (3).

A revisão, por regra, esta sujeita a forma imperativa, tem de se enquadrar em certa e determinada tramitação fixa. Contudo, pode a Constituição prever mais de uma forma em razão da iniciativa ou oferecer ao órgão competente para desencadear o processo a escolha entre mais de um processo (4); ou pode dar

• um órgão a possibilidade de chamar outro ou outra entidade
• uma decisão sobre a revisão C).

III -Resumindo, pode sugerir-se o seguinte esquema das prmcipais formas de revisão constitucional no âmbito da legitimidade democrática (não considerando, pois, agora, o princípio

(1) Contemplam a iniciativa de revisão pelo Chefe do Estado (concorrencial ou exclusivamente) as Constituições sueca de 1809, chilena de 1925, portuguesa de 1933 (após 1935), sul-coreana de 1948, cambojana de 1956, tunisina de 1959, argelina de 1976, das Comoras de 1978, brasileira de 1988, moçambicana de 1990.
Como na Suíça ou em Listenstaino.
Constituição venezuclana (art. 247.0).

(4) Nos Estados Unidos, os aditamentos são votados ou pelo Congresso ou por convenção convocada para o efeito a solicitação de dois terços dos Estados. Também nas Filipinas a revisão é votada ou pelo Parlamento por maioria de três quartos, ou por convenção.

(r,) V. g. a convocação de um referendo ou a sua dispensa em certas hipóteses.

Parte II-Comtituição e Inconstituci~idade m

monárquico, neffkas particularidades dos Estados compostos e das het.eroconst.ituições):

o
14

Por processos apenas de democracia representativa

Por processos de democracia representativa e de democracia directa, ou semidirecta, cumulativamente

Por assembleia
ordinária

Por assembleia especial

Votação em assembleia representativa, com referendo possível

Votação em assembleia representativa, seguida de referendo necessário

40. Sistema de revisão em Direito comparado

'Por assembleia 'Segundo processo
ordinária legislativo comum

Por assembleia ordinária renovada para efeito da revisão

Segundo processo legislativo especial

I - A partir do quadro acabado de apresentar e da, observação comparativa de Constituições vigentes neste momento e também não vigentes, encontram-se oito sistemas de revisão constitucíonal, alguns dos quais ainda com subsistemas:

1) Revisão pela assembleia ordinária pelo mesmo processo de feitura das leis ordinárias;

2) Revisão pela assembleia ordinária, sem maioria dfferente da requerida para as Iciq- ordinárias, mas com especialidades de outra ordem (v. g., quanto ao tempo e à iniciativa);

3) Revisão pela assembleia ordinária, com maioria qualíficada;

4) Revisão pela assembleia ordinária renovada após eleições gerais subsequentes a uma deliberação ou decisão de abertura do processo de revisão, e com ou sem maioria qualfflcada;

5) Revisão por assembleia ad hoc, por assembleia eleita éspecificamente e só para fazer revisão (a que pode chamar-se

convenção);
,~ 6) < Revisão por assenibleia ordinária (ou, eventualmente, por ass einbleia de revisão), susceptível de sujeição a referendo, verificados certos pressupostos e em termos ora de ratificação, ora de veto popular;

7) Revisão por referendo que incide sobre projecto elaborado pela assembleia ordinária ou sobre lei de revisão carecida de sanção popular;

8) Revisão peculiar das Constituições federais, em que acresce à deliberação pelos órgãos do Estado federal a participação dos Estados federados, por via representativa ou de democracia directa, ou semidirecta, a título de ratificação ou de veto resolutivo.

0 primeiro sistema é ' o das Constituições flexíveis; os outros de rigidez constitucional e comportam maior desenvolvimento; e há ainda regimes de revisão atípicos ou não integráveis nestes grupos.

Em princípio, a cada Constituição corresponde um sistema de revisão. Com alguma frequência, porem, a mesma Constituição pode estabelecer mais de um sistema em razão do objecto - para a modificação de certas normas, uma forma de revisão; para a modificação de outras uma forma agravada (o que, sobretudo se dá para a revisão total); e daí, então, uma maior complexidade.

II - 0 sistema de 'tovisao constitucional que consiste na utilização do processo legislativo ordinário sem especialidades na maioria, mas somente no tempo ou na iniciativa, dir-se-ia de quase flexibilidade constitucional. Muito raro, tem apenas interesse para nós, por ter sido consagrado nas Constituições de 1911 e 193~.*

Com efeito, tanto numa como noutra destas Constituições a revisão podia ser efectuada de dez ~em dez anos, sondo competente o Congresso da,República'ou a Assembleia Nacional- cujo mandato, abrangesse a época da revisão (arts. 82.o e 133.0, respectivamente) (1) ou o último ano do decénio (art., 137.0 da Constituição de 1933, na versão final vinda da Lei

, . , (1) ~ Na Constituição de 1933, como o Governo recebeu poder legislativo normal a partir de 11945, o havep'Uma reserva absolu,t?~, de competência da Asseinblèia Nacional no domínio da revisão constitucional j 1 à era, de per si, uma especialidade orgânico-processu~l.

n,(> 2048). Mas a revisão podia ser antecipada.de cinco anos, ppr maioria, de dois terços dos membros do Congresso ou dos Deputados (mesmos pre.-,, ceitos) (1) e, independentemente disso,, podia dar-se se o Presidente da República atribuísse. à Assembleia Nacional a eleger poderes de revisão, (art. 138.0, n.,> 1, da Constituição de 1933, na yer$4o final). . : ... : ,

Especialidade quanto à iniciativa, e só quanto a esta, é a que se topa na, Constituição espanhola de 1808 (Constituição de Baio~ia):. aí, cabia ao Rei exclusivamente a iniciativa de alterações, seguindo-se.ein tudo o mais, o processo legislativo comum (art. 146.0).

Especialidade ainda quanto à iniciativa viria a ser aditada à Cóns-, tituição de 1933 pela Lei n.o 2100, ao exigir que os projectos de revisão,. fossem subscritos por um mínimo de dez e um máximo de q_uinze Deputados em exercício efectivo (art. 137.0, § 4.0, na versão final).

III - A aprovação pelo Parlamento por maioria qualificada pode, considerar-se o sistema mais corrente de revisão constitucional. 0 que 1 varia é a maioria absoluta, e não apenas relativa, ora de dois terços (a mais usual), ora de três quartos.

Quando a Constituição se contenta com a maioria absoluta, estipula também que deve haver duas sucessivas votações no mesmo

sentido com corto intervalo entre elas: , assim, as Constituições] ~russiana de 1850 (art. 107.0), colombiana de 1886 (art. 218.0) ou brasileiras de 1891 (art. 90.0), 1934 (art. ~78.0, quanto à revisão parcial ou emenda), 1946 (art. 217.0)' e 1967 (art. 5 1.0). Mas, no Brasil, apesar de ser requerida a maioria de três quintos em ambas as Câmaras para a revisão parcial (emendas), a.~ Constituição de 1988 exige dois turnos de votação (art. 60.0, § 2'.0).

Pelo contrário, para a maioria'de dois terços basta quase sempre uma só votação: Constituições de Weimar (ar~. 76.0), mongol de 1930 (art. 95.0),, soviéticas de 1936 (art. 146.0) e 1977 (art. 174.0), cubana de 1940 (art. 225.0), birmanesa de 1947 (art. 207,0), ~iorte-corcana de 1948 (.~rt. 124.0,'quando a iniciativa seja dos membros do Parlamento), alemã federal (art. 79.0), indiana de 1950 (art. 368.0, quanto a matérias não atinentes à estrutura federal), malaia de 1957 (art. 159.0~, turca de 1961 (art. 155.0), romena de 1965 (art. 56.0), búlga~a de 1971 (art. 143.0), ceilanesa de 1972 (art.
moçambicaná de 1975 (árt. 49~o), portuguesa de 1976 (art. 286.0), argelina. de 1976 (art. 193.0), albanesa de 1976 (art. 111.0), cabo~verdiana de 1980~ (art.. 92.0), da Guiné-Bissau de 1984 (art. 101.0). Duas votações parlãmentares por maioria de dóis terços exigem, porém, a Constituição tugisina' de 1959 (art. 61.0) e a brasileira de'1967, após 1909 (art. 48.0).

Maioria de três quartos consta das Constituições da República dai China de 1946 (art. 174.0), sul-vietnamita de 1956 (art. 90.0), cainbojana

,(') Note-se: a maioria era qualificada para a resolução de antecipação,;. não para as modificações, da Constituição.

de 1956 (art. 118.0), birmanesa de 1974 (art. 194.0) e argelina de 1976 (art. 193.0, quanto às disposições sobre revisão constitucional).

A Constituição de LÀstenstaino e3iige - no que deve ser um máximo de rigidez - a unanimidade ou, na sua falta, três quartos em dua;s s~s consecutivas da assembleia (art. 111.0).

IV - A revisao por assembleía ordinária renovada após eleições gerais consiste em ligar a votação da revisão pelo Parlamento a uma imediata eleição anterior, que, assim, a condiciona e que conforma o seu sentido. É um sistema ainda de democracia representativa, mas em que avulta mais patentemente, o ingrediente democrático.

Distinguem-se dois momentos: o momento em que se reconhece a necessidade de proceder à revisão e o momento em que se faz a revisão. Começa-se por elaborar uma proposta de alteração ou por definir os pontos ou os preceitos a alterar e cabe depois à assembleia resultante das eleições gerais seguintes (quer pelo termo da legislatura, quer em consequência de dissolução) aprovar, por maioria qualificada ou não, definitivamente as modificações.

É este o sistema de Constituições como a norueguesa de 1814 (art. 112.0), as portuguesas de 1822, 1826 e 1838 (arts. 28.0, 140.o a 143.o e 138.o e 139.0, respectivamente), a brasileira de 1824 (arts. 174.o a 177.0), a belga de 1831 (art. 131.0), as espanholas de 1856, 1869 e 1931 (arts. 87.o a 89.0, 1 10.o a 112.0 e 125.0, respectivamente), a romena de 1866 (art. 128.0), a luxemburguesa de 1868 (art. 115.0), a brasileira de 1934 (art. 174.0, quanto à revisão total),
• islandesa de 1944 (art. 79.0), a boliviana de 1967 (arts. 230.o e 231.0),
• grega de 1975 (art. 110.0), a peruana de 1979 (art. 306.0), a holandesa de 1983 (art. 137.0). E com, não já duas, mas três ou mais votações parlamentares, o sistema ainda das Constituições francesa de 1791 (título vir), espanhola de 1812 (arts. 376.o a 383.0), finlandesa (§ 67 da lei orgânica da Câmara dos Representantes); foi, aliás, em França, que o sistema nasceu.

V - Baseado em princípio afim vem a ser o sistema de revisão por assembleia especial ou convenção, para tanto convocada por prévia deliberação do Parlamento. A diferença reside apenas em que esta assembleia sucedâneo de uma assembleia constituinte esgota as suas funções com a revisão constitucional, ao passo que no sistema precedente se trata sempre de um novo Parlamento ordinário que há-de subsistir para além da revisão.

Tal é o sistema, imperativamente, das Constituições francesas de 1793 (arts. 115.o a 117.0) e 1848 (art. 111.0), argentina de 1860 (art. 30.0), sérvia de 1889 (art. 201.0), bem como da Constituição grega de 1864 (art. 107.% com a particularidade de serem necessárias duas, e não apenas uma deliberação, para que se convoque a assembleia de revisão) e ainda da nicaraguense de 1986 (quanto à revisão total). Tal é o sistema, facultativamente, da Constituição americana (art. 5.0, que concede ao Congresso o poder de convocar uma convenção, se dois terços das assembicias legisktívas dos Estados

assim o requererem); e, em parte, das C~tuí~ filipinas de 1935 (art. xv) e de 1982 (art- 16.0).

VI - A revisão pode competir cumulativamente - e, sob outra perspectiva, disjuntivamente - a uma assembleia (ordinária ou especial) e ao povo. Quem modifica a Constituição é a assembleigç por maioria simples ou qualificada; mas, em determinadas condições, chama-se o povo a, por referendo, ratificar a lei de revisão ou a pronunciar-se sobre ela a título de veto resolutivo.

É o sistema de referendo possível (em rigor, mais do que referendo facultativo), no qual entram cinco subsistemas:
a) Referendo, se a assembleia deliberar submeter a votação POPULI,~ • lei de revisão - Constituição da Guiné-Bissau de 1973 (art. 58.0);
b) Referendo, a requerimento de uma das Câmaras, em opo~ • outra - ConstitLiição alemã de 1919 (art. 76.0);

c) Referendo, se o Presidente da República assim o decidir em face do texto submetido ao Parlamento e por este aprovado ou, eventualmente, não aprovado - Constituições brasileira de 1937 (art. 174.0 ' § 4.0), dos Camarões de 1972 (art. 36.0), equatoriana de 1979 (art. 143.0) e namibiana, de 1990 (art. 132.0);

d) Referendo, se o Presidente da República assim o decidir sob proposta do Parlamento (art. 123.0 da Constituição de São Tomé e Príncipe de 1990);

e) Referendo, se determinado número de membros do Parlamento ou de cidadãos o solicitar- Constituições austríaca de 1920 (art. 44.(P, quanto à revisão parcial), itaàiana de 1947 (art. 138.0, não havendo, porém, lugar a referendo, se a lei de revisão tiver sido aprovada em ar&~ as Címaras por maioria de dois terços) e espanhola de 1978 (art- 167.% quanto à revisão parcial).

VII - 0 referendo pode ser necessário ou obrigatório, no sentido de que sem aprovação popular ou não existe lei de revisão (referendo constitucional stricto sensu) ou não existe lei Perfeita (sanção popular, que se adita à deUberação parlamentar).

Compreende dois subsistemas e, outrossim, uma modalidade de certa maneira intermédia relativamente ao sistema acabado de indicar:

a) Referendo necessário, precedido de votação parlamentar, por m ona qualificada ou não -Constitui~ suíça de 1874 (art. 120.c~ que prevê ainda referendo prévio para decidir, em caso de conflito, se há revisão), austríaca (art. 44.% quantá) à revisão total), irlandesa de 1937 (arts. 46.o e 47.0), islandesa de 1944 (art. 79.0, quanto ao estatuto da Igreja), japonesa de 1946 (art. 96.0), venezuelana de 1961 (art. 246.0, quanto à revisão total), marroquina de 1962 (arts. 106.o e 107.0), sul-coreana de 1962 (arts. 119.o e 121.0), egípcia de 1971 (art. 189.0), birmanesa de 1974 (art. 194.9, quanto aos

princípios fundamentais da Constituição), cubana de 1976 (art. 141.0, quanto aos órgãos do poder e aos ~tos e de~ com't"-
158 ~ Manual de Direito Constitucional

èionais), sul-coreana de 1980 (art. 131.0), moçambicana de 1990 (art. 199.0, quanto a alterações fundamentais dos direitos dos cidadãos e da organização dos poderes públicos), e projecto de Constituição francesa de 19 de. Abril de 1946 (art. 123.0); '

b) Referendo necessário, precedido de duas votações parlamentares c eleições gerais entre elas - Constituições dinamarquesa de 1953 (art. 88.0)

• espanhola de 1978 (axt.'168.0, quanto aos princípios fundamentais);

- c,,) Referendo, em princípio, mas sua dispensa se a lei de revisão for aprovada por certa maioria reforçada - Constituições francesa de 19~46 (axt. 9 0.0), do Gabão de 1961 (art. 69.0), das Comoras de 1978 (art. 45.0).

Integráveis neste sistema são ainda a~ revisão prevista na Constituição francesa de 1795 (arts. 336.o e seg~.), com referendo necessário precedido de três votações parlameiitates com intervalos de três anos e eleição de,assembleía de'revisão; e a prevista na Constituição de 1958 (ar~. 89.0), com referendo necessário, salvo se o Presidente da República submeter o projecto de revisão às duas Câmaras reunidas em Congresso; e a contemplada na Constituição uruguaia de 1967 (art. 331.0, com várias modalidades de ini~. ciativa popular e parlamentar).,

VIII- A revisão constitucional nos Estados federais postula ~a intervenção dos Estados federados, pois o poder de revisão como que se reparte entre eles e os órgãos centrais.

Nuns casos, trata-se de participação constitutiva ou de ratificação seja pelas assembleias dos Estados federados, seja por referendo. Exemplos da primeira: Constituições dos Estados Unidos (art. 5.0), mexicana de 1917 (art. 135.P), indiana (art. 368.0, quanto a matérias atinentes à estrutura federal), venezuelana de 1961 (art. 245. 0, quanto à revisão parcial), jugoslava de 1974 (arts. 398.o a 403.0) e canadiana, após 1982 (arts. 38.0 e segs., quanto a direitos das províncias e matérias mais importantes). Exemplos de ratificação por referendos locais: Constituições suíça (arts. 12 1. o é 123.0, que prevêem referendo nacional) e australiana de 1900 (art. 128.11, quanto a modificações relativas ao estatuto ou à posição de qualquer Estado na federação).

Noutros casos, trata-se de veto, ainda que exercido através de um órgão representativo dos Estados federados a nível central: assim, a Constituição alemã de 1871 (axt. 68.0).

IX - Formas de revisão atípicas e anómalas podem indicar-se, por mera curiosidade, entre outras:

a re<risão,pelo Conselho da Revolução, na Constituição provisória i:taquiana de 1970 (art- 70.0);

. 1 -~a revisão por iniciativa do partido único, ainda que votada por assembleia representativa e pelo povo, na -Constituição congolesá de, 1973 (art.''91.0);

a revisão por votação parlamentar e ratificação pelo emir, na Constituição de Barém de 19~73, (art. 104.<»;

- a revisão por deliberação do Conselho de Ministros, na Constituição de Burundi de 1974 (arts. 49.o e 63.0);

a revisão pelo partido único, na Constituição angolana de 1975 '(art., 57.0),

Forma de revisão atípica e também anóiàiala deve considerar-se ainda a que a Lei n.o 1885 acrescentou à nossa Constituição de 19á3 '(art. 138.6, n.o 2, na versão final): referendo sobre alterações ~ respeitaiites. à função legislativa ou aos seus órgãos, por iniciativa do Presidente da República (na medida em que parece que

podiam ser até propostas oa sua autoria, não apresentadas sequer à Assembleia Nacional) ('),. Tal como anóinala era a revisão prevista para o ((período de transição)) pela Plataforma de Acordo Constitucional de 1975, dependente de iniciativa do Conselho da - Revo'~ lução (D. 5.5).

41. A -revisão constitucional !ias Constituições portuguesas

, I - Sintetizando no concemente às Constituições portuguesas, diremos que, Constituições rígidas, todas encerram normas específicas sobre revisão constitucional, as quais definem~ os respectivos processos em termos diversos do formalismo das leis ordinárias; e nem a isso faz excepção o'art. 144.o da Carta Constitucional, interpretado como o interpretamos.

Como características gerais, registam-se fundamentalmente duas. Em- primeiro lugar, é sempre o Parlamento que, decreta a revisão, salvo o referendo, facultativo. criado em 1935 (mas nunca aplicado). Em segundo lugar, o Rei ou o Presidente da República intervém no processo para promulgar ou para san ciona . r a lei ou- o acto de revisão, tenha ou não Poder de nao, ~.san-~
cionar ou poder de veto.

Nas Constituições de 1822, 1826 e 1838, o sistema adoptado reconduz-se ao quarto tipo - aprovação das modificações por assembleia renovada por eleições gerais, devendo, porém, a partir do Açto, Adicional çle J885 passar em quatro anos entre duas revisões (1)

(1) Cfr. o. nosso estudci Chefe dó Estado, Coimbra,:,1970, Págs. 49 o gegs.

(2) Sobre este sistema, v. SILVF~-STRE PINHEIRO FF-RRP-rnÃ, Breves Observaç~es sobre, a Constituição Política, da Monarquia, Port-ugWsa, Paris, 1837, págs. 9 e 10 (criticamente), e LopEs PRAÇA, E~studos-.. ., cit.-, - r, Pág$.,-XXIX C seg.9.
kl~ de Direito Constituciond

Nas Constituições de 1911 e 1933, o sistema é do segundo tipo- revisão sem maioria qualificada, embora dependente do transcurso de certo prazo entre duas revisões (dez anos ou, mediante antecipação, cinco). A atribuição ao Presidente da República da faculdade de «xmierir poderes constituintes à Assembleia a eleger», na Constituição de 1933, corresponde, contudo, a um desvio ao sistema.

Na Constituição de 1976, o sistema cabe no terceiro tipo - revisão por maioria de dois terços dos Deputados presentes, desde que superior à maioria absoluta dos Deputados em efectividade de funções (quanto à primeira revisão) e por maioria de dois terços dos Deputados em efectividade de funções (quanto às revisões subsequentes). E é agravado por iim consideração teinporal: primeira revisão apenas na segunda legislatura (ap6s 15 de Outubro de 198(» e revisões subsequentes nunca entre menos de cinco anos, antecipáveis para qualquer altura por maioria de quatro quintm dos Deputados em efectividade de funções.

Il - Antes da primeira revisão da Constituição de 1976, houve quem sustentasse que ela poderia realizar-se por meio de referendo.

Invocou-se, para tanto, o princípio da participação directa e activa dos
idadãos na vida pública (arts. 48.o, 112.o e 227.c>, n.<> 2); disse-se que o referendo seria possível, porque, se nenhum artigo da Constituição o previa, nenhum o proibia (1); ou que seria incorrecto afirmar (como fazem os arts. 3.G e 111.<» que o povo somente exerce o poder político nas formas ou nos termos da Constituição (2) - porquanto o povo estaria acima da Constituição; ou que o referendo pertenceria ao Direito natural e, porque anterior à Constituição, poderia servir para a alterar (8).

Como demonstrámos na altura (4) e nas anteriores edições deste

Manual, tais argui:gentos não eram - nem são - consistentes.

Da consagração de um princípio de participação não resulta automa-

(1) F"Ncisco SÃ CAmmilio, em debate na Assembleia da República, in Didrio, i legislatura, 4.a sessão legislativa, n.o 4, de 12 de janeiro de 1980, págs. 52 e 71.

(2) Ayoxso QuEiRó, Uma C~ituiçrw dmwrdtiw, cit., pág. 32.

(3) ANTÓNIO JOSÉ SARAivA, Filhos de Saturno, Lisboa, 1980, pág-- 183 e segs., 197-198 e 300 e ~.

(4) V., por exemplo, Revis& C~ituciond e Dentocracia, cit., págs. 364 e ~. Cfr. também VI=NA I)F- CARVALHO, 0 YOfOYOndO nas COnStitUiÇ&S Portuguesas, in NaçiZo o Defesa, n.o 15, julho-Setembro de 1980, págs. 101-102.

ticamente a possibilidade do referendo. A admitir-se tal corolário, por que não a expressão da vontade popular através de assembleias e de manifestações populares (como foi tentado em 1975) ? Não basta proclamar um princípio, há que estabelecer, do mesmo passo, os modos de o concretizar. Participação directa e activa dos cidadãos é na Constituição, antes de mais, a eleição (arts. 10.0, n.o 1, e 49.0). E são também: a participação em associações e partidos políticos (art. 51.0, n.o 1), o direito de representação (art. 52.0, n.o 1), a acção popular (art. 52.0, n.o 3), a apresentação de candidaturas para Presidente da República (art. 127.0, n.o 1) e para assembleias de freguesia (art. 246.0, n.o 2), a participação na administração da justiça (art. 210.0), a participação nos plenários de cidadãos eleitores nas freguesias de população diminuta (art. 246.0, n.o 3); não outras formas à margem destas ou contra estas.

Como modo de exercício de poder - de um pretenso poder de revisão o referendo teria de estar previsto numa norma jurídica, não poderia deduzir-se em abstracto. 0 asserto de que «tudo que não é proibido é permitido» vale no domínio dos particulares e no dos direitos dos cidadãos, não vale na esfera do poder público. Tâo-pouco poderia haver referendo em concreto sem uma regulamentação do seu processo e, desde logo, sem uma norma a conferir competência a certo órgão para o promover ou desencadear.

Não é incorrecto subordinar o exercício do poder pelo povo às formas e aos termos da Constituição. Em democracia de tipo ocidental e em Estado de Direito, o povo não pode deixar de exercer a sua soberania senão nessas formas e nesses termos, porque o seu poder é, também ele - como todo o poder -um poder juridicamente limitado. Nem, da óptica da Constituição vigente em cada momento, o povo está acima da Constituição. Só pode estar para a substituir por outra, não para a rever.

0 referendo não pertence ao Direito natural, a democracia directa não é de Direito natural; pelo contrário, a democracia contemporânea é, como a experiência histórica mostra, essencialmente representativa; e o referendo, se bem a pode complementar, também pode ser (e tem sido) muitas vezes utilizado em sistemas políticos pouco respeitadores dos direitos fundamentais. 0 referendo, onde quer que exista, não é de Direito natural; é criado pelo Direito positivo.

E se, apesar de tudo, por hipótese, viesse a efectuar-se referendo, fosse para modificar uma norma constitucional material, fosse para alterar uma norma reguladora da própria revisão ? Nessa eventualidade - como na atrás examinada de feitura de uma lei de referendo - não seria revisão; seria ruptura ou revolução. Mas sabe-se como em 1980 o problema veio a ser ultrapassado(').

III - De um dos projectos de revisão apresentados à Assembleia da República em 1980 constava a introdução, em certos termos, do referendo

(1) V. tomo i, cit., págs. 371 e 372.

constitucional (1). Não logrou vencimento (2); apenas foi então estabelecido referendo a nível local (art. 241.0, n.o 3).

Na revisão de 1989, finalmente, seria admitido referendo a nível nacional, mas referendo político e não legislativo, e com expressa exclusão de alterações à Constituição (art. 118.0, n.o 3) (3).

A rejeição do referendo constitucional em 1982 e a sua nao consagração em 1989 são, pois, clucidativos (4). Mas o ponto básico é este: se a Constituição organiza a revisão constitucional de forma específica através de votação a cargo da Assembleia da República (arts. 164.0, alínea a), e 284.o e segs.), qualquer outra forma fica ipso facto prejudicada.

Isto tudo sem embargo de, no futuro - por outra revisão, e só por revisão - poder alargar-se o âmbito do referendo, porque nada impede (em nossa opinião) que se modifiquem as normas orgânicas e processuais sobre revisão constitucional, contanto que seja com fidelidade aos princípios fundamentais da Constituição.

(1) Foi o projecto de revisão n.o 2/11 de Deputados dos partidos da Aliança Democrática (in separata n.O 6/11 da Assembleia da República, de 26 de junho de 1981), em cujo art. 287.o se lia: «1. 0 Presidente da República, ouvido o Conselho de Estado, pode determinar que se realize um referendo sobre as alterações à Constituição que não tenham obtido a maioria prevista no n.o 3 do artigo anterior (mais de dois terços dos Deputados presentes, desde que superior à maioria absoluta dos Deputados em efectividade de funções), desde que hajam sido aprovadas pela maioria absoluta dos Deputados em efectividade de funções. - 2. 0 referendo previsto no número anterior não pode ter por objecto alterações à Constituição que modifiquem a repartição de atribuições e competências entre os órgãos de soberania ou as regras relativas ao estatuto e eleição dos seus titulares». V. a justificação dada por CARDOSO DA COSTA, in Estudo e Projecto de Revisão da Gonstit-uiçdo (obra conjunta COM BARBOSA DE MELO e VIEIRA DE ANDRADE), Coimbra, 1981, pág. 163.

(2) V. o debate na comissão eventual de revisão constitucional, in Didrio da Assembleia da República, ir legislatura, 2.a sessão legislativa, 2.a série, supl. ao n.o 33, págs. E>42(25) e segs., supl. ao n.o 35, págs. 740(2) e segs., e 2.o supl. ao n.o 77, págs. 1456(38)-1456(39).

(3) V. Didrio da Assembleia da República, v legislatura, 2.a sessão legislativa, 2.a série, n.o 54-RC, acta n.o 52, págs. 1800 e segs.; e n.o 103-RC, acta n.O 101, págs. 2922 e segs.; e 1.a série, n.o 83, reunião de 18/5/1989, págs. 4027 e segs.; n.o 84, reunião de 19/5/1989, págs. 4068-4069, 4070, 4076 e segs., 4087 e 4123 e segs.; e n.o 85, reunião de 23/5/1989, págs. 4239 e segs.

(4) Tal foi, de resto, reconhecido, na comissão eventual da 1.8 revisão por vários Deputados dos partidos ligados ao projecto de revisão n.o 2/11 (Didrio, 2.a série, págs. 740(3) e seg., 740(5) e 740(8».

42. As regras do processo de revisão na Constituição de 1976

1 -Desenhado, assim, em confronto com outras Constituições, o sistema de revisão consagrado na Lei Fundamental de 1976, cabe agora examinar as regras de processo em que se traduz ou desenvolve.

Elas encontram-se, antes de mais, nos preceitos do título ii da parte iv da Constituição, ex professo dedicado à revisão. Compreendem depois regras gerais sobre processo parlamentar e processo

legislativo (1), não incompatíveis com as primeiras ' e que têm de ser submetidas a um cuidadoso trabalho de harmonizaçao.

A revisão constitucional de 1982 pôs à prova as regras antes definidas pela doutrina; fez caducar regras específicas da primeira revisão constitucional constantes do art. 286.o do texto de 1976 - e que, obviamente, não teremos, portanto, de considerar aqui (2); serviu ainda para operar uma melhor arrumaçao e formulação dos preceitos respeitantes às revisões até então chamadas subsequentes (3) ~). A revisão de 1989 limitou-se a alterar a numeraçao dos artigos.

Em ambas as revisões, o Parlamento aprovou normas regimentais específicas, umas relativamente à comissão eventual que para

(1) V. Funçdes, Orgdos e Actos..., págs. 374 e segs.

(11) V. a 1.a edição deste Manual, págs. 464 e segs.

(3) V. Didrio da Assembleia da República, ii legislatura, 2.a sessão legislativa, 2.a série, 2.o supi. ao n.o 77, págs. 1456(36) e segs., supl. ao n.o 93, págs. 1762(19) e 1762(20), e 3.o supl. ao n.o 106, pág. 1998(77); e 1.a série, n.o 128, págs. 5414 e 5415. As alterações foram aprovadas por unanimidade.

(4) Também nessa altura pretendeu-se uma atenuação da regra de 2/3: a Aliança Democrática propôs que, em vez de 2/3 dos Deputados em efectividade de funções, fosse de 213 dos Deputados presentes (como na primeira revisão); mas foi-lhe atalhado que para a revisão constitucional se deveria exigir «uma maioria qualificada especial, superior às que aparecem noutros locais da Constituição» (Deputado Nunes de Almeida, ibidem, pág. 1456(37».

Por outro lado, a propósito disto, houve quem tivesse reafirmado a opinião de que as regras sobre revisão não deviam ser alteradas (Deputado Vital Moreira, ibidem, pág. 1456(38» e quem, pelo contrário, declarasse a legitimidade de modificações (Deputado Jorge Mranda, ibidem).

o efeito constituiu, outras relativas à discussão e à votação no plenário (1).

II - São, pois, regras do processo de revisão:

. a) A abertura do processo requer um acto de iniciativa, a apresentação de um projecto de revisão. A verificação dos pressupostos de exercício da competência de revisão, pelo decurso de cinco anos sobre a data da publicação da última lei de revisão, não determina só por si o desencadear do processo;

b) Tão-pouco o implica a deliberação, antes desse prazo, da Assembleia, por maioria de quatro quintos dos Deputados em efectividade de funções, de assunção de poderes de revisão (2). Ela não é, só por si, um acto de iniciativa; e mesmo que apareça fundada na necessidade de modificação deste ou daquele preceito constitucional, assumidos poderes de revisão, qualquer outro preceito pode vir a ser revisto; assim como não há (juridicamente) nenhum prazo para a subsequente apresentação de um projecto de revisão. Uma coisa é a iniciativa da assunção de poderes de revisão, outra coisa a iniciativa de uma ou várias alterações à Constituição;

c) A iniciativa pertence apenas aos Deputados, a qualquer Deputado (3) ~) (arts. 285.0, n.o 1, e 159.0, alínea a» -não

(1) Quanto à revisão de 1981-1982, v. Diário da Assembleia da República, ii legislatura, 1.8 sessão legislativa, 2.8 série, suplemento ao n.o 96, e 2.a sessão legislativa, 2.8 série, n.o 100, págs. 1908 e 1909.

Quanto à revisão de 1987-1989, v. Diário da Assembleia da República, v legislatura, 2.a sessão legislativa, 2.a série-A, n.o 29, suplemento, págs. 872(3) e 872(3), e Diário da República, de 13

de Abril e de 3 de junho de 1989 (nesta revisão, as normas regimentais sobre a discussao e a votação no Plenário foram aprovadas - desnecessariamente - por resolução).

(2) Esta deliberação reveste a forma de resolução, publicada independentemente de promulgação pelo Presidente da República (art. 169.0, n.- 5 e 6).

(3) Na Constituição de 1933, após 1959, prescrevia-se, como já dissemos, um mínimo de 10 e um máximo de 15 Deputados (art. 137.0, § 4-0, por último).

~) Em contrapartida, o Regimento limita a vinte Deputados o número de subscritores de um projecto de lei (art. 134.0, n.o 1), e a mesma regra pode

aos grupos parlamentares, nem ao Governo ou às assembleias legislativas regionais (1), ao contrário do . que sucede quanto à iniciativa legislativa - e este princípio, desconhecido das Constituições anteriores, destina-se a reforçar a reserva absoluta da Assembleia no domínio da revisão constitucional (?-);

à) Obviamente, os deputados não estão sujeitos aqui aos limites financeiros da iniciativa legislativa (art.. 170.0, n.o 2) (3);

e) Não são admitidos projectos de revisão ou propostas de alteração que não definam precisamente as alterações projectadas (como diziam o art. 82.0, § 2.0, da Constituição de 1911, e o art. 137.0, § 3.0, da Constituição de 1933, após 1959); não são admitidos projectos que não definam concretamente o sentido das modificaçoes a introduzir na Constituição (art. 130.0, n.o 1, alínea do b), Regimento da Assembleia da República, por identidade de razão) ~);

f) Apresentado um projecto de revisão constitucional, quaisquer outros terão de ser apresentados no prazo de trinta dias (art. 285.0, n.o 2) (5) - o que conduz à cumulação de todas as iniciativas num só processo, numa regra de condensação destinada a assegurar uma ponderação simultânea e globalizante das modificações constitucionais e a garantir a unidade sistemática da Lei Fundamental;

g) Os projectos não votados na sessão legislativa em que forem apresentados não carecem de ser renovados nas sessões legislativas seguintes, salvo termo da legislatura (art. 170.0, n.O 5);

h) A comissão ou as comissões parlamentares, que se ocupem do estudo da revisão, podem apresentar textos de substi-

estender-se aos projectos de revisão, por aqui também proceder a sua ratio legis: evitar pressões sobre a Assembleia.

(1) Apesar de, na segunda revisão constitucional, se ter proposto -Mas foi rejeitado- o alargamento da iniciativa a estas assembleias: v. Diário, v legislatura, 2.a sessão legislativa, 2.a série, n.o 102-RC, acta n.o 100, pág. 2900.

(2) Exclusiva dos Deputados, pelos mesmos motivos, é a iniciativa da resolução de assunção de poderes de revisão do art. 284.0, n.o 2.

(3) Conforme expressamente se reconheceu na segunda revisão constitucional: v. Diário, v legislatura, 2.a sessão legislativa, 2.a série, n.O 91-RC, acta n.o 89, pág. 2674.

(4) V. ainda os requisitos formais do art. 135.o do Regimento.
(r»Fonte: Constituição de 1933, após as revisões de 1959 e 1971.

tuição, sem prejuízo dos projectos de revisão a que se referem, quando não retirados (art. 170.0, n.o 8 (1);

i) Até ao termo da discussão podem ser apresentadas por quaisquer Deputados propostas de alteração aos projectos de revisão ou aos textos de substituição (é o princípio geral sobre iniciativa superveniente) (2);

III -j) Ao contrário do que sucede com a legislação ordinaria, não existe um direito de participação de certas entidades sobre matérias que especificamente lhes digam respeito-v.g., organizações de trabalhadores (arts. 54.0, n.o 5, alínea d), e 56.0, n.o 2, alínea a»; claro está, porém, que nada impede em geral o exercício do direito de petição por essas entidades, por quaisquer outras ou por quaisquer cidadãos (art. 52.0, n.os 1 e 2);

1) Também não esta a Assembleia da República sujeita a um dever de audição dos órgãos de governo próprio regional acerca do regime político-administrativo das regiões autónomas, ao contrário do que se verifica com as demais questões da sua competência (art. 231.0, n.o 2) -eis um corolário quer da reserva absoluta da Assembleia quer do carácter unitário do Estado português (3) ~);

(1) Inscrita no texto constitucional apenas em 1982, esta regra já tinha sido posta em prática na Assembleia Constituinte e na própria revisão de 1982 e já estava prevista no Regimento (art. 146.0) para as leis ordinárias. Diferentemente, como se sabe, sucedeu em 1971.

(2) E podem ser apresentadas no Plenário novas propostas de alteração aos preceitos constitucionais abrangidos pelo texto de sistematização da comissão eventual (art. 3.o das regras regimentais de 1989 sobre votação no plenário).

(3) Um dever de audição das regiões autónomas na revisão constitucional poderia, porventura, não afectar a forma do Estado português, convertendo-o em Estado não unitário. Mas, para existir, teria de estar expressamente previsto na Constituição, por representar um desvio à modelação geral do Estado unitário..

Não significa isto, entretanto, que não possam ser enviados aos órgãos regionais, a titulo de cortesia constitucional ou a outro título não vinculativo para a Assembleia da República, os projectos de revisão a fim de, eventualmente, serem emitidos pareceres - como aconteceu em 1981-1982 e em 1987-1989.

(4) 0 problema da necessidade jurídica de audição das regiões autó-

IV - m) A discussão dos projectos e a sua votação fazem-se sempre na especialidade, e só na especialidade - por referência aos preceitos (e às formulações) constitucionais em relação aos quais se proponham alterações e por referência a um texto já adoptado e vigente na generalidade, a Constituição; o art. 286.0, inequivocamente, fala em «alterações à Constit,uição» nessa acepção. Nada disto põe em causa a necessidade ou a vantagem de uma consideração sistemática;

n) Tal votação na especialidade da-se no plenário, nunca em comissão (pela natureza das coisas e porque só no plenário pode ser formada a maioria de dois terços dos Deputados em efect.ividades das funções);

o) Se se entenderem necessárias disposições transitórias da lei de revisão, estas seguem um regime em tudo idêntico ao das normas constitucionais novas (designadamente, carecem da mesma maioria de aprovação), visto que as integram ou complementam e são também normas formalmente constitucionais;

p) A votação da totalidade das propostas de alteração preclude a competência de revisão da Assembleia, quando haja aprovação de alguma ou algumas. E preclude-a também, no caso de revisão antecipada, quando nenhuma seja aprovada ou todas sejam retiradas - porque a assunção de poderes de revisão aparece funcionalizada a um resultado positivo e, se este não se obtém, tal assunção fica desprovida de sentido (1); pelo contrário, no caso de revisão não antecipada, a não aprovação não determina preclusão - porque a Assembleia pode rever a Constituição decorridos cinco anos sobre a data da publicação de qualquer lei de revisão

nomas foi bastante controvertido na primeira revisão constitucional. V. Didrio, ii legislatura, 2.a sessão legislativa, 2.11 série, supl. ao n.O 6, pág. 740(20), e 2.o supl. ao n.o 77, pág. 1456(39). Foram rejeitadas duas propostas e não teve seguimento outra, no sentido da obrigatoriedade de audição.

E também na segunda revisão constitucional, o mesmo ocorreria: v. Didrio, v legislatura, 1.a sessão legislativa, 2.3 série, n.o 6-RC, acta n.O 4, págs. 93 e segs., e 2.a sessão legislativa, n.o 102-RC, acta n.O 100, págs. 2900-2901.

(1) É este o único limite (objectivo) à assunção de poderes de revisão - em si, acto político, insusceptível de controlo jurisdicional.

(art. 284.0, n.o 1) -e podem voltar a ser formulados projectos de revisão;

q) As alterações da Constituição que forem aprovadas serão reunidas (bem como eventuais disposições transitórias) num único decreto de revisão (art. 286.0, n.o 2) e serão inscritas no lugar próprio da Constituição, mediante as substituições, as supressões e os aditamentos necessários (art. 287.0, n.o 1); e esta tarefa cabe exclusivamente à Assembleia (1);

r) 0 decreto de revisão não tem de ser votado, mas pode sê-lo (como sucedeu, por razões políticas, em 1982 e 1989), com sujeição à regra de dois terços. Entretanto, não equivale esta votação a aprovação das alterações à Constituição e das eventuais disposições transitórias (que ja está feita); a votação final global pressupõe votação na generalidade, que só existe quanto às leis ordinárias (art. 171.0, n.o 2). 0 único alcance de tal votação é o de, para efeitos internos da Assembleia, se fixar a data da conclusão do processo (2) . E tanto é assim que, se acaso, o decreto não obtivesse a maioria de dois terços, nem por isso se poderia ou teria de voltar atrás ~).

V - s) A lei de revisão (ainda sob a forma de decreto da Assembleia da República) é promulgada pelo Presidente da República (art. 286.0, n.o 3) como lei constitucional (arts. 122.0, n.O 1, alínea a), e 169.0, n.O 1);

t) 0 Presidente da República não pode recusar a promulgação da lei de revisão (art. 286.0, n.o 3) C) (5). Isto decorre, primeiro,

(1) Na prática, através da comissão eventual, como sucedeu em 1982 e 1989.

(2) Foi o que dissemos na própria Assembleia aquando da votação do decreto de revisão de 1982: v. Didrio, ii legislatura, 2.a sessão legislativa, 1.a série, n.o 132, reunião de 12 de Agosto de 1982, pág. 5573.

(3) Cfr. a intervenção do Deputado José Magalhães em 1989: Didrio, v legislatura, 2.a sessão legislativa, 1.a série, n.o 62, reunião de 12 de Abril de 1989, pág. 2147.

(4) Um antecedente longínquo: o art. 112.o - I da Constituição de 1822, que prescrevia não dependerem de sanção real as alterações que na Constituicão se fizessem para o futuro (sendo certo que o art. 28.o remetia para o art. 109.0, e não também para o art. 110.0).

0 projecto de lei n.o 6/x, retomaxia, sem êxito, a ideia na Constituição

da atribuição exclusiva ao Parlamento do poder de revisão e, depois, do regime das alterações (aprovadas uma a uma, na especialidade, não teria sentido um veto globalmente dirigido ao texto donde constam);

u) A revisão constitucional não está sujeita a fiscalização preventiva da constitucionalidade (art. 278.0, n.O 1) -ainda para garantia da competência exclusiva da Assembleia.; mas isto não obsta a uma fiscalização sucessiva (como vamos ver);

v) A Constituição não fixa um prazo de promulgação. Não pode, no entanto, admitir-se nem a imposição da promulgação imediata (porque então quase deixaria de se justificar a própria promulgação), nem a possibilidade de o Presidente da República a diferir (o que poderia frustrar o poder de revisão da Assembleia). A lacuna pode ser suprida com recurso ao art. 139.0, n.o 2, 2.a parte, que se reporta à outra hipótese constitucional de promulgação obrigatória (à de confirmação de leis ordinárias após veto político): o prazo (um prazo razoável para o Presidente promulgar o decreto de revisão) deve ser de oito dias(');

x) A promulgação não carece de referenda ministerial (2)

de 1933, propondo que o Presidente da República não pudesse recusar a promulgação dos decretos da Assembleia Nacional sobre revisão. Contra pronunciou-se o parecer da Câmara Corporativa (in Actas..., 1971, n.o 67, pág. 683), invocando o dever do Presidente de velar pela regularidade da revisão e pela observância dos limites substanciais desta, bem como a articulação do veto suspensivo com o controlo político do Presidente em relação à Assembleia; e no mesmo sentido se orientava DIARCELLO CAETANO (Manual .... cit., ii, pág. 567), que, além disso, chamava a atenção para a própria participação do Presidente da República na revisão (art. 138.0, na última versão da Constituição); cfr. a crítica de JORGE CAMPINOS à posição de 1V~RCELLO CAETANO, in 0 presidencialis-mo do Estado Novo, Lisboa, 1978, págs. 110 e segs.

Na vigência da Constituição de 1933, ocorreu, aliás, um caso de veto presidencial sobre uma lei de revisão. V. Didrio das Sessies, 1937-1938, págs. 272 e segs.

(5) A revisão constitucional de 1982 esclareceu, assim, e bem o que já antes se devia ter por seguro: v. 1.a edição deste Manual, págs. 462 e segs.

(1) Corrigimos, assim, o que escrevemos na anterior edição (pág. 144), em que falávamos em vinte dias (art. 139.0, n.o 1).

(2) No mesmo sentido, GomEs CANOTILHO e VITAL MOREIRA, Op. Cit., II, pág. 561.

- desde que não ha, na Constituição de 1976, um princípio geral de referenda (art. 143.0) e desde que resulta dos arts. 284.o e segs. a acentuação da reserva de competência da Assembleia, não cabe a interferência do Governo no processo de revisão(');

z) A Constituição, no seu novo texto, é publicada conjuntamente com a lei de revisão (art. 287.0, n.o 2);

VI - aa) Não pode ser praticado nenhum acto de revisão na vigência do estado de sítio ou do estado de emergência (art. 289.0), o que acarreta a proibição de iniciar ou a suspensão automática do processo logo que declarado um desses estados; contudo, votada a revisão pela Assembleia, nada impede que o Presidente a promulgue, mesmo em estado de sítio ou em estado de emergência até para que, competindo ao Presidente declarar o estado de sítio ou o estado de emergência (arts. 137.0, alínea d), e 141.0), ele não o aproveite para, afinal, exercer uma espécie de veto de bolso sobre a lei de revisão;

bb) Afigura-se dificilmente extensivo ao processo de revisão constitucional o regime de processamento de urgência previsto para as leis ordinárias (art. 173.0);

cc) Nada proíbe a dissolução da Assembleia estando em marcha um processo de revisão, observadas as regras gerais sobre dissolução (arts. 116.0, n.o 6, 136.0, alínea e), e 175.0); mas, se se verificar -tal como no caso de termo de legislatura -só havera caducidade dos projectos de revisão quando nenhuma das alterações propostas tiver sido aprovada; pelo contrário, se alguma alteração de qualquer projecto já tiver sido aprovada, não haverá caducidade, nem

necessidade (nem tão-pouco possibilidade) de renovação de iniciativa; a nova Assembleia é que livremente inserirá ou não essa alteração na lei de revisão, aprovará outras ainda não aprovadas ou, eventualmente, aprovará ainda outras não constantes dos projectos, embora reportando-se a preceitos constitucionais deles objecto; e só este entendimento salvaguarda, ao mesmo tempo, os princípios de economia processual, de aprovação na especialidade das alterações, de não

(1) A promulgação da Lei Constitucional n.o 1182 não foi referendada, mas foi-o a da Lei Constitucional n.O 1/89.

conformação do conteúdo da revisão pela dissolução e de prevalência da vontade popular actualizada por novas eleições.

43. Requisitos de qualificação da revisão constitucional

I - Para que um acto jurídico-público em concreto produza os efeitos inerentes ao nome ou à forma com que se apresenta, tem de preencher os requisitos definidores do tipo ou da categoria de actos em abstracto que a norma prevê; tem, por imperativo lógico, de se integrar em certo modelo normativo de acto.

Assim, um acto (ou complexo de actos) só pode ser considerado revisão constitucional, na medida em que contenha os elementos específicos da revisão que, como tais, a Constituição descreve de modo expresso. Esses elementos são verdadeiros requisitos de qualificação, sem os quais o acto será juridicamente inexistente como lei de revisão e apenas poderá subsistir como lei ordinária - a qual, sendo oposta à Constituição, se tornará materialmente inconstitucional e, portanto, inválida(').

II - 0 primeiro dos requisitos de qualificação da revisão constitucional - presente tanto em Constituições rígidas quanto em Constituições flexíveis - é a intenção ou causa de revisão. Mas há outros, que se reportam à competência e à forma, variaveis com os sistemas de revisão: o poder (constituído) de revisão exprime, em cada Lei Fundamental, o sistema de revisão aí consagrado e o sistema constitucional no seu conjunto.

A revisão constitucional é um acto intencional - ou seja, um acto cuja perfeição depende de que o agente tenha querido nao apenas a conduta mas também o resultado jurídico dela consequente (2). Para que haja revisão tem de se manifestar intenção

(1) Cfr. infra e Funções, õrgdos e Actos..., cit., págs. 139 e segs. Cfr. GOMES CANOTILHO e VITAL MOREIRA, Op. cit., ri, págs. 503-504; GOMES

CANOTILHO, OP. cit., págs. 756-757; MARCELO REBELO DE SOUSA, 0 valor jurídico .... cit., págs. 286 e segs., maxime 296.
1
, n~ (2) MARCELLO CAETANO, Manual de Direito Administrativo, 10.% ed., ri,
Lisboa, 1973, pág. 423.

ou finalidade de substituir, suprimir ou aditar normas formalmente constitucionais (cfr., de novo, o art. 287.0, n.o 1, da Constituição).

Não basta, em Constituição rígida, essa intenção. Postula-se ainda a observância dos termos constitucionais de exercício do poder de revisão como poder distinto do poder legislativo ordinário; e é ela também que, ao cabo e ao resto, permite discernir a revisão da ruptura constitucional.

No actual Direito português deve entender-se, por conseguinte,

que, além da intenção de revisão, são requisitos de qualificação da lei de revisão os seguintes:

a) 0 órgão competente - só a Assembleia da República pode fazer leis de revisão, e não qualquer outro órgão (arts. 164.0, alínea a), e 284.0);

b) 0 tempo de revisão ou a competência em razão do tempo - a Assembleia só pode fazer revisão decorrido o prazo de cinco anos sobre a publicação da anterior lei de revisão (art. 284.0, n.o 1) ou, antes de decorrido, quando tenha assumido poderes de revisão por maioria de quatro quintos dos Deputados em efectividade de funções (art. 286.0, n.o 2);

c) A normalidade constitucional -não pode ser praticado nenhum acto de revisão constitucional na vigência de estado de sítio ou de estado de emergência, ou seja, com desrespeito de limites circunstanciais de revisão (art. 289.0), isto é, fora da normalidade constitucional (art. 19.0, n.o 8) (1) (2) ;

d) A maioria de revisão - as alterações da Constituição têm de ser aprovadas por maioria de dois terços dos Deputados em efectividade de funções (art. 286.0, n.O 1) (3).

(1) Cfr. a cominação de inexistência jurídica da dissolução da Assembleia da República, quando decretada na vigência de estado de sítio ou de estado de emergência (art. 175.0, n.o 2).

(2) Cfr. JORGF- BACELAR GouvF-IA, Os limites circunstanciais da revisio constitucional, in Revista jurídica, n.- 11-12, janeiro-julho de 1989, págs. 103 e segs.

(3) Algo diferentemente, MARCELO L~-EBELO DE SOUSA, 0 valor jurídico, cit., pág. 293, nota, que reconduz a falta de maioria qualificada a nulidade (atípica), e não a inexistência.

III - A verificação dos requisitos de qualificação compete ao Presidente da República através da promulgação - que, sendo o conhecimento qualificado que o Presidente da República tem e declara ter, em forma solene, de certos actos jurídico-públicos, vem a funcionar então como uma qualificação, como a subsunção de cada acto em concreto no tipo constitucional respectivo (1) (2) (3).

Se o Presidente da República considerar que falta qualquer dos requisitos, deverá não promulgar, quando o acto provier de outro órgão que não do Parlamento; não promulgar e devolver o decreto à Assembleia, nas demais hipóteses (nem se tratará aqui, afinal, de conceder um verdadeiro poder de veto ao Presidente, mas tão-somente de lhe atribuir a responsabilidade de solicitar uma nova deliberação nos termos constitucionais).

Uma vez que as alterações à Constituição valem uma a uma, também os efeitos da qualificação se lhes hão-de referir especificamente. E, assim, se de um decreto de revisão constarem disposições devidamente aprovadas como alterações e outras não (por exemplo, em estado de sítio ou por maioria inferior à exigida no art. 286.0), terão elas de ser expurgadas ou de ser submetidas a nova deliberação para suprimento das suas deficiências,

Mas esta tarefa de integração do tipo constitucional do acto só pode caber ao órgão competente de revisão, à Assembleia, não ao Presidente da República: o regime tem de ser análogo ao que o

(1) Nosso Contributo, cit., pág. 139; Promulgaçdo, in Verbo, xx, págs. 926-927; Funçjes, órgãos e Actos .... cit., pág. 428.

Cfr., quanto à Itália, STEFANO BURIA CICCONETTI, Revisione Costituzionale, in Enciclopedia del Diritto, XL, 1989, págs. 134 e segs., maxime 139 e 140.

(2) A falta de promulgação implica inexistência jurídica do acto (art. 140.0) não apenas enquanto acto de revisão como ainda, mais radicalmente, enquanto acto jurídico-público.

(3) Uma solução de jure condendo poderia ser a verificação dos

requisitos obrigatoriamente pelo Tribunal Constitucional: foi a que preconizámos em Um projecto de revisdo constitucional, Coimbra, 1980, págs. 196-197.

Cfr. o que prevê a Constituição turca de 1982: as alterações à Constituição são susceptíveis de fiscalização da constitucionalidade pelo Tribunal Constitucional, a instâncias do Presidente da República ou de um quinto dos membros da Assembleia Nacional, quanto ao respeito da maioria necessária e à sua não sujeição a processo de urgência (art. 148.0).

art. 279.o estabelece para a fiscalização preventiva da constitucionalidade (e que, adiante, será descrito) Naturalmente, depois (por analogia com o que contempla o art. 279.0, n.o 3), nada impede o Presidente da República de exercer ainda o seu poder de verificação (reagindo, por exemplo, a nova aprovação de alterações à margem de requisitos constitucionais).

IV - Uma orientação alternativa à que acabámos de sugerir poderia consistir em o Presidente da República, desde logo, quando entendesse não estarem preenchidos os requisitos de qualificação do decreto como lei de revisão, qualificá-lo como lei ordinária; e daí retiraxem-se todos os corolários (mormente quanto a fiscalilização preventiva e a veto político).

Mas assim ir-se-ia longe de mais. 0 poder de qualificação inerente à promulgação envolve a recusa da qualificação pretendida pela Assembleia da República (ou pelo Governo, se fosse caso disso); não a de, positivamente, atribuir uma qualificação não querida pela Assembleia.

De igual sorte, evidentemente, deverá ter-se por juridicamente inexistente uma lei promulgada como lei constitucional sem corresponder a um decreto de revisão como tal aprovado pela Assembleia da República(). Será tão juridicamente inexistente quanto uma lei promulgada como lei (ordinária) sem ter sido sequer aprovada (art. 119.0) ou como uma lei (de revisão ou ordinária) não promulgada (art. 140.0).

(1) Visão diferente tem MIGUEL GALvÃo TELES, Liberdade de iniciativa do Presidente da República quanto ao processo de fiscalização preventiva da constitucionalidade, in 0 Direito, 1988, pág. 41, nota: é a promulgação que qualifica autenticamente um acto como lei constitucional ou lei ordinária, embora haja de fazê-lo segundo as indicações constitucionais; o que significa que hoje o único requisito de qualificação de uma lei constitucional é a promulgação e que uma lei como tal qualificada emitida fora do período constitucional ou sem que hajam sido respeitados os requisitos de assunção de poderes constituintes não é uma lei ordinária porventura materialmente inconstitucional, mas uma lei de revisão inconstitucional.

§ 3.o
Os limites materiais da revisão constitucional

44. A formulação de limites materiais da revisão

1 - Para além da regulamentação das formas, não raras Constituições ocupam-se expressamente do conteúdo que a revisão pode vir a adquirir, circunscrevendo a liberdade dos órgãos cuja competência instituem. Quer dizer: Constituições há que prescrevem limites materiais da revisão constitucional.

A primeira Constituição em que isso se verifica é, por sinal, a norte-americana, a primeira Constituição em sentido moderno. Nela se

dispõe que nenhum Estado poderá ser privado, sem o seu consentimento, do direito de voto no Senado em igualdade com os outros Estados (art. v) e que os Estados Unidos garantem a todos os Estados da União a forma republicana de governo (art. iv, n.o 3).

A segunda, e com alcance maàs vasto, é a norueguesa (de 1814), a qual declara que as modificações constitucionais a fazer não deverão ser contrárias aos princípios da Constituição, nem poderão senão modificar disposições particulares que não alterem o espírito da Constituição (art. 21.o do título v).

Também, curiosamente, em Portugal, em 1821, aquando da feitura da Constituição, houve quem falasse em (xprimeiros princípios constitucionais e universais)) que nunca deveriam ser alterados ou modificados(').

Quase no fim do século xix, em 1884, em França, ao consoEdar-se a república, estabelece-se a proibição de alterar a forma republicana de governo (2) . Limite idêntico irá encontrar-se depois

(1) V. a intervenção do Deputado Bacta nas Cortes, in Didrio das Cortes Gerais, Extraordindrias e Constituintes, 1821, 1.o vol., sessão n.o 19,
de 21 de Fevereiro de 1821, pág. 126. Seriam tais principios a inviolabilidade do Rei, a separação dos poderes, a soberania da Nação, a responsa-

bilidade dos Mnistros, a organização de poderes intermediários, o método da eleição.

(2) já na Constituição de 1848 o preâmbulo qualificava a república de oforma definitiva de governo#.

no Brasil (art. 90.0, § 4.0, da Constituição de 1891) e em Portugal (art. 82.0, § 2.0, da Constituição de 1891) (1).

A federação fica também consagrada no Brasil (mesmo art. 90.0, § 4.0, da Constituição de 1891).

No século xx, multiplicam-se as referências (2) a princípios ou limites que, em revisão constitucional, devem ser observados.

Aparecem não somente referências à forma republicana - como em França (art. 95.0 da Constituição de 1946 e art. 89.o da Constituição de 1958), na Itália (art. 139.0 da Constituição de 1947), na Tunisia (art. 60.o da Constituição de 1959), na Turquia (art. 9.o da Constituição de 1961), no Gabão (art. 70.o da Constituição de 1961) ou no Burundi (art. 63.o da Constituição de 1974) - mas também à forma monárquica - como na Grécia (art. 108.o da Constituição de 1951), em Marrocos (art. 108.0 da Constituição de 1962) ou no Afeganistão (art. 120.o da Constituição de 1964) - à religião islâmica - nestes dois últimos países - à federação e à república - como no Brasil (art. 178.0, § 5.0, da Constituição de 1934, art. 217.0, § 6.0, da Constituição de 1946, art. 50.0, § 1.0, da Constituição de 1967), ou aos direitos fundamentais (art. 131.o da Constituição namibiana de 1990).

Encontram-se, entretanto, elencos mais ou menos longos: a organização da República em Estados federados, o princípio da interferência dos Estados na feitura das leis federais, o reconhecimento da dignidade da pessoa humana, a inviolabilidade e a aplicação imediata dos direitos fundamentais, o Estado federal, democrático e social, a separação dos poderes, os princípios da constitucionalidade e da legalidade e o direito de resistência, na República Federal da Alemanha (art. 79.o da Constituição de 1949); a forma monárquica, o carácter representativo do regime e os princípios da liberdade e da igualdade, em Camboja (art. 115.o da Constituição de 1956); a forma republicana, a unidade e a integridade territorial do Estado e os princípios democráticos, nos Camarões (art. 37. c> da Constituição de 1972) ; o princípio do poder hereditário, a liberdade

e a igualdade e a religião islâmica, em Barém (art. 104.o da Constituição de 1973); a república parlamentar, o respeito e a protecção da pessoa humana, a igualdade dos cidadãos, a garantia da liberdade pessoal, a liberdade religiosa e a separação dos poderes, na Grécia (art. 110.o da Constituição de 1975); a forma republicana de governo, a religião do Estado, a opção socialista, as liberdades fundamentais, o princípio do sufrágio universal, directo e secreto e a integridade do terri-

(1) 0 projecto de Constituição (vindo da Comissão de Constituição) incluia, igualmente, o princípio da representação das províncias no Conselho dos Municípios (art. 56.0, § 2.0).
(2) Também chamadas cldusulas pétreas.

tório, na Argélia (arts. 193.o e 195.o da Constituição de 1976); a república, o Estado de Direito laico e social, os direitos do homem e a integridade do território na Turquia (art. 4.o da Constituição de 1882); a estrutura unitána, a forma republicana e o estatuto laico do Estado e a integridade do território na Guiné-Bissau (art. 102.o da Constituição de 1984); a forma federativa, o voto directo, secreto, universal e periódico, a separação dos poderes e os direitos e garantias individuais no Brasil (art. 60.0. § 4.0) (1).

Mas a Constituição que parece ir mais longe na enumeração de limites é a nossa Constituição de 1976, ao contemplar no art. 290.o a independência nacional e a unidade do Estado; a forma republicana de governo; a separação das Igrejas do Estado; os direitos, liberdades e garantias dos cidadãos; os direitos dos trabalhadores, das comissões de trabalhadores e das associações sindicais; o princípio da apropriação colectiva dos principais meios de produção e solos, bem como dos recursos naturais, e a eliminação dos monopólios e dos latifúndios; a planificação democrática da economia; o sufrágio universal, directo, secreto e peri6dico na designação dos titulares electivos dos órgãos de soberania, das regiões autónomas e do poder local, bem como o sistema de representação proporcional; o pluralismo de expressão e organização política, incluindo partidos políticos, e o direito de oposição democrática; a participação das organizações populares de base no exercício do poder local; a separação e a interdependência dos órgãos de soberania; a fiscalização da constitucionalidade por acção ou por omissão de normas jurídicas; a independência dos tribunais; a autonomia das autarquias locais; a autonomia político-administrativa dos arquipélagos dos Açores e da Madeira. Em 1989 fizeram-se algumas alterações e o artigo passou a ser o 288.o
De observar que nas Constituições dos países com sistemas marxistas-leninistas não se topam normas sobre limites materiais

(1) A forma republicana já não consta do elenco de limites materiais por causa do referendo marcado para 1993, mas indirectamente - e contraditoriamente - surge ainda a propósito dos Estados federados (no art. 34.0, vii), bem como a autonomia municipal e a prestação de contas da administração pública.

de revisão constitucional, o que está ligado à concepção de Constituíção-balanço e Constituição-programa que lhes subjaz.

II - A formulação apresenta variações de Constituição para Constituição.
Umas vezes surge em termos prescritivos (como no art. 288.0: «As leis de rOVisdo teirdo- de respeitar ... »), outras vezes sob forma proibitiva (como no art. 82.0, § 2.0, da Constituição de 1911:

4uvdo poderão ser admitidas... propostas de alteraç<Zo ... »).

Umas vezes, parece reportax-se imediatamente a certos preceitos (como, em parte, no art. 79.o da Constituição de Bona ou no axt. 110.(> da Constituição grega), outras vezes - com mais frequência - directamente a institutos ou a princípios.

Algumas vezes, a norma de limites consiste na proibição de revisão de certas disposições. E aqui há ainda que distinguir aqueles casos em que os preceitos que não podem ser modificados são preceitos materiais ou s ubstantivos, reguladores de certas matérias (como no art. 115.o da Constituição grega) e aqueloutros em que são preceitos adjectivos, preceitos de revisão (como no art. 193.0 da Constituição argelina de 1976, vedando a modificação do preceito enunciador de limites materiais, ou no art. 132.0, § 4.0,, da Constituição namibiana, o qual proíbe a diminuição das maiorias de revisão)('). ~

Por detrás destas divergências, o sentido fundamental revela-se, contudo, o mesmo: garantir, em revisão, a intangibilidade de certos princípios - porque é de princípios que se trata, não de preceitos avulsos (os preceitos poderão ser eventualmente modificados, até para clarificação ou reforço de princípios, o contrário seria absurdo) (2). Mesmo quando a Constituição proíbe a revisão

(1) A Constituição que vai mais longe talvez seja a turca, cujo art. 4.o veda a modificação dos limites materiais e até a sua própria modificação.

Em contrapartida, pode haver Constituições que expressamente declaram não existir qualquer limite ao poder de revisão constitucional (assim, pL Constituição indiana, no seu art. 368.0, n.o 5). -

(2) Neste sentido, A Comstituição de 1976, cit., págs. 253-254; M. REi3ELO DE SOUSA, Direito Constitucional, cit., pág. 108; VIEIRA DE ANDRADE, Os direitos fundamentais..., cit., págs. 316-137; GomEs CANOTILHO e VITAL MOREIRA, Op. cit., ri, págs. 565-566 (distinguindo entre a garantia dos princípios independentemente ou não da sua expressão concreta na Constituição); e no estrangeiro, por todos, PIERFRANCESCO ROSSI, Introduzions ad uno st-udio sui diritti inviolabili mella Costituzio-no italiana, Pádua, 1972, págs. 137 e segs., ou KLAUS STERN, op. cit., pág. 353. Cfr. a

de artigos sobre revisão, são os princípios que visa defender, porventura aparelhando um mecanismo mais complexo para o efeito.

III - Classificações mais significativas de disposições sobre limites materiais podem sugerir-se três: classificações quanto, ao alcance das normas donde constam os limites, quanto ao objecto e quanto à natureza.

Quanto ao alcance das eldusulas de limites, encontram-se cláusulas gerais - sejam cláusulas meramente gerais, sejam cláusulas enunciativas - e cláusulas individualizadoras de certos e determinados princípios. Quanto ao objecto, os limites podem abranger, princípios atinentes a todas e quaisquer matérias constitucionais. Quanto à natureza, os limites são, uns, específicos da revisão constitucional e, outros, antes de mais, limites do poder constituinte (originário).

Cláusulas meramente genéricas vêm a ser a da Constituição norueguesa ou a do art. 127.c> da Constituição grega de 1927 (que s6 permitia modificações de preceitos não fundamentais da Constituição). . . Cláusulas gerais enunciativas são, como acaba de se ver, as da Constituição de Bona, da Constituição cambojana de 1956, da Constituição cama~ ronesa de 1972, da Constituição de Barém de 1973, da grega de 1975, da portuguesa e da argelina de 1976.

Ao passo que estas cláusulas respeitam a toda a estrutura da

Cons~ tituição, fazendo como que uma síntese daquilo que nela existe de essencial, as cláusulas individualizadoras têm por alvo algum ou alguns princípios tidos por mais importantes na perspectiva sistemática ou, sobretudo, no contexto histórico da Constituição (como o princípio republicano em jovens repúblicas ou o princípio monárquico em velhas monarquias).

Se são os limites sobre a forma institucional ou a de govemo os mais correntes, encontram-se, com alguma frequência, também limites sobre quaisquer outras matérias:

- Limites sobre a soberania do Estado (na Constituição portuguesai na alínea a) do art. 288.0);
- Limites sobre o território do Estado (nas citadas Constituições camaronesa e argelina);

intervenção do Deputado Vital Moreira na Assembleia Constituinte, in Didrio, n.o 121, pág. 4020,

- Limites sobre a forma de Estado - a federal (nas Constituições americana, brasileira e alemã) ou a unitáxia, ou a unitáxia regional (na Constituição portuguesa, nas alíneas a) e o), conjugadas, do art. 288.0);
-Limites sobre a religião, quer no sentido da consagração de uma religião de Estado (caso de alguns Estados islâmicos), quer no sentido da separação das Igrejas do Estado (na alínea c) do art. 288.0);
. -Limites sobre direitos fundamentais (nas Constituições alemã federal, cambojana de 1956, de Barém, grega, argelina de 1976, brasileira e namibiana e nas alíneas d), e), h) e i) do art. 288.0);
- Limites sobre a organização económica (na Constituição alemã f ederal - na medida em que fala em isestado social» - ou nas alíneas f) g) do art. 288.0);
-Limites sobre o sufrágio e o sistema eleitoral (na Constituição argelina e na alínea h) do art. 288.0);
- Limites sobre a separação dos poderes (na Constituição alemã federal e na alínea j) do art. 288.0);
- Limites sobre os tribunais (na alínea m) do art. 288.0);
- Limites sobre as autarquias locais (na alínea n) do art. 288.0);
- Limites sobre a garantia da Constituição (na Constituição alemã federal e na alínea 1) do art. 288.0) (1).

Alguns dos limites prescritos à revisão devem reputar-se, à luz da cow cepção exposta no capítulo anterior, limites do poder constituinte (originário) e, apenas por essa via, limites de revisão: assim, os limites concernentes à soberania, ao território e, quase sempre, à forma do Estado, os concementes à religião em Estados muçulmanos, os atinentes a alguns dos direitos fundamentais e os respeitantes a certos aspectos da organização do poder político. Restam, porém, vários outros como limites específicos do poder de re~o.

IV -Independentemente ou para lá destes limites, a jurisprudência e a doutrina têm sustentado a existência de limites contidos em preceitos diversos dos que tratam da revisão e a existência de limites decorrentes de princípios constitucionais e do regime e da forma de governo consagrados na Constituição.
Ao lado de limites materiais expressos e directos, haverá, pois, a seguir-se esse entendimento, limites materiais expressos

(1) Cfr. a tipologia das *disposições articuladas de intangibilidades, de K. LOEWENSTEIN, Op. Cit., PágS. 189-190.

e indirectos e limites materiais implícitos ou (para alguns autores) tdcitos.

Na Suíça, apontam-se a existência nacional, o Estado de Direito, a ordem democrática, os direitos fundamentais e o princípio da igualdade, em especial, das línguas o das confissões religiosas().

No Japão, fala-se nos direitos fundamentais «concedidos ao povo de hoje e às futuras gerações como direitos eternos e invioláveiss (art. 11.o da Constituição de 1946) (2).

Na Itália e na Espanha, apontam-se os direitos invioláveis da pessoa (com base nos arts. 2.(> e 10.o das respectivas Constituições vigentes) (3).

Ainda na Itália, há quem acrescente a fiscalização da constitucionalidade ~) ou, mais ambiciosamente, os princípios da democraticidade do Estado (com incidência particular na liberdade de imprensa, na liberdade de associação e no pluralismo partidário), do sistema parlamentar, da autonomia local, do sufrágio universal, igual, livre e secreto, da legislação directa popular, da independência da magistratura, da rigidez e da garantia da Constituição (5).

Em Portugal, na vigência da Constituição de 1933, também se invocaram «Umites substanciais ao poder de revisão», pelo menos em 1971. iiesses limites são vários e dizem respeito à chamada <tconstituição material», tregime» ou «forma de Estado - expressões que aludem a uma espécie de ordenação inicial, definida por elementos materiais e morais, que é, tão-só, susceptível de adaptações ou adequações às ulteriores circunstâncias cambiantes, a isso se devendo, confinar, o poder «constituído» de revisão* ~).

(1) Cfr. FRITZ FLEINER, Lo droit dos minorités em Suisse, in Mélanges Maurice Hauriou, obra colectiva, Paris, 1929, págs. 291 e segs.; JEAN DARBF-LLAY, L'initiative populairo et les limites de Ia révision constitutionnelle, in Revuo du droit public, 1963, págs. 633 e segs.; ANTOINE FAVRE, Droit Constitutionnel Suisse, 2.a ed., Friburgo, 1970, págs. 445 e segs.

(2) Cfr. TADAKAzu FuKAsF, e YoicHi HIGUCHI, Lo constitutionnalisme et sos prob~s au japon -Une approche comparativo, Paris, 1984, págs. 134 e segs.

(3) Cfr., para a Itália, PIERFRANcEsco Gnossi, op. cit., págs. 101 e segs., e, para a Espanha, ~~'~TUEL CONTRERAS, Le Reforma de Ia Constitucidn, in Estudios sobro Ia Constitución Espafíola de 1978, obra colectiva, Saragoça, 1979, pág. 419.

(4) COSTANTINO MORATI, Appunti por uno studio sui rimedi giurisdizionali contro comportamenti ommissivi del legislatore, in Scritti, III, pág. 934, nota.

~) PAOLO BARiLn, Scritti di Diritto Costituzionale, Pádua, 1967, págs. 76-77.

(8) Parecer da Câmara Corporativa sobre o projecto n.o 6/x, in Actas, 1971, pág. 683. Cfr. vol. i deste Manual.

Um desses limites seria a forma republicana, o que não precisaria sequer de, no texto, estar escrito (1). E também nós considerávamos limites materiais da revisão a moral e o direito (art, 4.0) (2), a proibição de alienação de partes do território nacional (art. 2.0) (3) e a proibição do arbítrio na privaçao e na atribuição da cidadania (4).

. . Finalmente, apesar da extensão do art. 290.o (hoje 288.0), têm sido afirmados outros limites à face da actual Constituição. Seria, na sua lógica, a transição para o socialismo (5) ;seriam a integridade do território e o próprio art. 290.o (6); ou o princípio da votação anual prévia dos impostos (7); ou os limites circunstanciais da revisão (8).

45. Os limites materiais na actual Constituição portuguesa

1 -0 art. 290.o foi de iniciativa da 5.a Comissão da Assembleia Constituinte - após a 2.a Plataforma de Acordo Constitucional, não aquando da 1.a Plataforma - e a Comissão baseou-se principalmente no art. 308.o do projecto de Constituição que tínhamos publicado em Abril de 1975 (9). 0 único projecto de Constituição apresentado que encerrava

(1) ADRIANO MOREIRA, Ideologias Políticas, Lisboa, 1. S. C. S. P. U., 1963-1 964, pág. 75.

(2) Aspectos de uma teoria da inconstitucionalidade, dissertação policopiada, Lisboa, 1964, pág. 191, nota (embora acrescentássemos que, verdadeiramenté, aí o problema era de validade da própria Constituição).

(3) Ciéfzcia Política..., i, pág. 251.

(4) Ibidem, ri, pág. 93.

(5) JOSÉ MIGUEL JÚDICE, 0 artigo 273.c>, n.(> 4.... cit., loc. cit., pág. 25.

(6) GomF-s CANOTILHO, op. cit., pág. 751.

(7) NUNO SÁ GomEs, Lições de Direito Fiscal, ii, Lisboa, 1985, págs. 171 e segs.

(8) MARCELO REBELO DE SOUSA, Direito Constitucional-I - Relatório, cit., pág. 35.

(9) Dizia este art. 308.0: «Nenhuma lei de revisão constitucional poderá afectar: - 1.o A forma republicana de governo; - 2.o A garantia das liberdades cívicas; - 3.o Os direitos fundamentais dos trabalhadores; - 4.1> A subordinação do poder económico ao poder político e a eliminação dos monopólios; - 5.(> 0 sufrágio universal e o principio da representação política; - 6.o 0 pluralismo partidário com reconhecimento da presença da oposição nos órgãos do Estado; - 7.o A reserva aos tribunais das funções jurisdicionais e a sua independência; - 8.o 0 princípio da fiscalização jurisdicional da constitucionalidade das leis».

cláusula afim tinha sido o dos Deputados do Centro Democrático Social (art. 143.0) (1) (2).

Logo, na Assembleia Constituinte, a despeito de o problema não ter sido, de modo algum, discutido exaustivamente (3) e a despeito de a aprovação do preceito ter sido obtida, na sua maior parte, por unanimidade - só o CDS se absteve quanto à alínea e) e votou contra a alínea f) (4) se manifestaram diferenças de entendimento e uma posição crítica. E bem transparece como essas atitudes diversas já exibiam contrastantes atitudes globais sobre o conteúdo final da Constituição e sobre o circunstanciahsmo em que se moveu a Assembleia (5).

(1) Preceituava assim: «Nenhuma revisão constitucional poderá afectar: - a) A forma republicana do governo; - b) Os direitos, liberdades e garantias individuais; -c) A soberania popular expressa através do voto e o carácter universal e secreto do sufrágio; - d) 0 pluralismo partidário; -e) 0 reconhecimento da Oposição; -f) A responsabilidade do Governo perante a Assembleia Legislativa;-g) A independência e a unidade do Poder judicial; -h) As garantias da magistratura».

(2) Talvez inspirado no nosso projecto de Constituição ou,. mais provavelmente, no livro de FRANcisco LUCAS PIRES, Uma COnStituiçdo para Portugal, Coimbra, 1975, onde se escrevia que, para, «pre~servação do espírito e do corpo da identidade constitucional», devia a mesma «plasmar-se num conjunto de cldusulas de perpetuidade ou de imodificabilidade», as quais tinham de se reportar aos seguintes valores essenciais da Constituição: 1) a dignidade do Homem e a protecção dos direitos fundamentais da pessoa;

2) o princípio do Estado democrático e da Democracia social; 3) os princípios republicanos e do pluralismo social e político; 4) o princípio da separação dos poderes; 5) o princípio da vinculação e subordinação de todos os poderes à Const~tuição; 6) o princípio da legalidade da Administração e da justiça (pág. 161).

(3) Tirando o debate sobre o conteúdo das alíneas, a única discussão, de alcance.mais formal do que substancial, incidiu sobre o corpo do artigo. No texto inicial da 5.a Comissão dizia-se: «As leis de revisão constitucional não Poderão afectar (...)». E no Plenário chegaram a propor-se diferentes fórmulas: «As leis de revisão constitucional ndo Poderdo afectar os seguintes princípios (...)» (Deputado Antônio Esteves); ou «não pod~dó á&anger normas relacionadas com (...)» (Deputado Coelho dos Santos); ou «ndo poderdo afectar os seguintes Princípios e matéyias» (Deputado José Luís Nunes). V. Didrio, n.o 121, págs. 4018 e segs. 0 texto definitivo viria a resultar de novo parecer da 5.a Comissão (Didrio, n.o 128, pág. 4252).

(4) V. Didrio, n.o 128, págs. 4252 e segs.

(11) Assim como em junho de 1975 era o CDS a preconizar, . no seu
projecto de Constituição, limites materiais da revisão (para garantia da
democracia pluralista) e o Partido Comunista Português e a União Demo
crática Popular a salientar o carácter transitório da Constituição (em face

Partindo do pressuposto da inalterabilidade do artigo, foi dito que ocom isto não são apenas estas conquistas revolucionárias do povo trabalhador que ficam consagradas na Constituição. Ficam também consagradas como princípios fundamentais e essência da própria Constituição, na medida em que são insusceptíveis de revisão constitucional
e que sse (...) todos os Srs. Deputados votaram de coração puro e sem qualquer espécie de pensamento reservado esse artigo sobre os limites materiais da revisão,, em Portugal terminou qualquer possibilidade de se dar um golpe de Estado constitucional* (2).

Mais mitigadamente disse-se também que aquelas sucessivas alíneas #definem aquilo que é para nós o conteúdo essencial da Constituição, aquilo que marca a sua estrutura fundamental, aquilo que não pode ser alterado sob pena de esta Constituição deixar de ser a mesma Constituição. Eventualmente, poderia haver uma modificação formal deste preceito, mas nesse caso deixaria de ser a mesma Constituição em sentido material* (3).

Em contrário, houve quem afirmasse que 4a nossa Constituição é paternalista. Será o paternalismo de uma geração conjuntura], aquela que, justamente em Abiíl de 1975, elegeu a Assembleia Constituinte. Por isso mesmo, será o paternalismo não genuinamente revulocionário de uma geração conjuntural sobre outras gerações conjunturais, de um eleitolado temporalmente marcado sobre outros eleitorados historicamente definidos. E a verdade é que o povo, ao ficar juridicamente prisioneiro de um dado momento da sua história, corre o risco de se ver parcialmente alienado da sua própria soberania sobre o futuro e sobre o futuro da sua própria histórias C).

II - Na vigência da Constituição, nenhuma outra disposição foi inicialmente tão contestada como o art. 290.o

Ã luz da situação e das condições em que a Constituição foi elaborada, ele seria ilegítimo; seria antidernoerático, por violar o princípio de que 4a soberania, una e indivisível, reside no povo»; seria antijurídico, por corresponder a uma tentativa de alienação das decisões das gerações futuras (5). Daria a ideia de que a Constituição teve tciúmes de que o poder de revisão futura tivesse mais força conformadora do futuro do que a força conforma-

do processo revolucionário em curso), em Março de 1976 o CDS era contra uma cláusula como a do art. 290.o e o PCP a favor (porque esses limites materiais incluíam pricípios de sentido socialista).
(1) Deputado Vital Moreira, ibidem, págs. 4257-4258.
(2) Deputado José Luís Nunes, ibidem, n.o 128, pág. 4258.
(a) Deputado Jorge Miranda, ibidem, pág. 4253.
(4) Deputado Sã Machado, ibidem, n.o 132, pág. 4438. Cfr. também Deputado Amaro da Costa, ibidem, n.o 128, pág. 4260.
C)H. E. HÕRsTER, op. cit., loc. cit., págs. 131 e 131-132, nota.

dora que ela própria teve perante a Revolução> (1). Haveria nele uma intencionalidade política sem obrigatoriedade jurídica (2).

A Constituição reflectiria «a crença ingénua (quase se diria núlenarista), mas profundamente natural em épocas como essa, de definir o futuro, nada de essencial sendo deixado à futura espontaneidade das relações soci&is» (3). 0 art. 290.o seria expressão de profetismo constitucional, mas nada consente a conclusão de que seria tão eterno como erradamente os racionalistas imaginaxam ser as Constituições liberais, porque não está dito em parte alguma que o poder constituinte não recobrirá a plenitude que o M.F.A. lhe cerceou. 0 problema é de dimensão do poder, que se decide antes das normas; não é um problema de normas que condicionem a dimensão do poder (4).

0 expediente de organizar na lei constitucional positiva um elenco de limites absolutos ao poder de revisão é de admitir, quando o legislador constituinte o utiliza para assegurar a estabilidade e a identidade de uma Constituição feita de harmonia com os princíp4os do Estado de Direito social e da Democracia pluralista. Não, quando há desmandos do poder constituinte, que levem à consagração de normas e princípios unidimensionais, designadamente no domínio da «organização económica», próprios de programas partidários, mas não da Constituição (r». Alguns dos limites expressos no art. 290.o colidiriam com os limites implícitos de uma elementar ordem democrática (6).

A isso se atalharia, notando que, não podendo o poder constituinte pôr em causa o direito de revisão, seria também vájida a limitação do poder disciplinador da revisão por normas fundamentais e categóricas que são necessárias para a realização material da soberania popular; e que no art. 290.o não se encontrariam expressões ideológicas significantes para além dos elementos de socialismo enquadrados num sistema de democracia pluralista e representantiva (7). Ou que a Constituição teria condições para sobreviver, se se mantivessem determinados pressupostos; e que,

(1) Deputado Francisco Lucas Pires, discurso no 1.0 aniversário da Constituição, in Didrío da Assembleia da República, i legislatura, 1.a sessão legislativa, n.o 95, pág. 3212. Cfr., mais tarde, Teoria da Constituição de 1976, cit., págs. 157 e segs. (com uma visão evolutiva do art. 290.0).
(1) CAVALEIRO DE FERREIRA, Direito Penal Português, i, Lisboa, 1981, págs. 88 e 89.
(3) JOSÉ MIGUEL JÚDICE, Op. Cit., IOC. Cit., pág. 23.
~) ADRIANO MOREIRA, Poder militar-po4r civil, in Nação o Defesa, n.O 16, Outubro-Dezembro de 1980, págs. 135 e segs.
(5) AFONSO QUEIR6, Uma Constituição .... cit., págs. 20 e segs.
(6) 3URIo RAPOSO, discurso, in Boletim do Ministério da justiça, n.o 299, Outubro de 1980, pág. 19.
(7) ANDRÉ THOMASHAUSEN, Constituição o realidade constitucional, in Revista da Ordem dos Advogados, 1977, págs. 479 e segs.

s.e esses pressupostos Se alterassem, não sobreviveria com certeza - mas sem que houvesse então também revisões constitucionais que lhe

valessem (1). 0 art. 290.o constituiria um epítome das três revoluções portuguesas historicamente mais significativas -a liberal, a republicana e a de 25 de Abril (2).

Responder-se-ia também interpretando o art. 290.o como cláusula de supra-rigidez, não como cláusula em si inalterável (3) ou que, por exemplo, declarasse o socialismo irreversível (ao contrário da 1.a Plataforma de Acordo Constitucional ou do art. 10.o da Constituição argelina) (4). Ele teria de ser respeitado na primeira revisão constitucional, mas poderia ser revisto na medida em que, por excesso ou defeito, não traduzisse, com fidelidade, o «sistema vital de ideias» da Constituição (5); ele seria revisível pela simples razão de que apresentava as mesmas credenciais de todos os outros artigos - foi aprovado pela mesma Assembleia com os mesmos requisitos formais (6); ele poderia ser revisto e até totalmente eliminado, porque teria eficácia meramente declarativa ou então seria, na parte em que excedesse o núcleo da Constituição material, uma norma como as outras (7).

Finalmente, considerar-se-ia que o art. 290.o se autodestruiria, por incongruência interna. A anunciada transição para o socialismo, no sentido marxista-leninista, seria incompatível com algumas garantias, como a da propriedade privada, por inferência do axt. 290.0, alínea d), e as modalidades do sufrágio e do pluralismo (alíneas h) e i»; assim.como objectivo do exercício democrático do poder pelas classes trabalhadoras* (art. 2.0) seria incompatível com o sufrágio universal e a representação proporcional garantidos pela art. 290.0, alínea h) ~).

III - Na revisão constitucional de 1981-1982, a problemática à volta do art. 290.o não deixou de ser posta, se bem que (algo surpreendentemente talvez) sem grande empenhamento.

(1) MGUEL GALvÃo TF-LES, A Constituição de 1976: uma Constituição transitória, cit.

(2) GomEs CANOTILHO e VITAL MOREIRA, op. Cit., 1.a ed., pág. 515.

(3) JORGE MIRANDA, A Constituição de 1976, cit., págs. 249 e segs.

(4) Ibidem, pág. 542.

(r» JOSÉ Luís NuNEs, Princípios Fundamentais da Constituição, in Didrio de Notícias, de 16 de Março de 1979.

(0) FILIPE ViEiRA, Revisão Constitucional e Consenso Nacional, in ,Expresso, de 9 de Agosto de 1980.

(7) J. M. CARDOSO DA COSTA C J. C. VIF-IRA DE ANDRADE, Estudo e Projecto de Revisdo da Constituiçdo, Coimbra, 1981, pág. 302.

(8) ANDRÉ GONÇALVES PEREIRA, Uma Constituiçdo para os a-nos 80? (Comentdrio ao projecto Sd Carneiro), in Expresso, de 24 de Fevereiro de 1979, e Da revisjo constitucional ao «compromisso impossível», ibidem, de 19 de janeiro de 1980.

De dois dos projectos de revisão apresentados constavam modificações do preceito - de alcance menor num (que, entretanto, viria a ser retirado) e equivalente a uma quase completa remodelação noutro (1) (2).

Mais tarde, aquando do debate no plenário da Assembleia, viriam ainda a surgir três propostas - duas de emenda (retomando, parcialmente, aquele primeiro projecto) e uma terceira de supressão, pura e simplesl do artigo (3).

Na comissão eventual não chegou, porém, a haver discussão, por se ter entendido, em face das posições pressupostas das forças políticas, que não valia a pena ~). E no plenário da Assembleia da República apenas se reafirmaram argumentos já conhecidos.

(1) Foram os projectos de revisão n.- 1 e 2/11, subscritos respectivamente por Deputados da Acção Social-Democrata Independente e por Deputados dos partidos da Aliança Democrática (e publicados na separata n.o 6/11 da Assembleia da República, de 26 de julho de 1981).

No projecto da ASDI alterava-se a ordem de algumas das alíneas e substituía-se o teor das alíneas f), j) e m). Na alínea f) passava-se a consignar «a coexistência dos diversos sectores de propriedade, público, privado e cooperativo, e a subordinação do poder económico ao poder político democrático»; na alínea j) «o principio da democracia participativa»; e na alínea m) «a fiscalização jurisdicional da constitucionalidade e da legalidade dos actos do poder*.

No projecto da AD o art. 290.o dizia: «As leis de revisão constitucional não podem pôr em causa a independência nacional e a unidade do Estado, os direitos fundamentais da pessoa humana, os princípios essenciais do Estado de Direito social e democrático e, bem assim, a forma do regime, a separação das igrejas do Estado, a autonomia político-administrativa dos Açores e da Madeira e a autonomia das ãut;2irquias locais*.

(2) Também em três projectos doutrinais se preconizavam alterações (mas não a supressão) do axt. 290.o - convertido no art. 269.0 no projecto de FRANCISCO SÁ CARNEIRO (Uma Constituiçdo para os amos 80 - Contributo para um projecto de revisão, Lisboa, 1979), no art. 262.0 no projecto de JORGE MIRANDA (Um projecto de revisdo constitucional, Coimbra, 1980) e no art. 248.0 no projecto de BARBOSA DE MELO, CARDOSO DA COSTA e VIEIRA DF, AND"DE (Estudo e Projecto de Revisdo da Constituiçdo, cit.).

(3) Foram apresentadas duas propostas de emenda pelo Deputado Jorge Miranda e a proposta de supressão pelos Deputados Barrilaro Ruas e outros. V. os textos e as razões aduzidas de justificação, in Didrio da Assembleia da República, ii legislatura, 2.8 sessão legislativa, 1.a série, respectivamente n.o 128, pág. 5415, n.o 129, pág. 5427, e n.o 129, págs. 5423 e 5423-5424.

(4) V. Didrio, ii legislatura, 2.a sessão legislativa, 2.a série, 2.0 supl. ao n.o 77, pág. 1456(41). Sobre o fundo somente há a registar a declaração

Assim, de uma banda, disse-se que qualquer modificação do arL 290.o *traria como consequência a permissão, numa futura revisão constitucional, de não se respeitarem os limites materiais inicialmente estabelecidos*(); que seria #constitucionalmente ilegítimo e politicamente inadmissível mexer nas regras que regulam a revisão constitucional* e que o art. 290.o seria to ponto de referência* para aqueles que defendem a inalterabilidade dos princípios essenciais do texto constitucional* (2); que ele seria o #cartão de identidade do texto constitucional* (3).

Doutra banda, sustentou-se que a estabilidade de uma Constituição deveria ser reservada àqueles elementos, àqueles valores, àquelas normas que pudessem, com relativa segurança, considerar-se 4iverdadeiramente património cultural e político da nossa democracia* (4), deveria ser reservada aos #valores aceites pela comunidade política portuguesa* (5); e que não deveriam converter-se determinadas concepções ideológicas em #preceitos constitucionais para as gerações futuras* (6).

Finalmente, alegou-se que o art. 290.0 não seria uma norma substantiva, mas sim uma norma de garantia, e que a identidade e a continuidade da Constituição não estariam aí, mas no resto da Constituição C).

Nenhuma das propostas veio a ser aprovada.

IV - Na segunda revisão constitucional, pelo contrario, conseguir-se-ia, sem dificuldade, reconsiderar a questão e obter uma parcial, mas significativa, reformulação do art. 290.o (que passaria a 288.0).

Três dos projectos de revisão submetidos à Assembleia da República continham, desde logo, alterações ~). Na comissão eventual, fez-se consenso

do Deputado Almeida Santos, considerando não irem os actuais limites da revisão «àém do razoável», mas não ser o art 290.o <dmutável em termos eternos».

(1) Deputado Nunes de Almeida, in Didrio, 1.8 série, n.o 129, p4g. 5424.

(1) Deputado Vital Moreira, ibidem, pág. 5428. V. também Deputado Herbert Goulart, ibidem.
Deputado Antônio Vitorino, ibidem, pág. 5428. Deputado Costa Andrade, ibidem, pág. 5424.
(5) Deputado Luís Beiroco, ibidem, pág. 5427.
(6) Deputado Costa Andrade, ibidem, pág. 5426.
(7) Deputado Jorge l~Eranda, ibidem, pág. 5427.

(0) No projecto dos Deputados do Centro Democrático Social (projecto n.<> l /v) dizia-se: «As leis de revisão constitucional não poderão pôr em causa a independência e a unidade do Estado, os direitos fundamentais dos cidadãos e os princípios essenciais do Estado de Direito social e democrático e,

nesse sentido (1), sublinhando-se a aceitação da ideia de uma *dupla revisão

bem assim, o regime republicano de governo, o princípio da separação das igrejas do Estado, o princípio da autonomia político-administrativa dos Açores e da Madeira e o princípio da autonomia das autarquias locais*.

Quase idêntico, e também muito parecido com o projecto da A.D., de 1980, era aí o projecto dos Deputados do Partido Social-Democrata (projecto n.o 4/v): «As leis de revisão não poderão pôr em causa a independência e a unidade do Estado, os direitos fundamentais dos cidadãos e os princípios essenciais da democracia e do Estado de Direito democrático, a divisão e o equilíbrio de poderes e, bem assim, a forma republicana de governo, a separação das igrejas do Estado, a autonomia político-administrativa dos Açores e da Madeira e a autonomia das autarquias locais*,.

No projecto dos Deputados do Partido Socialista (projecto n.o 3/v), a alínea f), em vez de se referir ao princípio da apropriação colectiva dos principais meios de produção, passava a falax em *coexistência de sectores público, privado e social de propriedade dos meis de produção»; na alínea g), substituía-se ta planificação democrática da economia» pela oexistência de planos económicos no quadro de uma economia mista; e a alínea j), sobre participação das organizações populares de base no exercício do poder local, era suprimida. Na respectiva exposição de motivos, lia-se: «Sem complexos, respeitam-se... os limites materiais de revisão e, igualmente sem complexos, alteram-se com vista à próxima revisão, se for caso dela, os limites que a prática desvalorizou e desactuahzou».

Finalmente, no preâmbulo do projecto dos Deputados do Partido Renovador Democrático (projecto n.o glv), escrevia-se que a inalterabilidade do ax-t. 290.o poderia vir a «conduzir a um bloqueio e a um corte entre a Constituição e a realidade», mas que também não era possível 4[encolher simplesmente os ombros perante as questões de legalidade constitucionalj>. E, a entender-se que seria legítima a modificação, propor-se-iam alterações da alínea f) no sentido da

coexistência de sectores de propriedade e a eliminação das alíneas g) e j).

V. os projectos na separata n.O llv do Didrio da Assembicia da República, de 31 de Dezembro de 1987.

(1) V. Didrio da Assembleia da República, v legislatura, 1.a sessão legislativa, 2.a série, n.o 25-RC, acta n.o 23, reunião de 31 de Maio de 1988, pág. 718; n.o 30-RC, acta n.o 28, reunião de 16 de junho de 1988, págs. 908 * 909; n.o 32-RC, acta n.o 30, reunião de 17 de junho de 1988, págs. 965 * 968 e segs.; 2.a sessão legislativa, n.o 62-RC, acta n.o 60, reunião de 8 de Novembro de 1988, págs. 1936 e segs.; n.o 63-RC, acta n.O 61, reunião de 9 de Novembro de 1988, págs. 1959 e segs.; n.o 64-RC, acta n.o 62, reunião de 15 de Novembro de 1988, págs. 1980 e segs.; n.o 95-RC, acta n.O 93, reunião de 21 de Fevereiro de 1989, pág. 2761; n.o 104-RC, acta n.o 102, reumão de 9 de Março de 1989, págs. 2947-2948.

não. simultânea (1). E, no plenário (2), expressamente se reconheceu - da parte do grupo parlamentar de que dependia alcançar-se a maioria de dois terços - que «ao fim de treze anos de experimentação democrática-constitucional» se estava em condições de «proceder à reavaliação que em 1982 havíamos relegado para momento ulterior» (3).

Seguindo muito de perto o proposto no projecto dos Deputados socialistas, a alínea f) viria, pois, agora a aludir à «coexistência do sector público, do sector privado e do sector cooperativo e social de propriedade dos meios de produção», a alínea g) à «existência de planos económicos no âmbito de'uma economia mista», e desapareceria a alínea j), sobre «participação das organizações populares de base no exercício do poder local», com a co~isequente mudança de referência das alíneas subsequentes do preceito.

46. A polémica doutrinal sobre os limites materiais

1 -0 sentido a conferir aos limites materiais da revisão constitucional tem sido uma vaexata questio que há cerca de cem anos divide os constitucionalistas.

Três teses principais, com cambiantes vários, se defrontam: a dos que os tomam como imprescindíveis e insuperáveis; a daqueles que, impugnam a sua legitimidade ou a sua eficácia jurídica; e a daqueles que, admitindo-os, os tomam apenas como relativos, porventura susceptíveis de remoção através de dupla revisão ou de duplo processo de revisão . E estas teses têm-se igualmente manifestado na doutrina portuguesa, quer à face da Constituição de 1911, quer à face da Constituição de 1976.

pág. 4451.

(") Deputado Almeida Santos, in Didrio, v legislatura, 2.8 sessão le,-islativa, 2.a série, n.o 62-RC, acta n.o 60, págs. 1936 e 1937; v. ainda, deste parlamentar, Os limites materiais da revisão constitucional à luz da doutrina o do bom senso, in.Portugal - 0 Sistema Pulítico e Constitucional - 1974-1987, págs. 1037 e segs.

Cfr., algo diversamente, a intervenção do Deputado Rui Machete (Didrio pp. 1937), enfatizando «a caducidade» do «princípio colectivista» e sustentando que, mesmo que não existisse no art. 290.0, o «princípio democrático» e as suas concretizações constituiriam um limite material de revisão.

(2) V. Didrio, v legislatura, 2.a sessão legislativa, 1.a série, v. 86, reunião de 23 de Maio de 1989, págs. 4200 e 4450 e segs.

(3) Declaração de voto do Deputado Antônio Vitorino, ibidem,

, II ~ Os argumentos principais da primeira tese extraem-se. do

conceito de poder de revisão e do princípio da identidade da Constituição material.

0 poder de revisão, porque criado pela Constituição e regulado por ela quanto ao modo de se exercer, porque poder constituído, tem necessariamente de se compreender dentro dos seus parâmetros; não lhe compete dispor contra as opções fundamentais dó poder constituinte originário.

A faculdade de <xeformar a Constituição» é a faculdade de substituir uma ou várias regras legal-constitucionais por outra ou outras, no pressuposto de que fiquem garantidas a identidade e a continuidade da Constituição considerada como um todo. Não é a faculdade de fazer uma nova Constituição, nem de substituir o próprio fundamento da competência de revisão (1).

Solidário do regime estabelecido pela Constituição, não poderia o órgão de revisão, sem cometer um desvio de poder, pôr em causa as bases desse regime tal como a Constituição as define (2).

A função do poder de revisão não é fazer Constituições, n3RS,,o. inverso: guardá-las e defendê-las, propiciando a sua acomodação a novas conjunturas. Por isso, a adaptação que ele viabiliza, tendo carácter instrumental em relação à conservação do tipo de Estado existente, nunca pode sacrificar a forma essencial deste (3).

Por outro lado, a Constituição formal está ao serviço da Constituição material. Revê-Ia implica respeitar esta Constituição material e, desde logo, respeitar os preceitos que, exphcitados numa proibição, denotam a consciência da ideia de Direito, do projecto ou do regime em que se corporiza.

A insuperabilidade dos limites da revisão não consiste em deter a vida do Estado, mas tão-só em buscar o critério para poder imputar as mutações a certo ordenamento constitucional (4).

Toda a Constituição tem uma lógica e uma,ordenaçào sistemática que não pode ser prejudicada, e isso não apenas no plano formal mas, muito

(~L) C. SCHMITT, op. Cit., pág. 120.
(2) G. BURDEAU, Traité .... eit., IV, pág.~ 258.
(3) LUCAS PIRES, 0 problema..., cit., págs. 71-72.
(4) C. MORTATI, Concetto, limiti, proccedimento della revisione costituzionale, cit., loc. cit., pág. 45, nota.

mais, no aspecto da Intima conexão material que lhe dá sentido e que não pode ser ultrapassada nas reformas do texto (1).

Nem todos que seguem esta orientação geral (2) perfilham, contudo, o que parece ser o seu corolário: o reconhecimento não apenas de limites expressos como ainda de limites implícitos ou tácitos C).

III - Inversamente, aqueles que impugnam a legitimidade ou a eficácia jurídica das normas de limites materiais aduzem a ine3iistência de diferença de raiz entre poder constituinte e poder de revisão - ambos expressão da soberania do Estado e ambos, num Estado democrático representativo, exercidos por representantes eleitos; a inexistência de diferença entre normas constitucionais originárias e supervenientes - umas e outras, afinal, inseridas no mesmo sistema normativo; e a inexistência de dife-

ROGÉRIO SOARES, CONStitUiÇãO .... cit., Zoe. cit., pág. 669.
Além dos autores já citados, v. EsmF-iN, op. cit., ii, págs.

501 e segs.; M. HAuRiou, op. cit., págs. 335-336; FRlTz FLEINER, Op. Cit., IOC. Cit., pág. 291; PAOLO BARILE, La Costituzione Como Norma Giuridica, Florença, 1951, págs. 76 e segs.; VAN DER MEERSCH, oP. cit., pág. 78; 0. BAcHoF, op. cit., pág. 53; GOMES CANOTILHO, 0 problema da dupla revisão na Constituição Portuguesa, sep. da revista Fronteira, e Direito Constitucional, cit., págs. 752 e 753; AURcELo REBELO DE SOUSA, Direito Constituci~l, cit., págs. 75 e segs.; ANTOINE M. PANTÉLIS, op. cit., págs. 206; PEDRO DE VEGA, op. cit., págs. 240 e segs.; PAULO 13ONAVIDEs, Direito Constitucional, cit., págs. 174 e 175.

(3) Aceitam limites implícitos, entre outros, HAURIOU, Op. Cit., pág. 469; MoRTATi, op. cit., toe. cit., pág. 41; LUCAS PIRES, 0 problema .... págs. 68 e segs.; GERARDO MORELLI, op. cit., págs. 267 e segs.; AFONSO QUEIR6, Uma ConstituiçcTo..., cit., pág. 20; J. VILAS NOGUEIRA, La COnstitUción y Ia reproducci6n del ord&n politico fundamental, in Revista de Estudios Politicos, n.o 12, Maio-junho de 1981, págs. 63 e segs.; GOMES CANOTILHO, Direito Constitucional, cit., págs. 750 e 751 (apontando, porém, dificuldades); IGNACIO DE OTTO, op. cit., págs. 63 e seg. Recusam-nos, por exemplo, C. ESPOSITO, La Validità .... págs. 168 e segs.; VEZIO CRISAFULLI, Lezioni di Diritto Costituzionale, 2.a ed., i, Pádua, 1970, págs. 102 e segs.; PIERFRANcf,sco GROSSI, op. cit., págs. 91-92. Assim como, ao invés, só aceita limites correspondentes ao Direito natural ou a um princípio de razoabilidade JEAN DARBELLAY, oP. cit., págs. 732 e segs.

rença entre matérias constitucionais - todas do mesmo valor, se constantes da mesma Constituição formal.

0 poder constituinte de certo momento não é superlor ao poder constituinte de momento posterior. Pelo contrário, deve aplicar-se a regra geral da revogabilidade de normas anteriores por normas subsequentes. Nem seria concebível uma autolimitação da vontade nacional, pois, como proclamou o art. 28.o da Constituiçào francesa de 1793, um povo tem sempre o direito de rever, de reformar e de modificar a sua Constituição e nenhuma geração pode sujeitar as gerações futuras às suas leis (1).

Se os poderes constituintes que a nação confere aos seus deputados são destinados a confeccionar a Constituição, com que poderes é que os deputados começariam por se atribuir competência para limitar - por toda uma eternidade, presumivelmente - o alcance da própria soberania nacional, proibindo que ela pudesse, pelo processo normal de representação, afirmar-se de novo acerca de determinados pontos? (2).

A declaração de intangibilidade de um regime não é senão um simples voto sem força jurídica obrigatória, embora possa ter um significado político (a).

Diante das disposições de intangibilidade da Lei Fundamental de Bona há que, infelizmente, reconhecer: decerto, são produtos da boa fé, mas qui trop embrasse, mal ~treint. Em tempos normais podem traduzir-se numa luz vermelha útil frente a maiorias parlamentares desejosas de mudança, mas em épocas de crise reduzem-se a folhas de papel varridas pelo vento da realidade política (4).

Se o fenômeno ab-rogatório se verifica entre actos do mesmo grau, então a afirmação da superioridade da Constituição sobre as leis de revisão deveria levar a excluir a própria admissibilidade conceitual destas últimas (5) (8).

(1) Observa, contudo, ScHmiTT (op. cit., pág. 106) que esta formulação contém não só o direito às revisões constitucionais mas também o direito às supressões. Cfr. o art. 1.0 do título vii da Constituição de 1791.

(2) 3UGALHÃES COLLAÇO, Ensaio .... cit., pág. 83. Cfr., duma

perspectiva mais ampla, SILVESTRrt PINHEIRO-FF-RREIRA, Observações sobre a Constituição .... cit., págs. 9-10.

(3) josEPH BARTHÉLEmy e PAUL DUEZ, Traité .... cit., págs. 225-226.

(4) K. LOEWENSTEIN, Op. Cit., pág. 192.

(5) CODACCI-PISANELLI, cit. por STEFANO MARIA CICCONETTI, Op. Cit., pág. 238.

(6) Cfr. ainda, com estes ou outros argumentos, FÉLix MOREAU, Précis Élémentairo de Droit Constitutionnel, 7.a ed., Paris, 1911, págs. 428-

13-Manual de Direito Oonstitucional. 11

1 i,

1 ãbl-
194 1 Manual de Direito Constituci~

- - IV - Numa postura só aparentemente intermédia, afirma-se a validade dos limites materiais explícitos, mas, ao mesmo tempo, entende-se que as normas que os prevêem, como normas de Direito positivo que são, podem ser modificadas ou revogadas pelo legislador da revisão constitucional, ficando, assim, aberto o caminho para,~ num momento ulterior, serem removidos os próprios princípios correspondentes aos limites. Nisto consiste a tese da dupla revisão ou do duplo processo de revisão.

As cláusulas de limites materiais são possíveis, é legítimo ao poder constituinte (originário) 'decretá-las e é forçoso que sejam cumpridas enquanto estivere~n em vigor. Todavia, são normas constitucionais como quaisquer outras e podem elas próprias ser objecto de revisão, com as consequências inerentes.

. Gaxantias políticas justificadas por situações históricas determinadas, podem ser modificadas ou removidas mediante processo de revisão, logo que essas situações mudem. A proibição de revisão directa em que se consubstancia a ilegalidade formal do acto de revisão não pode confundir-se com a. revogação pura e simples da proibição, que é exercício do poder soberano. do Estado (1).

Porque a função constituinte e a função de revisão se encontram i,i9 mesmo plano, os. eventuais limites textuais devem ser tomados como auto-7obrigações que o legislador constitucional se impõe a si próprio e que, por isso, Valem até serem removidos por uma ulterior manifestação igual e contrária

A su

, perpositi,vação do já positivado apenas tem o sentido de aumentar a estabilidade da norma ou do princípio de primeiro grau (isto é, de agravar o seu processo de revisão), e não o conteúdo valioso de quaisquer normas ou princípios materiais. Tratar-se-á de uma tentativa de reservar um mais

-429; L. DUGUIT, Traité. .., cit., iv, 2.a ed., Paris, 1924, págs. 539 e segs.; .JULIEN LAPERRIÈRE, Manuel de Droit Constitution-nel, 2.a ed., Paris, 1947, pág. 289; ÇuiDo LUCATELLO, Sull'immutabilità della forma repubblicana, in Scritti giuridici in memoria di V. E. Orlando, ii, págs. 25 e segs. e 42 e.,segs.; E. SPAGNA ¥U~O, op. cit., :págs. 44 e segs,; GiusEPPE CONTINI, La Revisione Costituzionale,,i-n Italia, cit., págs, 279 e segs.; HF-RBERT HART, op, cit., p4g. 87..

(1) FMILIO CROSA, Variazio-ni..., cit., loc. çit., pág. 486.

(2); STEFANO AURRA CiccoNF-TTi, La Revisione..., cit., pág. 256. V. também. Retíisione. .., èit., loc..' cit., págs. 148 e 152 e segs.

longo período de experiéncia a certo ou certos projectos de realização da ideia constitucional (1).

Não se pode negar nenhuma forma de eficácia às regras constitucionais objecto de intangibilidade, mas trata-se de uma força obrigatória relativa, porque importa assentar na ideia de um exercício dividido da soberania. 0 órgão jurisdicional (por exemplo, o Tribunal Constitucional federal alemão) que anula uma norma constitucional nova sobre matéria intangível em virtude de uma regra constitucional anterior detém uma parcela da soberania popular tão legitimamente como o poder constituinte sancionado. Garantindo o respeito por todos os seus representantes das regras fundamentais estabelecidas pelo povo soberano, o órgão jurisdicional aumenta a efectividade dessa vontade popular. Todavia, nenhuma imutabilidade de princípio pode opor-se, de modo absoluto, à evolução do Direito do Estado (2) (8).'

V - A questão dos limites materiais fora, entre nós, igualmente discutida no domínio da Constituição de 1911.

Assim, enquanto havia quem defendesse o art. 82.0, § 2.0, desta Constituição, sustentando que *desde o momento em que um povo escolheu uma forma de governo como condição de desenvolvimento da sua vida nacional, seria contraditório que inscrevesse na Constituição a permissão de se propor a mudança desta forma política)) C), também havia quem não aceitasse a possibilidade de o poder constituinte limitar in aeternum a sua competência e dissesse que aquele preceito não constituía juridicamente um limite à possibilidade de se fazer uma revisão total da Constituição

(1) JoÃo BAPTisTA MAci-iADo, Participaçao e desc--ntralizaçao .... cit., pág. 125.

(2) MARIE-FRANçoisE RiGAux, La Théorie les Limiks Matérielles .... cit., maxime págs. 254, 256 e 259. E acrescenta (pág. 262): reconhecer a relatividade da validade dos limites materiais autónomos e da sua força obrigatória é afirmar que o Direito é a expressão da tensão entre o equilíbrio e o não equilíbrio, própria de qualquer sociedade que aspira à democracia.

(3) No mesmo sentido, GEoRGEs MORANGE, Valcur juridique des principos contemus dans les Déclarations des Droits, in Revue du droit public, 1945, págs. 236 e segs.; BISCARETTI Di RuipiriA, Sui limiti della «revisiono costituzionale», cit., loc. cit., págs. 122 e segs., maxime 164 e segs., e Diritto Costituzionale Comparato, cit., pág. 686, nota; F. MoDuGNo, op. cit., I, págs. 76 e segs., maxime 78, nota; Cfr. ainda GREGORIO PEcEs-BARBA, Los VaJores Superiores, Madrid, 1984, págs. 104 e 105.

(4) MARNOCO E SOUSA, Comentdrio..., cit., pág. 618.

e que «até esta mesma revisão total poderia levar a cabo uma assembleia constituinte, eliminando primeiro, sem ter que patentear intuitos, o referido § do artigo 82.0, e modificando depois a forma de governo, o que poderia fazer - constitucionalissimamente» (1).

Este contraste não é (ou não era) muito diferente do que se suscita (ou suscitava) à volta do art. 290.0, hoje 288.o Para uns, paxa a maioria, a revisao está, por definição, subordinada à Constituição e as normas que a regem funcionam como limites exteriores e superiores, não podendo ser afastadas pelos órgãos competentes para a realizar (2). Para outros, diferentemente, tudo que esta na lei constitucional pode ser alterado por outra lei constitucional, não se tendo encontrado ainda modo de fazer prevalecer num texto de Direito interno normas superconstitucionais (3). Para outros ainda, esta norma de limites materiais é uma norma instrumental, declarativa ou de garantia, susceptível de modificação, sem que isto afecte os princípios da Constituição a que se reporta

~).

(1) MAGALHÃES COLLAÇO, op. cit., págs. 81 e segs.

(2) M. REBELO DE SOUSA, os partidos políticos na Constituição, in Estudos sobro a Constituiçdo, ii, pág. 71; AMANCIO FERREIRA, Reflex66s sobre o Poder Constituinte em Portugal, in Fronteira, n.c> 3, julho de 1978, págs. 87-88; NUNO DE BESSA LopEs, A Constituiçdo e o Direito Internacional, Vila do Conde, 1979, págs. 101 e segs.; ANA PRATA, A Tutela Constitucional da Autonomia Privada, Coimbra, 1982, págs. 66 e se,-,s.; GOMES CANOTILHO e VITAL MOREIRA, Op. Cit., ii, págs. 505 e 506; CRISTINA QUFIROZ, 0 Plano nos Projectos de Revisdo, in Conselho Nacional do Plano - Boletim, n.o 17, 1.o quadrimestre de 1989, págs. 237 e segs.; além das já citadas obras de M. REBELO DE SOUSA, GOMES CANOTiLHo e AFONSO QUEIRÓ.

(3) L~URCELLO CAETANO, Constituições Portuguesas, cit., pág. 157.

E acrescenta: «de modo que o respeito desses princípios só pode ser imposto pela permanência, para além do chamado período de transição, da ditadura do Conselho da Revolução». Cfr. JOÃO DE CASTRO MENDES, Introduçdo ao Estudo do Direito, policopiado, IÁsboa, 1976, págs. 80-81; ISABEL JALLES, Implicações jurídico-Constitucionais da Adesdo de Portugal às Comunidades Europeias, Lisboa, 1980, pág. 411.

~) V. a posição por nós assumida, bem como os textos referidos de J. BAPTISTA MACHADO, CARDOSO DA COSTA, VIEIRA DE ANDRADF, e ALMEIDA SANTOS, bem como o de JOSÉ JÚLIO PEREIRA GOMES, A fiscalizaçjo da constitucionalidade da lei de revisdo, policopiado, Lisboa, 1982,

47. Posição adoptada

1 - Por nós, temos defendido, de há muito, a tese da necessidade jurídica dos lin-útes materiais da revisão; mas, simultaneamente, temos acenado, embora com certas oscilações, para a relevância menor das cláusulas de limites expressos.

Mantendo-se em vigor a mesma Constituição, o poder de revisão é um poder constituído, como tal sujeito às normas constitucionais; quando o poder de revisão se libertasse da Constituição, nem mais haveria Constituição, nem poder de revisão, mas sim Constituição nova e poder constituinte originário.

A subordinação material do poder de revisão constitucional ao poder constituinte (originário), da revisão constitucional à Constituição, é um postulado lógico: por uma banda, se o poder de revisão constitucional se deriva do poder constituinte, a revisão constitucional que realizar não pode ir contra a Constituição como totalidade instituída pelo mesmo poder constituinte; por outra banda, se a revisão constitucional é a revisão de normas constitucionais, não a feitura de uma Constituição nova, ela fica encerrada nos limites da Constituição. 0 art. 82.0, § 2.0, da Constituição de 1911 tinha este alcance: os preceitos sobre a forma republicana não podiam ser alterados imediatamente; para que fossem alterados, o processo exigia como fase preliminar a alteração do preceito que proibia a revisão (1).

0 poder de revisão constitucional é um poder constituinte, porque diz respeito a normas constitucionais. Mas é poder constituinte derivado, porque nao consiste em fazer nova Constituição, introduzindo princípios fundamentais em vez de outros princípios fundamentais. Os limites materiais da revisão tornam-se, por isso, juridicamente necessários, mesmo em Constituição flexível, havendo que distinguir entre limites expressos e limites implícitos e definindo-se estes a partir da forma de Estado e da forma de governo e da rigidez ou flexibilidade constitucional. Mas há limites cuja violação significa alteração da Constituição ou, porventura, criação de nova Constituição e limites cuja violação parece determinar apenas

inconstitucionalidade material (2).

As cláusulas de limites realçam de novo a ideia de Direito, a estrutura fundamental, aquilo que identifica a Constituição em sentido mate-

págs. 11 e segs., e de RUI MACHETE, Os princípios estruturais .... cit., toe. cit., págs. 360 e segs.

(1) Aspectos..., cit., págs. 193, 195-196 e 198.

(2) Ciência Política .... cit., i, págs. 250 e segs. No mesmo sentide Revisão constitucional, in Verbo, xvi, pág. 503; Decreto, Coimbra, 1974 págs. 109-110; Deputado, Coimbra, 1974, pág. 34.

rial subjacente à Constituição em sentido formal. Mas não podem impedir futuras alterações que atinjam tais limites, porque o poder constituinte é, por definição, soberano. 0 que obrigam é a dois processos, em tempos sucessivos, um para eliminar o limite da revisão e o outro para substituir a norma constitucional de fundo garantida através dele; o que obrigam é a tornar patente, a darem-se as modificações que dificultam, que a Constituição em sentido material já não é a mesma (1).

Logicamente necessários, os limites materiais não podem ser violados ou removidos, sob pena de se deixar de fazer revisão para se passar a fazer Constituição nova. Mas uma coisa é remover os princípios que definem a Constituição em sentido material e que se traduzem em limites de revisão, outra coisa é remover ou alterar as disposições especificas do articulado constitucional que explicitam, num contexto histórico determinado, alguns desses limites.

Nada permite equiparar supra-rigidez a insusceptibilidade de modificação, salvo revolução, ou assimilar limites materiais a limites absolutos. Não há limites absolutos. Absoluto deve ser, sim, o respeito de todos os limites, de todas as regras-tanto materiais como formais -enquanto se conservarem em vigor (2).

II - Foi a partir destas e de outras afirmações que pôde qualificar-se a nossa posição como de adesão à tese da dupla revisão e que ela recebeu criticas e reparos vindos de diversos sectores da doutrina (3).

Porque considerámos pertinentes algumas dessas críticas e porque julgámos necessária alguma clarificação, mais tarde tentámos esquematizar melhor o nosso pensamento não apenas salientando a necessidade de limites materiais mas também tentando apurar o sentido de uma cláusula de limites explícitos como o art. 290.0. Mantemos hoje quase ipsis verbis o que escrevemos na 2.a edição deste tomo.

Assim, continuamos a entender que a natureza do preceito é declarativa e não constitutiva (ele declara, não cria limites materiais, estes decorrem da coerência dos princípios constitucionais); que a sua função é de garantia; que respeita a princípios e não a preceitos; que é uma norma constitucional como outra qualquer, obrigatória enquanto vigorar, mas revisível; que, de resto, não é a alteração do art. 290.o (agora 288.(», só por si, que afecta os limites materiais da revisão; o que os afecta é atingirem-se os princípios nucleares da Constituição; que, em segundo processo de revisão, observados

(1) As Constituições Portuguesas, Lisboa, 1976, págs. xLvii-xLviii.

(2) A Constituição de 1976..., cit., págs. 246 e 249.

(3) V. ANDRÉ GONÇALVES PEREIRA, Uma Constituição Para os amos 80? e Compromisso impossível, cit., loc. cit.; GomEs CANOTILHO, 0 problema da Dupla Revisão, cit., págs. 29 e segs., e Direito Constitucional, cit., i, pág. 484; M. REBELO DE SOUSA, op. cit., págs. 83 e segs.; AXONSO QUEIR6, Uma Constituição democrdtica, cit., págs. 25 e segs.

os requisitos constitucionais de forma, é possível modificar esses mesmos princípios, mas que então não se estará já a fazer revisão, estax-se-á a fazer uma transição constitucional e uma nova Constituição material(').

Como se vê, se estamos de acordo com a primeira corrente doutrinal quanto à noção de revisão e de poder de revisão, continuamos a atribuir às cláusulas de limites explícitos um valor bem menor do que a generalidade dos autores que nela se integram. Não defendemos uma tese intermédi~.ou de compromisso: sustentamos, sim, que existem diferentes categorias de limites, afirmamos que tais cláusulas têm de merecer uma in~erpret~ao objectiva e actualista e, por outro lado, insistimos em que nada impede que o processo de revisão - não a revisão - seja utilizada para uma transiçao constitucional. É o que iremos agora justificar e desenvolver.

48. A necessidade de Emites materiais de rev"o

I - 0 problema dos limites materiais da revisão reconduz-se, no fundo, ao traçar de fronteiras entre o que vem a ser a função própria de uma revisão e o que seria já convolação em Constituição diferente. Por detras dele, encontra-se uma iniludível tensão dialéctica entre transfortnação e subsistência e entre aquilo que se oferece mutável e aquilo que imprime carácter e razão de ser à Constituição.

É um problema que se põe diante de qualquer Constituição e até diante do sistema jurídico em geral (2). Porque em toda e qualquer Constituição, a revisão consiste em adoptar preceitos sem bulir com os princípios, ele surge sempre, haja ou não disposições que enumerem, mais ou menos significativamente, certos e determinados limites.

Suscita-se, seja a Constituição rígida ou,flexível. Não é o regime de rigidez que, de per si, o provoca ou deixa de provocar. Mais: como em Constituição flexível a revisão pode dar-se quase ínominadamente, mais necessário se torna aí tomar consciência,

(1) V. Revisão constitucional, in Verbo, xx, pág. 1039. E também 0 regime dos direitos, liberdades e garantias, in Estudos sobro a Constituição, iii, págs. 95 e segs.; A revisdo constitucional -Consenso ou confronto?l in Expresso, de 26 de janeiro de 1980; 1.a ed, deste tomo, págs. 491 e segs., e 2.a ed., págs. 172 e segs.

(2) Cfr. NORBERTO]3oBBio, Teoria dell'ordinamento giuridico, Turim, 1960, págs. 46 e segs. (mas sem se referir especificamente à revis4o constitucional).

em cada instante, de quais os princípios vitais insuperáveis e inelimináveis da ordem jurídico-política (até porque em Constituição flexível, por maioria de razão, nunca há limites explícitos). A experiência inglesa comprova-o exuberantemente(').

Depara-se também no domínio da Constituição marxista-leninista, em que todas as normas são ((gradualmente modificáveis, mas no sentido da construção do socialismo)) (2).

Não se esgota, de resto, no domínio da revisão. Surge mutalis mutandis em qualquer forma de modificação constitucional. Dissemo-lo a respeito das derrogações constitucionais: através destas não podem ser vuli3eradas regras fundamentais da Constituição. Devemos aduzi-lo a respeito das modificações tácitas: se o costume praeter e contra legem pode fazer emergir novas normas constitucionais, não pode criar um novo quadro de valores, nem servir para o trânsito de uma Constituição para outra (3). Enfim, no vasto campo das alterações constitucionais stricto sensu, é a fidelidade ou não a certos princípios substanciais, recorde-se, que, em última análise, permite distingiúr a simples ruptura da revolução propriamente dita.

II - Em inteiro rigor, os limites não deveriam qualificar-se de explícitos e implícitos. Todos os limites materiais deveriam ter-se, ao mesmo tempo, por explícitos e implícitos. Por explícitos, enquanto só podem agir efectivamente quando explicitados em cada revisão constitucional em concreto. Por implícitos, na medida em que o critério básico para os conhecer é o perscrutar do sistema constitucional como um todo. Nem sempre, porém, tal coincidência se regista.

Não traduz isto uma desvalorização das cláusulas de limites materiais, das cláusulas que se destinam, à partida, a explicitar

(1) V. a demonstração de LOURIVAL VILANOVA, Op. Cit., IOC. Cít., págs. 466-467, e em FRANCO MODUGNO, L'Invalidità .... cit., i, págs. 66 e segs., maxime 69 e segs.

(2) BISCARETTI Di RuFFiA, La revisione costituzio-nate, cit., loc. cit., págs. 433-434. Cfr. ADRIANO MOREIRA, Poder .... cit., loc. cit., pág. 137.

(3) Neste sentido, FRANCO PIERANDREI, La Costituzionale .... cit., loc. cit., págs. 109 e 118; e, dalgum modo, ROGÉRIO SOARES, CO'nStituiÇão, cit., loc. cit., págs. 669-670.

limites implícitos na Constituição. Estas cláusulas possuem, pelo menos, uma dupla utilidade: a de externar os princípios constitucionais, evitando ou pondo termo às incertezas que possam fortnular-se acerca da Constituição material; e, com isso, a de lhes reforçar a garantia - pois a revisão constitucional é instrumento de garantia da Constituição.

Mesmo se contêm um rol copioso como o nosso art. 288.0, os preceitos definidores de Emites materiais não têm de ser ou não conseguem ser exaustivos. Pode haver outros limites afora os que lá se encontrem consignados. Em contrapartida, tudo quanto consta do art. 288.o deve ser considerado limite material, por variado que seja o regime aplicável.

Normas constitucionais como quaisquer outras, as normas de limites materiais estão, por outro lado, sujeitas a uma interpretação evolutiva (1); e a própria identidade não deve caracterizar-se pela nota da fixidez, mas pela nota da ((autonomia evolutiva)) no seio das contingências (2).

É o entendimento que venha a ser prestado aos princípios que há-de determinar o entendimento de tais normas, não o inverso; é na adesão da consciência jurídica aos princípios da Constituição que residem a força e o suporte dos limites, não nas normas de limites em si, isoladas C); e é a efectividade dos princípios que conta, em último termo.

III - Os limites materiais da revisão não se confundem com os limites materiais do poder constituinte (originário): estes vinculam o órgão constituinte na formação da Constituição, aqueles apenas o órgão de revisão constitucional; estes são cons-

(1) Cfr. V. CRISAFULLI, Op. Cit., 1, pág. 104.

(2) J. BAPTISTA 3UCHADO, Portugal o descentralizaçjo, cit., pág. 124, nota.

(3) Cfr. as observações de G. SCELLE, Principes du Droit Ptíblio, policopiado, Paris, 1937-1938, pág. 251: no momento em que se insere uma cláusula de imutabilidade, ela pode corresponder à realidade jurídica e o legislador constituinte pode conceber que as necessidades sociais que lhe deram origem têm possibilidade de perdurar; neste sentido, a cláusula de imutabilidade pode ser defendida como juridicamente válida; o que pode acontecer é que o legislador constituinte se tenha enganado.

tituintes ou, se se preferir, constitutivos do ordenamento; aqueles constituídos.

0 poder constituinte material não pode, sob pena de injustiça da lei constitucional, infringir limites transcendentes; nem o poder constituinte formal dispor contra limites imanentes. Mas a este é dado estabelecer ou não estabelecer tais ou tais limites específicos do poder de revisão: estabelece-os, desde logo, ao erguer a Constituição formal, tendo como alicerces os princípios do regime escolhido.

Sucede tão-soment,e, como há pouco vimos, que as cláusulas expressas de limites materiais, não se confinando aos limites da revisão, com frequência contemplam limites do poder constituinte e aglutinam uns e outros numa mesma fórmula (ou não chegam a tratar senão de limites do poder constituinte).

De igual sorte, dentre os limites específicos da revisão - objecto de cláusulas expressas - pode haver mais que um grau. Pode haver limites que exibam, directa e imediatamente, princípios fundamentais da Constituição, a ideia de Direito, o projecto, o regime em que assenta (como se queira). E pode haver outros princípios que o legislador constituinte tenha alçado ao nível dos limites materiais, sem que, apesar de tudo, se identifiquem com a essência da Constituição material(').

Quando as normas de limites materiais consagram limites, afinal, do poder constituinte (originário) e limites de revisão de primeiro grau (ou limites próprios ou striolissimo sensu), a sua natureza é meramente declarativa. Quando consagram limites de revisão de segundo grau (ou impróprios), adquirem, no entanto, uma função concomitantemente declarativa e constitutiva: declarativa, por se referirem a normas e princípios constitucionais substantivos; constitutiva, por lhes atribuírem um regime de supra-rigidez, distinto do dos demais princípios e normas.

Importa, por conseguinte, discernir, até pelas decorrências que podem achar-se na interpretação e na aplicação dessas cláusulas.

(1) Neste sentido, LUCAS VERDU, op. cit., ii, pág. 664. Cfr., algo diferentemente, PONTES DE MIRANDA (Op. Cit., pág. 129) falando no ceme (inalterável) da Constituição como uma rigidez de 2.o grau.

IV -0 que acaba de ser dito vale bem para o art. 288.o da Constituição portuguesa, tão heterogéneo ele se apresenta no seu conjunto e, mesmo, no interior de algumas das suas alíneas.

Nele se divisam, à vista desarmada, limites transcendentes, limites imanentes do poder constituinte quanto à soberania, à forma do Estado e à legitimidade democrática, limites de revisão de primeiro grau e limites de revisão de segundo grau.

Limites transcendentes encontram-se, inequivocamente, na alínea d) - respeitante aos direitos, liberdades e garantias dos cidadãos - visto que, a partir do reconhecimento de alguns destes direitos, liberdades e garantias, obtém protecção a dignidade da pessoa humana, que é anterior e superior ao Estado (arts. 1.0, 2.0, 16.0, n.o 2, e 19.0, n.o 6): assim, o direito à vida e o direito à integridade pessoal (arts. 24.o e 25.0), o direito à liberdade e à segurança (art. 27.0), a não retroactividade da lei criminal (art. 29.0, n.o 2), a proibição da transmissão das penas (art. 30.0, n.o 3), o direito de defesa dos arguidos (art. 32.0, n.o 1), o direito de constituir família (art. 36.0, n.o 1), a liberdade de expressão (art. 37.0, n.o 1), a liberdade de consciência, de religião e de culto (art. 41.0), etc. Encontram-se também na alínea e), relativamente a direitos dos trabalhadores, como o direito à retribuição (alínea a) do n.o 1 do art. 59.0), o direito à organização do trabalho em condições socialmente dignificantes de forma a facultar a realização pessoal (alínea b», o direito à prestação do trabalho em condições de

higiene e segurança (alínea c», o direito ao repouso e aos lazeres (alínea d)) ou a especial protecção do trabalho das mulheres, durante a gravidez e após o parto, dos menores e dos diminuídos (alínea c) do n.o 2 do art. 59.0).

Limite imanente respeitante à soberania é o da alínea a), 1.a parte: a independência nacional. E limite imanente respeitante à forma do Estado o da mesma alínea, 2.a parte: a unidade do Estado (a qual significa mais do que unicidade dos órgãos e organizações do Estado).

Limites imanentes respeitantes à legitimidade democrática (a legitimidade inerente à Constituição de 1976) constam, outrossim, da alínea d), porquanto este item abrange os direitos de participação dos cidadãos na vida política (arts. 48.o a 52.0); e ainda da alínea h), 1.a parte -sufrágio universal, directo, secreto e

periódico na designação dos titulares electivos dos órgãos de soberania, das regiões autónomas e do poder local - da alínea i) pluralismo de expressão e organização política, incluindo partidos, e direito de oposição democrática - e, de certa maneira, da alínea n) - autonomia das autarquias locais (à luz do art. 237.0).

. Por seu turno, limites específicos da revisão de primeiro grau ou limites próprios são os que aparecem na alínea b) - forma republicana de governo; na alínea c) -separação das Igrejas do Estado; na alínea d) -direitos, liberdades e garantias dos cidadãos, em tudo que não se compreenda nos limites transcendentes; na alínea e) - direitos dos trabalhadores (afora os que correspondam a limites transcendentes) e direitos das comissões de trabalhadores e das associações sindicais; na alínea f) - coexistência dos sectores de propriedade dos meios de produção; na alínea g) - existência de planos económicos no âmbito de uma economia mista; na alínea h), 2.a parte - sistema de representação proporcional; na alínea j) - separação e interdependência dos órgãos de soberania; na alínea r) - fiscalização da constitucionalidade de normas jurídicas por acção; na alínea m) - independência dos tribunais; e na alínea o) - autonomia polít,ico-administrativa dos Açores e da Madeira.

Enfim, limites de segundo grau poderão ser considerados os constantes das alíneas d) e e) -se, porventura, se entender que ainda restam direitos dos cidadãos e dos trabalhadores para lá dos limites de primeiro grau; da alínea h), 2.a parte -se se entender (o que achamos muito duvidoso) que a representação proporcional não é limite de primeiro grau; e da alínea 1), 2.a parte - fiscalização da constitucionalidade por omissão de normas jurídicas. E era-o, sem dúvida, o da antiga alíneaj), sobre organizações populares de base (1).

0 desenvolvimento deste quadro e do lugar em que se situa cada um dos princípios só pode ser empreendido a partir de uma análise interna e sistemática dos diferentes capítulos da Constit ui ção (2).

(1) Neste sentido, também CARDOSO DA COSTA C VIEIRA DE ANDRADE, op. cit., pág. 302.

(2) V., por exemplo, quanto aos direitos, liberdades e garantias, o vol. iv deste Manual, págs. 335 e 336.

ÂL

V - Nos limites implícitos da revisão - portanto, limites de primeiro grau ou próprios - interessa salientar um: a rigidez constitucional ou, vice-versa, a flexibilidade, onde exista.

Quanto a nós, as regras de processo de revisão são susceptíveis de modificação corno quaisquer outras normas(). É perfeitamente plausível preconizar, sem com isso diminuir o sentido da Constituição de 1976, que o período entre duas revisões passe a ser de quatro ou

de seis anos em vez de cinco, que a maioria de revisão passe a ser de três quintos em vez de dois terços ou que as leis de revisão passem a ser sujeitas, facultativa ou obrigatoriamente, a referendo. Só não serão modificáveis aquelas regras que tenham que ver com princípios basüares da Constituição e, desse modo, com limites materiais: não poderia, decerto, conceber-se a transf erência do poder de revisão para o Presidente da República ou para o Governo ou a necessidade de ratificação pelas assembleias legislativa regionais das alterações relativas às regiões autónomas.

Mas a rigidez constitucional funciona, por seu lado, como limite material, pois que espelha directamente a arquitectura constitucional (2). E o mesmo se diga da flexibilidade, porque, homologamente, a opção por ela excede, bem de longe, a mera opção por regras de processo ~). Tanto uma como outra característica derivam do espírito da Constituição em concreto e do modo como, à sua luz, se entende o poder da revisão. Tanto uma como outra funcionam, embora em termos aparentemente contrários, como garantias de subsistência do sistema frente ao poder legislativo: ali, em Constituição rígida, visando impedi-lo, em especial, de, pela maioria política ordinária, mudar normas const,itucionais; aqui, em Constituição flexível, visando impedir que a maioria de certo momento, depois de ter fixado em nortnas o seu projecto, venha a obstar, através da dificultação da revisão, à sua ulterior modificação por idêntica maioria.

(1) Diferentemente, GomEs CANOTILHO e VITAL MOREIRA, Op. Cit., ii, págs. 505-506.

(2) Neste sentido também GOMES CANOTILHO, Direito Constitucional, cit., pág. 564.

(3) Contra: F. MODUGNO, op. cit., 1, págs. 79 e 80 (mas parte da realidade da distinção entre rigidez e flexibilidade).

É, numa perspectiva histórica e situada -mais uma vez se sublinha - que têm de ser compreendidas a rigidez e a flexibilidade constitucionais.

VI --Os limites materiais, porque dirigidos a leis de revisão, são violáveis por acção, por contradição dessas leis com os princípio,s a que correspondem. Não se vê facilmente como possam ser infringidos por omissão, por inércia ou passividade do legislador de revisão.

Não se justifica, contudo, recusar a priori a possibilidade de violações por omissão. Elas poderão talvez ocorrer em certas configurações de Constituição prospectiva, em que o desenvolvimento ou implemento normal de seus princípios exija a concretização progressiva de certas providências por via constitucional e isso não se verifique. Poderão dar-se ainda em caso de derrogações constitucionais, admissíveis em certas circunstâncias ou para,certas pessoas, mas não para todo o tempo, e que deverão ser revogadas ou tomadas caducas em posterior revisão, salvo preterição de princípios fundamentais do ordenamento - quer dizer, de limites materiais.

No Direito português, inconstitucionahdade por omissão da revisão constitucional teria sido a não extinção do Conselho da Revolução na primeira revisão constitucional (na revisão a fazer, em principio, na primeira legislatura). 0 Conselho da Revolução não poderia ter existido mais do que em curto período sem brigar com a estrutura democrático-representativa do poder político instituído pela Constituição de 1976; e, se viesse a ficar para além dessa revisão, tudo seria como se tal estrutura e, portanto, a Constituição material se transformassem noutras (1).

49. A revisibilidade das cláusulas de limites expressos

I - Repetimos: as normas de limites expressos não são logica e juridicamente necessárias, necessários são os limites; não são normas superiores, superiores apenas podem ser, na medida em

(1) Neste sentido, jádo Conselho da Revoluçjo ao Conselho da República, cit., loc. cit., pág. 59.

que circunscrevem o âmbito da revisão como revisão, os princípios aos quais se reportam.

Como tais - e sem com isto afectar, minimamente que seja, nem o valor dos princípios constitucionais, nem o valor ou a eficácia dessas normas na sua função instrumental ou de garantia elas são revisíveis do mesmo modo que quaisquer outras normas, são passíveis de emenda, aditamento ou eliminação e até podem vir a ser suprimidas através de revisão('). Não são elas Próprias limites materiais.

Se forem eliminadas cláusulas concement'es a limites do poder constituinte (originário) ou limites de revisão próprios ou de primeiro grau, nem por isso estes limites deixarão de se impor ao futuro legislador de revisão. Porventura, ficarão eles menos ostensivos e, portanto, menos guarnecidos, por faltar, doravante, a interposição de preceitos expressos a declará-los. Mas somente haverá revisão constitucional, e não excesso do poder de revisão, se continuarem a ser observados.

Se forem eliminadas cláusulas de limites impróprios ou de segundo grau, como são elas que os constituem como limites, este acto acarretará, porém, automaticamente, o desaparecimento dos respectivos limites, que, assim, em próxima revisão, já não terão de ser observados. É só, a este prop6sitO,,que pode falar-se em dupla revisdo.

Em contrapartida, nada obsta a que por meio de revisão, sejam declarados limites preexistentes de primeiro grau ou que selam introduzidos novos limites de segundo, grau; e nada obsta à formulação de cláusulas de limites materiais em Constituiçoes

(1) Pois, parafraseando aqui F. MODUGNO (op. cit., I, pág. 76), a imutabwdade, enquanto positivamente estabelecida, é sempre constituída, e nunca constituinte, sempre condicionada e não condicionante.

Cfr., doutra óptica, PETER SUBER, (0 paradoxo da auto-revis<Za no Direito constitucional, in Revista da Faculdade de Direito da Universidade de- Lisboa, 1990, págs. 93 e segs., maxime 126): o povo não pode càtegoricamente limitar ou revogar a sua prerrogativa de criar Direito; a soberania do povo é contingentemente alienável, mas qualquer alienação dela é, por sua vez, contingentemente revogável. V. ainda AÉF Ross, op. cit., loc. cit., págs. 231-232; ou TÉRCIO SAMPAio FERRAZ JÚNIOR, CONStitui-nte-Assembleia, Processo, Poder, 2.a ed.,, São Paulo, 1986, pág. 68.

que inicialmente as não continham. Pode haver limites supervenientes a par dos limites origindrios, fruto de decisão do órgao competente, segundo a evolução política, social e jurídica do país.

0 que não poderá admitir-se é acrescentar limites ex novo ou em substituição de outros, que sejam contraditórios com os princípios constitucionais garantidos: por exemplo, a alínea b) do art. 288.o não poderá ser modificada de modo a falar em #forma monárquica de governos ou a alínea f) de modo a referir-se a ((princípio da apropriação Privada dos principais meios de produção)).

E as cláusulas de limites supervenientes poderão manter-se, ser alteradas ou desaparecer, por seu turno, em eventual revisão ulterior.

II -Acerca deste ponto (em que nos afastamos mais da primeira corrente doutrinal sobre limites materiais) têm sido aduzidos alguns contra-argumentos que não parecem proceder.

Diz-se que o sentido da declaração de imutabilidade de uma norma é não só a fixidez dessa norma como a da própria declaração de

inalterabilidade (1); que a edição de uma norma de limites materiais só tem sentido contando que esta seja irreversível, de validade absoluta, ou enquanto norma que, em caso algum, poderá ser modificada, sob pena de se frustrara intenção do legislador constituinte, o qual, doutro modo, a não teria decretado.

Tal argumento leva consigo uma carga positivista e conceitualista evidente. Significa uma hipostasiação da lei constitucional e da sai autoqualificação, visto que os limites materiais valeriam por terem sido consagrados ex Professo e não porque devessem valer como limites materiais (designadamente, quando se tratasse de limites transcendentes) e valeriam mesmo quando o legislador constituinte tivesse cometido um verdadeiro abuso de poder, estipulando limites desrazoáveis ou sem suficiente apoio na consciência jurídica colectiva.

Leva consigo também uma interpretação subjectiva inaceitável. Não há que reconstituir qualquer intenção subjectiva do legislador

(1) GomEs CANOTILHO, 0 problema..., cit., loc. cit., pág. 30. V. também Direito Constitucional, cit., págs. 752 e 753.

constituinte; há apenas que compreender e garantir a Constituição como sistema de normas que perduram no tempo. Se existe uma superioridade ou prerrogativa do legislador constituinte (originário), é só no sentido objectivo, ligado à expressão da ideia de Direito ou da Constituição material.

Mas, talvez sobretudo, tal tese equivale a uma inversão de valores: um meio, a garantia da ideia de Direito, volve-se um fim, a pura lógica da organização torna-se dominante, o poder democrático perde a competência de determinar o princípio organizativo (1).

Diz-se que rever as normas de limites materiais equivale a pôr em causa esses mesmos limites, porque suprimir a proibição de lhes tocar encerra ou determina o segundo evento, a remoção do limite; a proibição de um comportamento implica para o destinatário uma proibição de eliminar essa mesma proibição; eliminar a norma de garantia significa a mutação da norma garantida ~).

Não é assim, como acabámos de salientar: quanto aos limites de primeiro grau, porque a norma de garantia não os constitui; quanto aos de segundo grau, porque o cessarem de estar contemplados apenas traduz a vontade - perfeitamente legítima no confronto da vontade originária que os emanou - de lhes não conferir senão a garantia geral inerente à revisão, em vez da garantia decorrente de revisão agravada em dois momentos.

Diz-se, de outra banda, que admitir a revisão das cláusulas de limites expressos em todas as suas consequências as torna inúteis. A ser possível remover quaisquer das cláusulas de limites ou até alguns dos Emites, porque não, desde logo, atingir directamente os Emites ou todos os limites, revogando, tácita ou imphcit.amente, a norma proibitiva?

Todavia, tão-pouco é assim. A norma de limites expressos deve ser cumprida, por todo o tempo em que vigorar; enquanto não for alterada, não poderá haver, por conseguinte, preterição dos limites - sejam quais forem - que comina. Passa-se com

(1) J. BAPTISTA WIACHADO, Op. Cit., pág. 127, nota.

(2) Cfr. C. MORTATI, COnCettO .... cit., loc. cit., pág. 48; GomF-s CAwo-

TILHO, Direito Constitucional, cit., págs. 752-753.

ela algo de semelhante ao que se passa com qualquer norma constitucional, susceptível de revisão pelo órgão legislativo ordinário: este poderá modificá-la, nos termos da Constituição, mas, enquanto a não modificar, não poderá fazer normas legais discrepantes. Ou algo de semelhante ao que se passa com qualquer norma produzida ao abrigo de uma faculdade de auto-organização: ela não deixa de ser vinculativa para o órgão que a estatui e, sem embargo, poderá ser substituída quando esse órgão o achar oportuno (').

Nem seria possível, durante um só processo de revisão, mudar tanto a norma de limites como os próprios limites ou princípios constitucioz~ais fundamentais: pois até à entrada em vigor da lei de revisão, nunca estes poderiam ser afectados, por força do art. 288.0, e, após essa entrada em vigor (ou após a publicação, como diz o art. 284.0, n.o 1), cessa o poder de revisão e ha que esperar cmco anos ou uma antecipação (2).

A ratio legis de uma cláusula de limites é a mesma que preside à rigidez constitucional: a garantia através da dificultação do processo, a limitação do poder. Para não ser posta em causa, ela exige uma segunda revisão - ou seja, uma manifestação reiterada da vontade de revisão, uma segunda maioria em sentido idêntico ao da primeira, em momento ulterior (3). Exige isto, mas não exige mais do que isto.

III - Antes de 1989, escrevíamos (4) que relativamente ao art. 290. o em especial, outras razões militavam ainda em abono da revisibilidade:

- À margem das suas alíneas, heterogéneas, restavam princípios - limites implícitos - de não pouco relevo como a integridade do territ6rio (art. 5.0, n.o 3), a existência de três sectores de propriedade de meios de produção (arts. 80.o e 89.0) ou a isenção partidária das Forças Armadas

(1) Cfr., doutro prisma, S. M. CiccoNETTi, op. cit., pág. 260.

(2) Também para este efeito se explica o princípio de condensação das iniciativas de revisão atrás referido.

(3) Este momento poderá ser encurtado por modificação das regras sobre sistema de revisão que, entretanto, se opere. Mas dentro dos limites do razoável e, em coerência com o princípio democrático, nunca de modo a dispensar eleições gerais entre a primeira e a segunda revisão; o contrário seria,já entrar em ruptura.

(4)2.a ed., págs. 185 e 186.

(art. 275.0). E estes princípios poderiam ser modificados livremente pelo legislador de revisão por não estarem inscritos no art. 290.o (1) ?

- A análise objectiva dos arts. 263.o e seguintes (completados pelo art. 248.0) impunha a conclusão de que as organizações populares de base eram facultativas. Ora era, pelo menos, antinómico considerar algo de facultativo como cerne da Constituição (2).

- Que a Constituição não tivera primordialmente em vista proteger as cláusulas dos limites materiais contra tudo e contra todos provava-o a formulação de normas que, em sede de disposições finais e transitórias, derrogavam ou afastavam parcialmente alguns dos princípios subjacentes a tais limites (a do art. 298.0, anterior art. 3(>9.0, e, entre 1976 e 1980, a do art. 308.0). Se, mesmo em relação a certos direitos, liberdades e garantias, a Constituição, na sua veste originária, não os respeitava integralmente, como pretender estratificá-la de uma vez para sempre no tocante aos demais limites?

- Sem embargo da reivindicação da natureza soberana da Assembleia Constituinte portuguesa de 1975-1976, haveria que recordar os limites materiais e temporais da Lei n.o 3174, de 14 de Maio, a criação do Conselho da Revolução pela Lei n.o 5175, de 14 de Março, e

as Plataformas de Acordo Constitucional. Em face disso, como advogar a intangibilidade indefinida de todas e quaisquer cláusulas de limites do art. 290.0, impedindo o funcionamento dos mecanismos de revisão para, eventualmente, as alterar ou aditar outras? Como impedir legitimamente que uma assembleia de revisão pudesse rever tal preceito?

A revisão de 1989 ultrapassaria este problema corroborando a tese que defendíamos e defendemos.

50. Preterição de limites materiais e inconstitucionalidade

I - Porém, como sucede com quaisquer normas jurídicas, os limites materiais da revisão - ou sejam, os princípios constit,ucionais que constituem limites materiais da revisão - e os preceitos que os explicitam como tais podem ser preteridos.

Podem ser preteridos segundo diversas hipóteses, se bem que todas se reconduzam a dois pólos: ou à inconst ' itucionalidade da lei de revisão (pois a preterição por lei ordinária não merece ser aqui examinada) ou à cessação da sua vigência. Se tais princípios ou

(1) Cfr., analogamente, sobre o art 79.0. n.o 3, da Constituição alemã, ERNST FORSTHOlrlr, El Estado de Ia Sociedad Industrial, trad., Madrid, 1975, págs. 101 e segs.

(1) FILIPE VIEIRA, Revisão Constitucional e Consenso Nacional, cit., loc. cit.

normas conservam efectividade, a contradição que com eles se verifique por parte de qualquer lei de revisão há-de ser prevenida ou suprimida mediante os mecanismos de garantia da Constit,uição que existam. Se, ao invés, não conservam efectividade, outros princípios se lhes hão-de substituir e, se se tratar de limites de primeiro grau, outra Constituição material há-de sobrevir(').

Podem ser preteridos com cumprimento autêntico ou com cumprimento meramente formal ou aparente das regras const.itucionais de processo (verifiquem-se ou não os pressupostos ou requisitos de qualificação). E também em caso de incumprimento os dois pólos serão ou a inconstit.Ucionalidade formal ou a alteração constitucional.

II - É inconstitucional - materialmente inconst.itucional uma lei de revisão que:

Estabeleça normas contrárias a princípios constitucionais que devam reputar-se limites materiais da revisão, embora implícitos (por exemplo, uma lei de revisão que estabeleça discriminação em razão da raça, infringindo, assim, o princípio da igualdade proclamado no art. 13.0);

b) Estabeleça normas contrárias a princípios constitucionais elevados a limites materiais expressos (por exemplo, uma lei de revisão que estabeleça censura à imprensa, afectando, assim, o conteúdo essencial dos direitos, liberdades e garantias dos arts. 37.o e 38.0);

C) Estabeleça normas contrárias a princípios constitucionais elevados a limites materiais expressos, com concomitante eliminação ou alteração da respectiva referência ou cláusula (a mesma hipótese, com eliminação ou alteração da alínea d) do art. 288.0);

Estipule como limites materiais expressos princípios cont,rários a princípios fundamentais da Constituição (por exemplo, substituição, na alínea g) do art.. 288.0, de

a)

(1) Cfr. ESPOSITO, op. cit., pág. 211.

((existência)) por ((ausência)) ((de planos económicos no âmbito de uma economia mista))).

III-Havendo, além da preterição dos limites materiais, preterição de limites formais, as hipóteses tornam-se mais carregadas:

a) A preterição de limites materiais de primeiro grau ou de limites do poder constituinte (originário) por forma mconstitucional equivale a uma revolução (assim, a restauração da monarquia por maioria simples da Assembleia da República, ou por referendo);
b) A preterição de limites materiais de segundo grau por forma inconstitucional equivale a uma ruptura em sentido estrito (v.g., a eliminação da fiscalização da inconstitucionalidade por omissão por maioria simples).

Por último, pode designar-se por fraude à Constituiçffo a preterição de limites materiais de primeiro grau, com observância apenas externa das regras constitucionais de competência e de forma e substituição por outras para o futuro (como se terá passado em França em 1940 ou no Brasil em 1964) (1). Nestes casos, não existe, porém, utilização autónoma do processo de revisão, uma vez que o órgão de revisão não faz senão formalizar ou emprestar credibilidade, numa conjuntura de excepção, a uma operação política em curso ou mesmo já consumada por parte dos reais detentores do poder.

IV - A não reacção, por qualquer causa, à inconstitucionalidade material da revisão constitucional ou a não reacção em tempo

(1) V. LIET-VEAUX, La «Fraude à Ia Constitution*, in Revue du droit Public, 1943, págs. 116 e segs., maxime 141 e segs. A construção deste autor baseia-se na conexão, que estuda, entre as formas de revisão e os caracteres dos regimes políticos; e salienta como o órgão de revisão não pode decidir o abandono total e definitivo das regras de revisão em benefício de outras, porquanto tais regras traduzem o fundamento filosófico do poder. Cfr. o que há pouco dissemos sobre os limites à modificação das normas processuais de revisão.

util conduz à perda da efectividade da norma ou do princípio const.itucional infringido. Então:

a) Ou o princípio correspmde a um limite material de primeiro grau ou a um limite do poder constituinte (originário), e o que se dá é uma novação constitucional, a formação de uma nova Constituição, o exercício não já de poder de revisão, mas sim de poder constituinte (originário)('), mesmo se, aparentemente, permanece a Constituição formal;
b) Ou o princípio corresponde a um limite material de segundo grau, e pode talvez (se observadas as regras formais) falar-se ainda em revisão constitucional.

V - Na revisão constitucional de 1989 terá havido preterição de limites materiais? As opiniões dividem-se.

Para alguns autores, a resposta parece dever ser positiva; terá havido dupla revisão simultânea (2).

Para outros, diversamente, não houve violação de limites materiais (3). E é esse também o nosso pensamento C).

(1) Neste sentido, por todos, BACHOP, op. cit., pág. 53. Numa perspectiva diferente, cfr. ESPOSITO, op. cit., pág. 211: as mutações de partes da Constituição e, em particular, do regime não têm de dar-se sempre por forma extralegal e revolucionáxia; mas, para que se dêem, não é suficiente a publicação de uma lei, é necessário, que a

tentativa de operar a mudança tenha êxito e que a disposição se traduza em acto.

(2) Assim, GomF-s CANOTILHO, A 2.a Revisdo da Constituiçdo da República o a Identidade Constitucional, in Revista jurídica, n.- 13 e 14, janeiro-Julho de 1990, págs. 257 e segs.; FERNANDO REBOREDO SEARA e outros, Legislaçdo de Direito Constitucional, Lisboa, 1990, págs. 14-15.

Segundo GomEs CANOTILHO, poderia talvez argumentar-se a favor das alterações introduzidas no art. 290.o que elas foram a refracção lógica de modificações inseridas em sede da Constituição económica e do poder político, mas introduziu-se encapuçadamente a distinção entre «limites materiais fortes* e «Hmites materws fracos» e insinuou-se que os limites materiais são aqueles que as «maiorias de dois terços* declarem como tais em cada momento de revisão (pág. 259).

(3) ANTÓNIO VITORINO, prefácio à edição da Constituição da Associação Acadêmica da Faculdade de Direito de Lisboa, Lisboa, 1989, págs. xvi

Parte Il - Constituição e Inconstitucionalidade 215

51. Preterição de limites materíais e fiscalização da constitucionalidade da revisão

I -É algo controversa na doutrina a questão da fiscalização da constitucionalidade da revisão constitucional, particularmente da constitucionalidade material -decerto, por se situar em zona cinzenta entre o jurídico e o político, entre o poder de revisão e o poder constituinte (originario).

Há quem comece por negar a própria possibilidade de inconstitucionalidade material da revisão: pois, ficando as normas por ela criadas no mesmo plano hierárquico das normas constitucionais ' seria contraditório indagar da conformidade com a Constituição de actos (ou do resultado de actos) destinados a modificá-Ia (1). Sem razão, parere. Tudo está em compreender a função da revisão constitucioiial e a subordinação da competência para a levar a cabo à Constituição: se ela implica o preservar dos princípios vitais da Lei Fundamental, é óbvio que tem de ser sempre ajuizada em face desses princípios, e não em face desta ou daquela norma que intente modificar ou substituir ~) (3).

A inconstitucionalidade material da revisão é fenômeno homólogo ao da ilegalidade da lei (como a que pode dar-se hoje, em Portugal, por contradição de decretos legislativos regionais com leis gerais da República ou de leis dimana4as de órgãos de

e segs.; JOSÉ MAGALHÃF-S, Dicioltdrio da Revisão Constitucional, Lisboa, 1989, pág. 99; VITAL MOREIRA, A segunda revisão constitucional, cit., loc. cit., págs. 9 e segs., maximo 21 e segs. (terá havido retrocesso, m não refundaçã(> constitucional).

(4) V. Manual, i, 4.a ed., págs. 392 e 393. Apenas terá havido violação no art. 273.0, n.o 2, quando a liova fórmula liga a realização da defesa nacional ao respeito de convençõer, internacionais e, assim, infringe o princípio de independência nacional (contra, porém, VITAL MOREIRA, Op. cit., loc. cit., pág. 22, nota).

(1) Assim, F. PIERANDREI, oP. cit., loc. c~t., págs. 102-103. E foi essa também a opinião por nós expendida em Aspectos..., cit., págs. 196 e segs., embora já não em Ciência Política..., cit., ii, págs. 494-495.

(2) Por isso, HAURIOU fala em legitimidade constitucional (op. cit., pág. 269), a qual está acima da própria supralegalidadé.

(3) Cfr. GAETANO SILVESTRE, op. cit., loc. cit., pág. 1198: a lei de revisão setá para a Constituição como a lei delegada para a lei de delegação.

soberania com estatutos das regiões autónomas)('). Não é por as normas serem da mesma categoria ou do mesmo grau que deixam de interceder relações de constitucionalidade ou de legalidade. 0 que importa é haver ou não uma diferenciação de funçoes e de competência.

Não decorre, porém, forçosamente, da admissibilidade da figura da inconstitucionalidade material da revisão a admissibilidade teórica ou prática da fiscalização. Tal dependerá de outros factores, o primeiro dos quais vem a ser o sistema de garantia adoptado em cada país (2) (3).

Il - No Direito constitucional português nunca existiu, nem existe (como notámos já) fiscalização preventiva da constitucionalidade da revisão constitucional -material, orgânica ou formal. Além do art. 286.0, n.o 3, exclui-a terminantemente o art. 278.0, n.o 1.

A despeito disso, há quem estenda à inconstitucionalidade material o regime dos vícios formais e orgânicos que impedem a qualificação de certa lei como lei de revisão, ficando habilitado então o Presidente da República a não promulgar uma lei dita

(1) Cir. infra.
(2) Contra a fiscalização, EsmEiN, op. cit., i, págs. 509 e segs.; PIERANDREI, Corte Constituzionale, in Enciclopedia del Diritto, x, pág. 913;

JEAN DARBELLAY, op. cit., págs. 732 e segs. A favor da fiscalização, BISCA-
R.ETTI Di RuFFiA, La Constitution comme loi fondamentale .... cit., pág. 58;
nossa Ciência Política .... cit., ii, pág. 509; PIERFRANCEsco GROSSI, Op. cit.,
págs. 131 e segs., maxime 135-136; AFONSO QUEIR6, Liçjes .... cit., pág. 329;
OTTO BACIIOF, Op. Cit., PágS. 12 e 52; PEDRO DE VEGA, op. cit., págs. 261
e 296 e segs.

(3) Sobre o problema nos Estados Unidos (aquando do 18.o Aditamento à Constituição), ÉDOUARD LAm]3ERT, Le Gouverneme-nt des juges et Ia lutte contre Ia législation sociale aux États-U-nis, Paris, 1921, págs. 109 e segs.; MAURICF, BATTELLI, Autor du XVIIIO Amendement à Ia Constitution des États-Unis, in Revue du droit public, 1933, págs. 227 e segs.

Sobre a prática - em sentido favorável à fiscalização - em Itália
e na Alemanha, v., respectivamente, FRANcEsco FiNoCCHIARO, La competenza della Corte Costituzionalo rispetto allo leggi costituzionali e alle leggi di esocuzione di trattati inter-nazionali, in Scriti im onore di Vezio Crisafulli,
obra colectiva, Páclua, 1985, págs. 345 e segs., e 1<-~US STERN, Op. Cit., págs. 342 e segs.

de revisão que contendesse com limites materiais. E a recusa de promulgação tornar-se-ia possível (ou necessária), porque a promulgação de uma lei de revisão contrária aos princípios (ou a alguns princípios) do art. 288.o seria uma quebra do juramento presidencial e um atentado contra a Constituição(').

Por nós, rejeitamos resolutamente essa extensão. Os requisitos de qualificação são requisitos de qualificação do acto, não do conteúdo do acto; e só com aquele, e não com este, tem que ver o instituto da promulgação. Compreende-se, dada a objectividade dos

elementos formais e orgânicos, que o Presidente possa recusar qualificar uma lei como lei de revisão; já a dilucidação dos limites materiais por parte de um órgão político como o Presidente poderia equivaler a transferir para ele o fulcro do poder de revisão - assim como seria ele a decidir, no momento politicamente relevante, o que seria ou não violação da Constituição. Se se aplicasse a mesma doutrina à inconstitucionalidade das leis ordinarias (as quais, para quem seguisse KELSEN, seriam válidas se fossem leis de revisão constitucional) poderia chegar-se a um veto absoluto por inconstitucionalidade.

III - Em contrapartida, pronunciamo-nos a favor da fiscalização sucessiva ou a posteríori, a qual se dirige a todas e quaisquer normas criadas por poderes constituídos (arts. 207 e 280.o e segs.) (2).

Assim, se for caso disso, devem os tribunais, no uso da competência genérica atribuída pelo art. 207.0, apreciar a inconstitucionalidade das leis de revisão e não aplicar as normas delas provenientes que infrinjam princípios materiais garantidos pelo art. 288.o (3) ; e cabe ao Tribunal Constitucional declarar a inconstitucionalidade, com força obrigatória geral e com os efeitos previstos no art. 282.o C).

(1) JOSÉ JÚLIO PEREIRA GomEs, op. cit., págs. 33 e segs. e 41 e segs.

(2) E já era essa a nossa opinião à face da Constituição de 1933:
Cigncía Política..., cit., ii, pág. 509.

(3) Cfr., em parte diversamente, GomF-s CANOTILi-io e VITAL MoREiRA, op. cit., ii, págs. 503 e segs.

(4) De resto, como escrevemos na 1.a edição deste livro (pág. 507), nada obstaria (ou nada obsta) a que o Tribunal Constitucional pudesse julgar da constitucionalidade da primeira revisão constitucional, apesar

Quanto à fiscalização concreta, algumas dúvidas podem ser suscitadas pela letra do art. 280.0, n.o 3, sobre recurso obrigatório para o Ministério Público. Mas não só um argumento ou contra-argumento apenas literal não bastaria para inviabilizar o princípio como seria algo chocante admitir - como teria de se admitir, à face das fórmulas do art. 281.o - a fiscalização abstracta e não assegurar a fiscalização concreta, na generalidade dos casos muito mais importante e eficaz para o comum dos cidadãos (1).

Poderia alegar-se ainda, é certo, que um controlo a posteriori não tem grande sentido, visto que, estando as novas normas constitucionais já então vigentes, isso significaria que, quando correspondentes a princípios fundamentais diversos dos do art. 288.0, afinal haveria uma nova Constituição perante a qual o juiz não poderia raciocinar como se ainda existisse a anterior (2). Mas o problema é exactamente esse: a fiscalização da constitucionalidade material da revisão serve para atalhar à pretensão de efectividade da nova Constituição material escondida sob a forma de revisão, e, se funcionar de facto, esta não virá a formar-se ou a subsistir (3).

de instituído por ela. Nem seria contraditório supor que um órgão criado por uma lei de revisão pudesse (ou possa) fiscalizar a constitucionalidade de normas dessa lei, porque, no plano substantivo, a lei de revisão não tem existência própria (salvo quanto a disposições transitórias): as normas que encerra referem-se directamente à Constituição.

(1) Pense-se em qualquer modificação dos preceitos sobre direitos, liberdades e garantias, com diminuição ou inversão do princípio de protecção consignado na alínea d) do art. 288.0: por

exemplo, uma modificação do art. 29.0, n.o 2, autorizando aplicação retroactiva da lei criminal, ou do já referido art. 37.0, n.o 2, autorizando censura à imprensa. Em tais casos, deveriam os tribunais decidir de acordo com os novos preceitos, contrários a princípios fundamentais da Constituição? É claro que não.

(2) J. J. PFREIRA GomEs, op. cit., pág. 55.

(3) Tão-pouco se observe que, por o novo texto da Constituição ser publicado conjuntamente com a lei de revisão, o Tribunal Constitucional não pode fiscalizax a constitucionalidade de uma norma face ao paxâmetro alterado pela norma fiscalizada (FERNANDO 1ZEBOREDO SEARA e outros, op. cit., pág. 16): pois, como já se disse, o problema de inconstitucionalidade material da revisão põe-se perante os princípios constitucionais, não perante estes ou aqueles precmtos.

E também poderia invocar-se a dificuldade de repristinação da norma constitucional revogada pela norma que viesse a ser declarada ferida de inconstitucionalidade (1). No entanto, tudo haveria de se resolver através dos processos específicos da interpretação sistemática; e sempre será mais fácil harmonizar entre si normas congruentes com os mesmos princípios fundamentais (como sucede, em caso de declaração de inconstitucionalidade) do que harmonizar normas contrárias a esses princípios com as normas preexistentes que lhes são conformes.

52. Preterição de limites e transição constitucional

I - 0 quadro esboçado afigura-se suficientemente nítido para dispensar esclarecimentos complementares, salvo no tocante às hipóteses de preterição de requisitos definidores da Constituição

material sem desrespeito das regras constitucionais de competência e de forma de revisão - ou seja, de nascimento de Cons-

tituição material nova nos termos do processo de revisão constitucional.

Não se trata agora, ao invés do que se verifica quando os limites são de segundo grau ou impróprios, de dupla revisão; trata-se de duplo Processo de revisão (2). Nem se trata de preconizar

a sua utilização, pressupondo uma qualquer disponibilidade da Constituição material pelo órgão de revisão; trata-se tão-somente de identificar um fenômeno jurídico-político de modo algum meramente imaginário.

II - Que não tenham sido muito frequentes - mas só até há pouco -as ocasiões em que este fenômeno se tem produzido, não seria motivo para o menosprezar. Assim como seria, decerto, exagerado afirmar que a impressionante regularidade,

com que, em França, desde 1791, o poder constituinte originário tem suplantado o órgão de revisão, sempre que se tem pretendido

(1) J. J. PERF-IRA GomF-s, op. cit., pág. 60.

(2) Corrigimos algo do que escrevemos em A Constituição de 1976 .... cit., págs. 246 e segs.

fazer uma nova Constituição, revelaria a sua impossibilidade ou inverosimilhança (1).

Que a qualquer Constituição haja de assegurar-se a possibilidade de cumprir a sua tarefa (2) , de desenvolver até ao fim todas as virtualidades que contém, crê-se inegável. Mas isso não significa que, no âmbito das suas regras formais, não possa ser

proposta ou definida uma nova normatividade; e será, paradoxalmente ou não, outra maneira de aproveitar essas mesmas virtualidades organizar ela própria a sua superação. Bastaria lembrar aqui as Constituições que prevêem revisão total.

Um único exemplo dos vários atrás apontados, o da Constituição espanhola vigente, é elucidativo. Ela não só regula a sua reforma ou revisão parcial (art. 167.0) como também estabelece (art. 168.0) uma tramitação para a revisão total ou para a revisão parcial que afecte o título preliminar (donde constam, designadamente, a definição da Espanha como Estado social e democrático de Direito e como monarquia parlamentar, o direito à autonomia das nacionalidades e regiões e as garantias do pluralismo partidário e dos sindicatos), a secção i do capitulo ii do título i (relativa aos direitos fundamentais e às liberdades públicas) ou o título ii (relativo à Coroa).

Ora, enquanto que para a reforma o processo consiste em votação por maioria parlamentar qualificada e em sujeição a referendo, apenas quando solicitado por uma décima parte dos membros de qualquer das Câmaras, para a revisão total e para a revisão parcial dos precessos fundamentais (que é uma revisão total em sentido material) o processo torna-se muito mais complexo: aprovação do princípio da revisão por maioria de dois terços de cada Câmara e dissolução das Cortes, ratificação da decisão de revisão pelas novas Cortes e aprovação do novo texto constitucional por maioria de dois terços, finalmente referendo obrigatório para ratificação da revisão.

A experiência dos últimos anos mostra que já não são em pequeno número as transições constitucionais felizes. Além disso, agora no plano da política constitucional, pode preferir-se - a ter de haver mudanças radicais ou de regime - que elas se desenrolem dentro de processos de revisão, e não à revelia de quaisquer processos preestabelecidos comprovados (até porque que,

(1) G. BURDEAU, op. cit., iv, pág. 253.

(2) GomEs CANOTILIIO, oP. cit., pág. 750.

assim, se evitam as soluções de continuidade e os custos e riscos inerentes às revoluções); ou que, mantendo-se a legitimidade democrática, o povo tenha sempre meios processuais adequados à livre reorientação dos seus projectos institucionais.

De resto, ainda em tese geral, acrescente-se que o não fecharem-se os processos previstos na Constituição a grandes transformações políticas e sociais acaba por ser, não um elemento de perturbação e instabilidade, mas sim um elemento de conservação e estabilidade - porque as formas têm as suas próprias exigências, canalizam e disciplinam os agentes de poder, desencorajam extremismos, apontam para o compromisso com os princípios até então dominantes (1).

III - Em última análise, o que mostra uma teoria dos limites materiais da revisão constitucional é como, por detrás do poder de revisão, se encontra sempre presente ou latente o poder constituinte material (originário).

0 poder de revisão vive sempre em tensão com o poder constituinte, num duplo sentido. Se se mantém no seu espaço peculiar, respeitando os princípios fundamentais da Constituição na tarefa de adequação circunstancial dos preceitos que lhe cabe, aparece enquadrado, condicionado e regulado pelo poder constituinte (originário), autor da Constituição. Se, diversamente, extravasa desse espaço, não respeitando os princípios constitucionais, e - em conjuntura política, social e jurídica propícia - logra impor a sua obra, deixa de ser poder de revisão e converte-se em poder constituinte (originário), ainda quando persista durante algum tempo

- até ser reconhecido como tal - na sua antiga veste.

Nisto consiste a distinção radical e absoluta entre poder constituinte e poder de revisão e, do mesmo passo, a sua profunda e histórica relatividade.

(1) Cfr., contudo, doutro prisma, CARL J. FRIEDRICH, Op. Cit., PágS. 116 e segs., maxime 122, onde, criticando as cláusulas de limites materiais, sustenta que elas teriam o efeito político de privar o poder de revisão de uma parte daquilo que é a sua função essencial: prevenir o aparecimento de um poder constituinte. V. ainda KLAUS VON BEYME, La difesa del ordi-namento costituzionale (Germania Federale), in Quadermi Costituzionale, 1984, pág. 387.

Distinção radical e absoluta, porque o poder de revisão só é poder de revisão enquanto poder derivado e subordinado ao poder constituinte material originário. Distinção relativa, porque * poder constituinte só é originário ou derivado em razão de certa * determinada Constituição, não em razão do Estado ou da soberania- do Estado (ou, em democracia, da soberania do povo); para além dessa Constituição positiva, há sempre um poder constituinte inerente ao Estado, permanente, actualizável em nova Constituição a todo o tempo; um poder constituinte que, portanto - se o princípio de legitimidade subsiste - bem pode apropriar-se de um poder de revisão aparente, transformando-o em poder constituinte originário.

TITULO II

NORMAS CONSTITUCIONAIS

CAPITULO I

Estrutura das normas constitucionais

53. Os princípios e a sua função ordenadora

I - Inerente ao homem, condição e expressão da sua experiência convivencial, o Direito nunca poderia esgotar-se nos diplomas e preceitos mutáveis, constantemente publicados e revogados pelos órgãos do poder. Mesmo para quem não adira às escolas institucionalistas ou às estruturalistas, forçoso se torna reconhecer existir algo de específico e de permanente no sistema que permite (e só isso permite) explicar e fundar a validade e a efectividade de todas e cada uma das suas normas.

0 Direito não é mero somatório de regras avulsas, produto de actos de vontade, ou mera concatenação de fórmulas verbais articuladas entre si. 0 Direito é ordenamento ou conjunto significativo e não conjunção resultante de vigência simultânea(); implica coerência ou, talvez mais rigorosamente, consistência (2); projecta-se em sistema (3); é unidade de sentido, é valor incorporado

(1) J. HERmAxo SARAIVA, A crise do Direito, Lisboa, 1964, pág. 52. V. também págs. 69, 75 e 76.

(11) Cfr., por exemplo, as diferentes perspectivas de LOURIVAL VILANovA, As estruturas lógicas e o sistema do Direito positivo, São Paulo, 1977, págs. 108 e segs. e 147, e de CAsTANHEiRA NEvEs, A umidade do sistema jurídico: o seu problema - o seu sentido, Coimbra, 1979, págs. 205 e segs.

(3) Cfr. KARL LARENZ, Metodologia da Ciência do Direito, 2.a ed. portuguesa, Lisboa, 1989, págs. 531 e segs.; KLAUS-WILHELM CANARIS, Pensamento sistemdtico e conceito de sistema ma Ciência do Direito, trad. portuguesa, Lisboa, 1989, págs. 9 e segs.; MENEZES CORDEIRO, Ciência do Direito e Metodologia jurídica nos finais do século XX, Lisboa, 1989, pág. 4.'

em regra. E esse ordenamento, esse conjunto, essa unidade, esse valor projecta-se ou traduz-se em princípios, logicamente anteriores aos preceitos.

Como escreve CASTANHEIRA NEVES, o sistema jurídico tem a sua unidade não numa coerência conceitual, não a tem também numa norma que institua uma lógica de poder, não a tem ainda numa coordenação social de cibernética operatória, tem-na na solidariedade dialéctica com que nós, homens-pessoas em diálogo comunitário, vivemos a nossa axiológico-social realização (1). A unidade não é algo de que pura e simplesmente se parta ou se pré-defina como um axioma, mas algo que se postula como intenção e a que em grande medida se procurará chegar, constituindo-a (2).

Mas, observa CANARIS, na descoberta do sistema teleológico, não se pode ficar pelas *decisões de conflitos* e de valores singulares, antes se devendo avançar até aos valores fundamentais mais profundos, portanto até aos princípios gerais duma ordem jurídica. Só assim podem os valores singulares libertar-se do seu isolamento aparente e reconduzir-se à procurada conexão #orgânica* e só assim se obtém aquele grau de generalização sobre o qual a unidade da ordem jurídica se torna perceptível. 0 sistema define-se como uma ordem axiológica ou teleológica de princípios gerais de Direito, na qual o elemento de adequação valorativa se dirige mais à característica de ordem teleológica e o da unidade interna à característica dos princípios gerais (3).

II - Os princípios não se colocam, pois, além ou acima do Direito (ou do próprio Direito positivo); também eles - numa visão ampla, superadora de concepções positivistas, literalistas e absolutizantes das fontes legais - fazem parte do complexo ordenamental. Não se contrapõem às normas, contrapõem-se tão-somente aos preceitos; as normas jurídicas é que se dividem em normas-pr~ncípios e em normas-disposições.

Se assim se afigura em geral, muito mais tem do ser no âmbito do Direito constitucional, tronco da ordem jurídica estadual, todo ele envolvido e penetrado pelos valores jurídicos fundamentais dominantes na comunidade; sobretudo, tem de ser assim na consideração da Constituição material como núcleo de princípios

(1) A unidade .... cit., pág. 113.
(2) Ibidem, pág. 100.
C) Op. cit., págs. 76 e segs.

e não tanto de preceitos ou disposições articuladas. Eis o que temos vindo a expender ao longo da presente obra e que agora repetimos e sintetizamos(').

(1) Cfr., entre tantos, HELLER, op. cit., págs. 302 e segs.; F. PEREIRA DOS SANTOS, Um État Co-yporatif - La Constitutiou Sociale et Politique Portugaise, 2.a ed., Porto, 1940, págs. 29 e segs.; VEZIO CRISAFULLI, I PrinCipi constituzionali dell'interpretaziono delle leggi, in Scritti giuridici im o~e di Santi Roma-no, obra colectiva, i, Pádua, 1940, pág. 703, e La Costituziono o le sue dispozioni di principio, Milão, 1952; GEORGES MORANGE, Op. Cit., Zoe. Cit., pá gs. 229 e segs.; josEF ESSER, Principio y norma em Ia elaboraci6" jurisprudencial dei Derecho Privado, trad., Barcelona, 1961, págs. 88 e segs.; CAsTANHEIRA NEVES, Questdo-de-facto-Questão-de-direito, Coimbra, 1967, págs. 553 e segs.; FRANCO MODUGNO, op. cit., i, págs. 217 e segs.; VITTORIO ITALIA, Lo disposizione di principio stabilite daí legislatur6, Milão, 1970; General Principies of the Constitutional adjudication: the politicalfoundations of Constitutional law - A symposium, obra colectiva, ed. por john Allen

Winters. Nova Iorque, 1971, págs. 47 e segs.; AFONSO QUEIR6, Lições... ' cit., i, págs. 291 e segs.; DomENico FARIAS, Ideedità o in&terminatezza moi principi costituzio-nali, Milão, 1981, págs. 161 e segs.; GARCIA DE ENTERRIA, La Constituci6n como Norma y el Tribunal Constitucional, Madrid, 1981, págs. 97 e segs.; C-OMES CANOTILHO, COnStitUiÇJO dirigC-ntO .... cit., págs. 277 e segs.; híENEZES CORDEIRO, Princípios Gerais de Direito, in Polis, Iv, págs. 1490 e segs.; SERGIO BARTOLE, Primipi generali dei Diritto (Diritto Costituzionale), in Enciclopedia dei Diritto, xxxv, 1986, págs. 494 e segs.; RICCARDO GUASTINI, Sui principi di diritto, in Diritto o Società, 1986, págs. 601 e segs.; AUGUSTO CERRI, Il 4iPrincipio» come fattore di orientamento interpretativo e come valore «privilegiato»: spunti ed ipotesi per una distinzione, in Giurispr"-nza Costituzionale, 1987, págs. 1806 e segs.; Rui MACHETE, Os princípios estruturais..., cit., Zoe. cit., págs. 355-356; M. GARCIA CANALES, Principios generatos y princípios constitucionales, in Revista de Estudios Politicos, n.o 64, Abril-junho de 1989, págs. 131 e segs.; KARIL LARENZ, op. cit., págs. 577 e segs.; CANARIS, Op. cit., págs. 76 e segs.

E ainda, J. H. SARAIVA, Op. cit., págs. 54 e 55; UBALDO PROSPERETTI, I principi generali dei diritto dei lavoro nella Costituzione, in Rivista Trimestralo di Diritto Pubblico, 1970, págs. 353 e segs.; WoLirrANr- ABENDROTH, op. cit., págs. 267-268; FRANÇois LUCHAIRE, op. cit., Zoe. cit., págs. 284 e segs.; MENEZES CORDEIRO, A ConsUtuiçcTo patrimonial privada, in Estudos sobro a Constituiçao, III, pág. 368; MOTA PINTO, Teoria Geral do Direito Civil, 2.a ed., Coimbra, 1983, págs. 81-82; J. BAPTISTA MACHADO, IMtfOduçdo .... cit., págs. 163 e 164; MANUEL AlZAG6N, La oficacia juridica dei principio democratico, in Revista Espa~rwla de Derecho Constitucional, Setembro-Dezembro de 1988, págs. 9 e segs.; OLIVEIRA ASCENSÃO, 0 Direito, cit., pág. 391 e segs.

III - A função ordenadora dos princípios revela-se particularmente nítida e forte em momentos revolucionários, quando é nos princípios - nos quais se traduz uma nova ideia de Direito e não nos poucos e precários preceitos escritos, que assenta directamente a vida jurídico-política do país (1). Mas não menos sensível se apresenta em épocas de normalidade e estabilidade institucional.

Eles exercem uma acção imediata enquanto directamente aplicáveis ou directamente capazes de conformarem as relações político-constitucionais. E exercem também uma acção mediata tanto num plano integrativo e construtivo como num plano essencialmente prospectivo.

Por certo, os princípios, muito mais que os preceitos, admitem ou postulam concretizações, densificações, realizações variáveis. Nem por isso o operador jurídico pode deixar de os ter em conta, de os tomar como pontos firmes de referência, de os interpretar segundo os critérios próprios da hermenêutica e de, em consequência, lhes dar o devido cumprimento.

IV - As próprias disposições constitucionais reconhecem essa acção imediata: entre nós, os axts. 207.o e 277.0, n.o 1 (na linha do art. 63.o da Constituição de 1911 e do art. 122.0, depois 123.0, da Constituição de 1933), consideram inconstitucionais as normas que infrinjam a Constituição ou os princípios mola consignados (2); e o art. 290.0, n.o 2, declara em vigor o direito anterior que não seja contrário à Constituição ou aos Príncípios nela consignados (3).

A acção mediata dos princípios consiste, em primeiro lugar, em funcionarem como critérios de interpretação e de integração, pois são eles que dão a coerência geral do sistema. E, assim,

(1) V. a comprovação prática em A Revoluçdo de 25 de Abril e o

Direito Constitucional, cit., maxime págs. 12, 20 e 81 e segs.

(2) Sobre a função dos princípios no art. 277.0, n.o 1, v. as intervenções dos Deputados Mota Pinto e Jorge Miranda na Assembleia Constituinte, in Didrio, n.o 166, págs. 3821 e 3822.

(3) Cfjr., por exemplo, as referências aos #princípios fundamentais reconhecidos pelas leis da República* no preâmbulo da Constituição francesa de 1946 e aos #princípios fundamentais das leis do Estado* com limite das leis regionais no art. 117.0 da Constituição italiana.

o sentido exacto dos preceitos constitucionais tem de ser encontrado na conjugação com os princípios e a integração há-de ser feita de tal sorte que se tornem explícitas ou explicitáveis as normas que o legislado constituinte não quis ou não pôde exprimir cabalmente (1).

Servem, depois, os princípios de elementos de construção e qualificação: os conceitos básicos de estruturação do sistema constitucional aparecem estreitamente conexos com os princípios ou através da prescrição de princípios (2).

Exercem, finalmente, uma função prospectiva, dinamizadora e transformadora, em virtude da sua maior generalidade ou indeterminação e da força expansiva que possuem (e de que se acham desprovidos os preceitos, desde logo por causa das suas amarras verbais). Dai, o peso que revestem na interpretação evolutiva; daí a exigência que contêm ou o convite que sugerem para a adopção de novas formulações ou de novas normas que com eles melhor se coadunem e que, portanto, mais se aproximem da ideia de Direito inspiradora da Constituição (sobretudo, quando se trate de Constituição programática (3).

54. Classificações de princípios constitucionais

I - Os princípios constitucionais não são homogéneos, podem revestir diferente natureza ou configuração. A doutrina tem, por isso, naturalmente, proposto alguns agrupamentos ou classificações.

Entre nós, CASTANIIEIRA NEvEs discrimina os «princípios a~dológico-jurídicos transcendentes ao Estado» e os «princípios directamente consti-

(1) Em geral, sobre as relações entre disposições-normas e disposições-principios, cfr. VITTORIO ITALIA, op. cit., págs. 80 e segs., ou GomEs CANOTILHO, Direito Constitucional, cit., págs. 129 e segs.

(2) Cfr. as regras de cahbração de que fala TÉRcio SAmpAio FERRAZ, A Convocação..., cit., loc. cit., págs. 12 e segs.

(3) Cfr. DomENico FARIAS, Op. Cit., PágS. 166 e segs. Mais amplamente sobre os princípios gerais de Direito como directivas de progresso v. EMILlo BETTI, Interpretazione de116 Legge e degli A ttí Giuridici, Milão, 1949, págs. 205 e segs.

tutivos da particular forma de Estado instituída - os princípios explicitamente definidores dessa forma de Estado, das suas instituições próprias e da sua específica estrutura social-política, isto é, os princípios constitucionais positivos». Os primeiros carecem de uma ulterior determinação, cis segundos encontram-se j à positivamente determinados. Por isso, enquanto que o respeito ou a violação destes pode ser fácil e imediatamente controlada (pelo confronto do conteúdo jurídico dos actos estaduais com o conteúdo normativo desses princípios), já o cumprimento daqueles exige a mediação de um acto chamado a determiná-los (1).

Situando-se, embora, no domínio do Direito administrativo, AFoNso QUEIR6 procede a uma contraposição idêntica: entre «princípios jurídicos fundamentais» e 4princípios gerais de Direito administrativo». Os princípios jurídicos fundamentais são máximas ou directrizes jurídicas pré-estaduais, autónomas em relação às decisões do legislador constituinte e cuja validade e obrigatoriedade não depende do facto de serem acolhidas na Constituição escrita de um Estado que se diga Estado de Direito. Com os princípios gerais de Direito administrativo trata-se, não de princípios imediatamente deduzíveis da Ideia de Direito, mas de princípios que desta derivam mediatamente, sendo a sua textura influenciada pelos ingredientes espacio-temporais, pela situação cultural, pela concepção do homem e do mundo, pelo fundo ético da comunidade considerada e pela consequente valorização ou peso relativo dos interesses pelo círculo de cultura em que esses princípios regem (2).

Doutro quadrante, distingue GomEs CANOTILHO princípios jurídicos fundamentais o princípios políticos constitucionalmente conformadores, princípios constitucionais impositivos e princípios-garantia. Os primeiros são princípios fundamentais historicamente objectivados o progressivamente introduzidos na consciência jurídica geral e que encontram uma recepção expressa ou implícita no texto constitucional; pertencem à ordem jurídica positiva e constituem um importante fundamento paxa a interpretação, o conhecimento e a aplicação do direito positivo. Os segundos são princípios constitucionais que explicitam as valorações políticas fundamentais do legislador constituinte; aí se condensam as opções políticas fundamentais e se reflecte a ideologia inspiradora da Constituição. Nos princípios constitucionais impositivos subsumem-se todos os princípios que, no âmbito da Constituição dirigente, impõem aos órgãos dos Estados, sobretudo ao legislador, a realização de fins e a execução de tarefas. Por último, os prin-

(1) Questão-de-facto - Questão-de-direito, cit., pág. 553 (a respeito da referência à Moral e ao Direito no art. 4.o da Constituição de 1933). Cfr., A unidade..., cit., págs. 105 e segs., e Fontes de Direito - Comtributo para uma revisão da sua problemdtica, cit., loc. cit., págs. 247 e segs.

(2) Liçjres..., cit., i, págs. 291 e segs.

cípios-garantia traduzem-se no estabelecimento'directo de garantias para os cidadãos (1).

Il - Quanto a nós, discernimos, de uma parte, princípios constucionais substantivos - princípios válidos em si mesmos e que espelham os valores básicos a que adere a Constituição material; e, de outra parte, princípios constitucionais adjectivos ou instrumentais - princípios, sobretudo de alcance técnico, complementares dos primeiros e que enquadram as disposições articuladas no seu conjunto.

A seguir, subdistinguimos os princípios constitucionais subs-~tantivos em princípios axiológicos fundamentais e princípios político-constitucionais, partindo da análise dos limites materiais do poder constituinte e da revisão constitucional há pouco exposta.

Temos, pois, três grandes categorias:

1) -Princípios axiológicos fundamentais - correspondentes aos limites transcendentes do poder constituinte, ponte de passagem do Direito natural para o Direito positivo (c que, no essencial, coincidem com os princípios axiológico-jurídicos de CASTANHEIRA NEVES). Exemplos: a proibição de discriminações, a inviolabilidade da vida humana, a integridade moral e física das pessoas, a não retroactividade da lei penal incriminadora, o direito de defesa dos

acusados, a liberdade de religião e de convicções, a dignidade social do trabalho, etc. (2).

2) Princípios Político-constitucionais - correspondentes aos limites imanentes do poder constituinte, aos limites específicos da revisão constitucional, próprios e impróprios, e aos princípios conexos ou derivados de uns e de outros, os quais reflectem, como o nome indica, as grandes marcas e direcções caracterizadoras de cada Constituição material diante das demais, ou sejam, as grandes opções e princípios de cada regime. Exemplos entre nós: o princípio democrático, o princípios representativo, o princípio republicano, o da constitucionalidade, o da separação dos órgãos

(1) Direito Constitucional, cit., págs. 120 e segs.

(2) V. arts. 13.0, n.o 2; 19.0, n.o 6, 24.0; 25.0; 29.0, n.o 2; 32.0; 41.": 59.0, n.o 1, alínea b), da Constituição portuguesa.

do poder, o da subordinação do poder económico ao poder político, etc. (1).

3) Princípios constitucionais instrumentais - correspondentes à estruturação do sistema constitucional, em moldes de racionalidade e operacionalidade; princípios fundamentalmente construtivos (na -linha de DUGUIT) e que, embora vindos do Estado constitucional ou de Direito, hoje adquiriram uma relativa neutralidade a ponto de poderem encontrar-se um pouco por toda a parte. Exemplos: o princípios da publicidade das normas jurídicas, o da competência (ou da fixação da competência dos órgãos constitucionais pela norma constitucional), o do paralelismo das formas, o da tipicidade das formas de lei, etc. (2).

Esta uma classificação possível (3). Mas nada justificaria convertê-la em separação abissal, pois há, em cada sistema constitucional, sempre um grau maior ou menor de comunicação e contacto entre elementos diversos - um elemento construtivo está presente nos princípios mais valorativos, e um elemento valorativo nos princípios aparentemente mais técnicos ~).

(1) V. arts. 3.0, n.o 1; 10.0; 3.0, n.- 2 e 3; 121.0; 114.0; 80.0, alínea a).

(2) V. arts. 122.0; 113.0, n.o 2, e 114.0, n.o 2; 115.0

(3) Em Direito Constitucional - Introdução Geral, policopiado, Lisboa, 1978-1979, págs. 147 e 148, propusemos uma classificação diversa, segundo graus decrescentes de valorização e estabilidade e graus crescentes de significação política e ideológica:

a) Princípios gerais de Direito (v. g., o princípio da protecção da
pessoa ou o da proporcionalidade ou racionalidade);

b) Princípios gerais de Direito constitucional ou, mais amplamente, princípios gerais de Direito público (v. g., o princípio da fixação da competência pela norma jurídica ou o da tipicidade das formas de lei);

Princípios gerais do mesmo tipo constitucional de Estados (v. g., no Estado constitucional ou de Direito ocidental, o princípio da tutela jurisdicional dos direitos ou o da representação política);
Princípios fundamentais específicos de cada Constituiçdo positiva (v. g., na Constituição portuguesa de 1976, o da independência nacional, o dos direitos fundamentais dos cidadãos, o da democracia, o do Estado de Direito e o do socialismo).

d)

~) Cfr. josEF EssER, op. cit., págs. 98 e segs., maximo 102, nota.

55. A sede dos princípios e os ~Princípios Fundamentais* da Constituição

I - Pela sua própria natureza e função, os princípios não carecem de sede fixa no texto constitúcional; os que lhe não sejam exteriores (ou anteriores) podem dele ser simplesmente induzidos. Raras vêm a ser, no entanto, as Constituições, nas quais, em lugares variáveis, não apareçam enumerados princípios de que terá havido consciência aquando da sua elaboração ou a partir de alguns dos quais se terá pretendido mesmo organizar, o sistema constitucional.

Na Constituição portuguesa de 1976, encontram-se princípios em vários momentos: no preâmbulo, ao traçar-se o sentido da «decisão do povo português»; e, sob forma articulada, na anteparte de «Princípios Fundamentais», nos títulos de «princípios gerais» das partes de Direitos e Deveres Fundamentais, Organização Económica e Organização do Poder Político, nos títulos da parte iii sobre tribunais, regiões autónomas, poder local, administração pública e defesa nacional e no já examinado art. 288.o

Sem ignorar a importância do art. 288.o como exphcitação de princípios, bem como dos arts. 12.0, 13.0, 18.0, 80.0, 114.0, 116.0, 205.o e 266.o (entre outros), deve apenas frisar-se que não esgotam os princípios constitucionais, que outros princípios há ou pode haver implícitos('), que a sua importância deve ser medida no plano global sistemático e axiológico da Constituição e que, em nenhum caso, razões conjunturais (que, porventura, terão determinado alguns) poderão prevalecer sobre razões objectivas e sobre a subordinação a valores éticos.

II - 0 que deste modo se diz ajuda a aperceber o sentido dos «Princípios Fundamentais» da actual Constituição.

Como se sabe, a rubrica «Principios Fundamentais» é a primeira vez <Vie surge entre nós, mas o seu objecto -uma primeira apresentação do Estado em todas as Constituições anteriores nunca tinha deixado de ser tratado de harmonia com os postulados filosófico-jurídicos e ideológicos respectivos: todas tinham definido o Estado Português não apenas através dos seus iiele-

(1) Cfr. a tricotomia de VITTORTO ITALIA de princípios fundamentais explícitos, relativamente explícitos e implícitos (op. cit., págs. 200 e segs., 207 e segs. e 215 e segs.).

mentos» ou condições de existência como através de directos princípios de estrutura constitucional. De igual sorte, verifica-se que os «Princípios Fundamentais» de 1976 são homólogos ou análogos aos de Constituições, de outros países, sejam quais forem os estilos adoptados ou os lugares em que figurem (1) (2).

A comissão de sistematização da Assembleia Constituinte considerou os <~Princípios Fundamentais» destinados a «definir e caracterizar o Estado Português, referenciando ainda a sua posição na comunidade internacional* (3). Todavia, não é legítimo atribuir função idêntica a todas essas onze primeiras disposições constitucionais. Os arts, 4.0, 5.0, 7.0, n.- 2, 3, 4 e 5, e 1 1.o nenhum papel ou nenhum papel autónomo de matriz de ideias ou de preceitos desempenham; só por circunstâncias conjunturais ou por deficiência ou caxência de outra colocação pertencem à mesma sede dos arts. 1.o 2.0, 3.0, 6.0, 7.0, n.o 1, 9.o e 10.o E, por outro lado, também os princípios Insitos nestes artigos são susceptíveis de diversa consideração.

Podem discernir-se princípios relativos à existência do Estado (art. 1.0), princípios relativos à organização política e social

(axts. 2.0, 3.0, n.o 1, 9.o e 10.0), princípios relativos à subordinação do Estado ao Direito (arts. 2.0, 3.0, n.- 2 e 3, 9.0, alínea b), e 10.0, n.o 1), princípios relativos à forma do Estado (art. 6.0) e princípios relativos à comunidade internacional (arts. 7.0, n.o 1, e 8.0); princípios de base (arts. 1.o e 2.0, 1.a parte, 3.0, 6.0, 7.0, n.o 1, 8.o e 10.0) e princípios de finalidade (arts. 1.0, 2.0, 2.a paxte, e 9.0); princípios preceptivos (arts. 1.o e 2.0, 1.a parte, 3.0, 6.0, n.- 1, 1.a parte, e 2, 7.0, n.o 1, 8.o e 9.0, alíneas a), b) e c), e 10.0», e principios programáticos (arts. 1.(> e 2.o ' 2.8 parte, 6.0, n.O 1, 2.a parte, 7.0, n.- 2, 3, 4 e 5, e 9.0, alíneas c), d) e e» (4) (5).

(1) Entre outras proclamações (emblemáticas), cfr. art. 1.o da Constítuição italiana, art. 20.o da Constituição alemã, art. 2.0 da Constituição francesa, art. 1.o da Constituição espanhola, art. 1.o da Constituição brasileira.

(2) Por exemplo, sobre princípios fundamentais da Constituição italiana, cfr. MORTATI, Principi fundamentali o sttrutura dell'ordinamento costituzionate, in Scritti, ii, págs. 346 e segs.; ou, sobre o título preliminar da Constituição espanhola, GREG40RIO PEcEs-BARBA, op. cit., págs. 49 e segs., ou JOSÉ VILAS NOGUEIRA, Los valores superiores del ordenamionto juridico, in Revista Espagota de Derecho Constitucional, n.o 12, 1984, págs. 87 e segs.

(8) Diário, n.o 13, de 5 de julho de 1975, pág. 271.

(4) V. o relatório da comissão de Princípios Fundamentais da Assembleia Con-,tituinte e as declarações de voto dos partidos, in Diário, n.O 24, págs. 600 e segs., e n.o 25, págs. 621 e segs.; e o debate na generalidade, in Diário, n.- 25 e 26, págs. 623 e segs. e 648 e segs. Aquando da revisão constitucional de 1982, v. o debate na Assembleia da República, in Diário, ii legislatura, 2.a sessão legislativa, 1.a série, n.o 129, págs. 5445 e segs., e n.o 130, págs. 5465 e segs.; e, aquando da revisão de 1989, v. o

56. Os preâmbulos constitucionais

I - Um preâmbulo ou proclamação mais ou menos solene, mais ou menos significante anteposta ao articulado não é componente necessário de qualquer Constituição; é tão-somente um elemento natural de Constituições feitas em momentos de ruptura histórica ou de grande transformação político-sociál (1). 0 seu carácter depende dessas circunstâncias e dessas intenções, bem como da ideologia a que apela o legislador constituinte. E também a sua forma e a sua extensão aparecem extremamente variáveis: desde as sínteses lapidares de estilo literário aos longos arrazoados à laia de relatórios preliminares ou exposições de motivos; desde a invocação do nome de Deus ou do título de legitimidade do poder constituinte ao conspecto histórico; desde a alusão a um núcleo de princípios filosófico-políticos à prescrição de determinados objectivos programáticos.

Encontram-se preâmbulos em alguns dos mais importantes textos constitucionais estrangeiros quer dos primórdios do constitucionalismo quer de épocas mais recentes e de diversos regimes' políticos. Com interesse desigual aparecem em Constituições como as dos Estados Unidos (1787), da Suíça (1874), da Alemanha de Weimar (1919), da Irlanda (1937), da França (1946 e 1958), do Japão (1946), da República Federal da Alemanha (1949) (2), da jugoslávia (1974), da Grécia (1975), da União Soviética (1977), da Espanha (1978), da Guiné-Bissau (1984), do Brasil (1988), etc. E, entre nós, como se sabe, nas Constituições de 1822, 1911 e 1976.

debate, ibidem, v legislatura, 2.a sessão legislativa, 1.a série, n.o 86, págs. 4210, 4212 e segs., 4216, 4218, 4220, 4221, 4222 e 4225, e n.o 89, pág. 4438.

(r,) Sobre os #Princípios Fundamentais*, v. ainda Estudos sobre

a Constituição, i, págs. 27 e segs.; ii, págs. 9 e segs.; e iii, págs. 16 e segs. Cfr. LUCAS PIRES, Teoria da Constituição de 1976, cit., págs. 188 e segs.

(1) Um grande número de textos constitucionais apenas contém fórmulas de apresentação, promulgação, sanção ou outorga; e, por vezes, nem isso.

(2) 0 preâmbulo de 1949 viria a sofrer algumas modificações em,1990, aquando da reunificação alen2ã.

II - 0 paralelo histórico com 1822 e 19 11 e as difíceis condições em que abriu a Assembleia Constituinte de 1975-1976, num ambiente carregado de tensões ideológicas, foram, sem dúvida, os motivos por que os projectos de Constituição àquela submetidos contiveram, todos, preâmbulos (1). Por isso, a inclusão de um preâmbulo e o seu objecto foram previstos desde
• aprovação da sistematização do texto constitucional. Todavia, ele viria
• ser o último texto votado pela Assembleia Constituinte, a qual aprovou, sem modificações, o que constava do parecer da comissão especialmente constituída para o efeito (2).

0 preâmbulo deveria versar matéria atinente aos «antecedentes e enquadramento histórico da Constituição, bem como à sua justificação e aos seus grandes objectivos» (3). E, com efeito, nele recortam-se três partes: a primeira (correspondente aos três parágrafos iniciais) refere-se à origem da Constituição; a segunda (correspondente ao quarto parágrafo) refere-se ao seu projecto político, à ideia de Direito, aos grandes princípios que materializa; a terceira parte (final) à fórmula de aprovação da Constituição pela Assembleia Constituinte.

Não se trata apenas, na primeira parte, de resumir o circunstancialismo histórico em que sobrevém o texto constitucional e de desenhar o conteúdo «negativo» da decisão constituinte: o fascismo, a ditadura, a opressão, o colonialismo (~). Mais do que isso, é a sua própria legitimidade que se afirma.

A Constituição surge por virtude da Revolução feita pelo Movimento das Forças Armadas, «coroando a longa resistência do povo português». Mas não é o autor da Revolução que a decreta, que a outorga. É o povo - porque a Revolução ixestituiu os direitos fundamentais» aos portugueses e é iino exercício destes direitos e liberdades* que «os legítimos representantes do povo se reúnem para elaborar uma Constituição». A legitimidade da Constituição não é outra senão a legitimidade democrática: o poder constituinte funda-se na soberania do povo, e não no poder de qualquer órgão ou fracção do povo.

Nem há contraste entre a Constituição e a Revolução, porque esta é democrática na origem («interpretando os sentimentos profundos do povo portugu") e na finalidade (dibertar Portugal da ditadura»). 0 preâmbulo evoca, pois, directamente o Programa do M. F. A., de que era objectivo tornar as instituições «pela via democrática, indiscutidas representantes do Povo Português* e onde expressamente se previa a convocação de uma Assembleia Constituinte, eleita por sufrágio universal, directo e secreto.

pág. 62.

('L) Cfr., supra, vol. i.
(2) V. Didrio, n.o 130, págs. 4343 e 4756 e segs.
(3) Parecer da comissão de sistematização, in Didrio, n.o 13, pág. 271.
(4) A expressão é de GomEs CANOTILiio e VITAL MOREIRA, op. cit., 1,

Na segunda parte, contém-se a decisão constituinte. A Assembleia «afirma a decisão do povo português ... » (do povo, de ninguém mais). E deparam-se aí cinco ideias a uma síntese ou meta global.

São essas ideias: «defender a independência nacional», «garantir os direitos fundamentais dos cidadãos», «estabelecer os princípios basilares da democracia», «assegurar o primado do Estado de Direito democráticos, «abrir caminho para uma sociedade socialista no respeito da vontade do povo português». E a síntese ou meta é «a construção de um país mais livre, mais justo e mais fraterno».

Faz parte ainda do texto do preâmbulo a fórmula de aprovação da Constituição (último parágrafo): «A Assembleia Constituinte (...) aprova e decreta a seguinte Constituição da República Portuguesa». Rigorosamente, porém, tal fórmula deverá ser entendida em conexão com a fórmula da promulgação que foi posta a final do articulado.

Assim surgido e redigido, o preâmbulo permaneceria intocado após as duas revisões constitucionais (1), ao que parece, em face da segunda, visto sobretudo como «referência histórica fundamental* ou como <xepositório de referências de memória da luta contra a ditadura» (2).

II - 0 alcance político e literário do preâmbulo é evidente em qualquer Constituição. Ele reflecte a opinião pública ou o projecto de que a Constituição retira a sua força (3); mais do que no articulado as palavras adquirem aqui todo o seu valor semântico e a linguagem todo o seu poder simb61ico ~).

(1) 0 projecto de revsão da Aliança Democrática, de 1980, preconizava algumas modificações. Mas o assunto quase não seria discutido em comissão (v. Didrio, ii legislatura, 1.a sessão legislativa, 2.a série, 3.o supl. ao n.o 108, págs. 3322(32)-3332)33» e não subiria ao Plenário.

(2) Deputado Costa Andrade, in Didrio da Assembleia da República, v legislatura, 2.a sessão legislativa, I.& série, n.o 86, reunião de 23 de Maio de 1989, pág. 4210, e, no mesmo sentido, Deputados Almeida Santos e Rui Machete, ibidem, págs. 4218 e 4220.

Cfr., contudo, algo discrepantemente, intervenções dos Deputados Manuel Alegre, Nogueira de BTito, Marques júnior e Basílio Horta, ibidem, págs. 4212, 4213 e segs., 4220, 4221 e 4222 e 4225.

Foi rejeitada a proposta de eliminação do preâmbulo feita por Deputados do Centro Democrático Social: ibidem, n.o 89, de 30 de Maio de 1989, pág. 4438.

(a) CARL J. FRIEDRICH, op. cit., págs. 86-87.

(4) BARBOSA DE MELO, CARDOSO DA COSTA e VIEIRA DE ANDRADE, op. cit., pág. 18. Cfr. PAULO FERREIRA DA CUNHA, Pensar o Direito -Do realismo cussico à andlise mítica, Coimbra, 1990, págs. 343 e segs.

Menos palpável é o sentido jurídico. Dizer que aí se descobre o «espírito da - Constituição» não basta para se apreender a exacta natureza do preâmbulo tanto à face do articulado constitucional quanto à face das leis ordinárias.

A doutrina distribui-se por três posições: a tese da irrelevância jurídica; a tese da eficácia idêntica à de quaisquer disposições constitucionais; entre as duas, a tese da relevância jurídica específica ou indirecta, não confundindo preâmbulo e preceituado constitucional. De acordo com a primeira tese, o preâmbulo não se situa no domínio do Direito, situa-se no domínio da política ou da história; de acordo com a segunda, ele acaba por ser também um conjunto de preceitos; de acordo com a terceira, o preâmbulo participa das características jurídicas da Constituição, mas sem se confundir com o articulado().

Para nós, o preâmbulo é parte integrante da Constituição, com todas as suas consequências. Dela não se distingue nem pela origem,

nem pelo sentido, nem pelo instrumento em que se contém. Distúigue-se (ou pode distinguir-se) apenas pela sua eficácia ou pelo papel que desempenha.

0 preâmbulo dimana do órgão constituinte, tal como as disposições ou preceitos; é aprovado nas mesmas condições e o acto de aprovação possui a mesma estrutura e o mesmo sentido jurídico. Nem deixaria de ser estranho que, estando depositado num mesmo documento e inserido numa mesma unidade, fosse subtraído ao seu influxo ou fosse considerado despiciendo para a sua com-

(1) Sobre o problema em geral, cfr. EDWARD S. CORWIN, Op. Cit., págs. 1 e segs.; H. KELSEN, General Theory .... cit., págs. 260-261; STEFAN IROZMARYN, La Constitution, loi fondamentale de I'État socialiste, cit., págs. 96-97; V. N. SiíuxLA, The Constitution of India, 6.8 ed., Lucknow, 1975, págs. 1 e 2-, JOSÉ AFONSO DA SiLvA, Aplicabilídade das normas constitucionais, 2.5 ed., São Paulo, 1982, págs. 187 e segs.; GomFs CANOTILHO C VITAL MOREIRA, op. cit., i, págs. 62 e 63; BISCARETTI Di RUFFIA, Diritto Costituzionalo Comparato, cit., págs. 661 e 662; PAULO BONAVIDES, Direito Constitucional, 3.8 ed., Rio de janeiro, 1988, págs. 184 e segs.; DE VERGOTTINI, Op. Cit., PágS. 165 e 166. Particularmente sobre o preâmbulo da CÁ>nstituição francesa de 1946, ROBERT PELLoux, Le Préambulo de ta Constitution du 27 octobro de 1946, in R.-vue du droit Public, 1947, págs. 347 e segs.

preensão. Tudo quanto resulte do exercício do poder constituinte - seja preâmbulo, sejam preceitos constitucionais - e conste da Constituição em sentido instrumental, tudo é Constituição em sentido formal.

Os preâmbulos não podem assimilar-se às declarações de direitos. Estas são textos autonomamente aplicáveis, seja qual for o valor -constitucional, legal ou supraconstitucional- que se lhes reconheça, e separados da Constituição instrumental por razões técnicas e, sobretudo, por razões históricas. Ao invés, aos preâmbulos falta essa autonomia e o que neles avulta é, essencial" mente, a unidade que fazem com o articulado da Constituição, a qual, desde logo, confere relevância jurídica ao discurso político que aparentam ser.

Em contrapartida, não se afigura plausível reconduzir a eficácia do preâmbulo (de todos os preâmbulos ou de todo o preâmbulo, pelo menos) ao tipo de eficácia próprio dos artigos da Constituição. 0 preâmbulo não é um conjunto de preceitos, é um conjunto de princípios (1) que se projectam sobre os preceitos e sobre os restantes sectores do ordenamento - e daí, a sua maior estabilidade, que se compadece, de resto, com a possibilidade de revisão ~).

0 preâmbulo não pode ser invocado enquanto tal, isoladamente; nem cria direitos ou deveres; invocados só podem ser os princípios nele declarados (aqui, sim, em plano idêntico aos que podem ser induzidos do restante texto constitucional) (3); e, do mesmo modo, não há inconstitucionalidade por violação do preâmbulo como texto a se; só há inconstitucionalidade por violação dos princípios consignados na Constituição ~).

(1) Neste sentido, acórdão n.o 437 da Comissão Constitucional, de 26 de janeiro de 1982, in apêndice ao Didrio da República, de 18 de janeiro de 1983, pág. 80.

(2) Contra: BARBOSA DE MELO, CARDOSO DA COSTA C VIEIRA DE ANDRADE, op. Cit., pág. 17; GomF-s CANOTILHO e VITAL MOREIRA, Op. Cit., 1, págs. 63, e ii, pág. 564.

(3) Assim, expressamente os arts. 4.o e 176.o da Constituição turca de 1982.

(4) Em França, o art. 93.o da Constituição de 1946 excluía da fiscalização da constitucionalidade pelo Comité Constitucional os prin-

Não deixa, por conseguinte, de ser importante e útil a sua proclamação no pórtico da Constituição. As disposições constitucionais poderão, em certos casos, consumir todas as afirmações nele contidas (1); o preâmbulo como que as unifica e as liga global e dialecticamente. Ainda que, no plano dos conceitos, se admita que nada lhes acrescenta, no plano dos valores, da sua impulsão orientadora, do seu estímulo crítico, a diferença parece nítida.

E, doutra banda, não se invoquem eventuais contradições entre o preâmbulo e o articulado da Constituição para negar a sua força jurídica ou a sua autonomia em relação à ((Constituição propriamente dita* (2). Porque, a haver tais contradições, elas tomam-se mais patentes à face do preâmbulo: os princípios contidos no preâmbulo delimitam-nas e restringem-nas e, para quem admita ciormas constitucionais mconstitucionais)), podem retirar-lhe mesmo validade.

57. CL~icaoes de disposições constitucionais

I -As disposições constitucionais são disposições jurídicas como quaisquer outras. Enquanto tais, podem e devem ser agrupadas, aproximando ou afastando categorias, de harmonia com diversos critérios (3).

Por um lado, aplicam-se-lhes as classificações conhecidas da Teoria Geral do Direito. Por outro lado, porém, há classifi-

cípios do preâmbulo; mas hoje, sobretudo por acção do Conselho Constitucion,~l, a situação é diferente.

(1) Mas não terá sido assim entre 1976 e 1982, com a referência ao Estado de Direito democrático; ou após 1989, com a decisão «de abrir caminho para uma sociedade socialistas.

(2) AFONSO RODRIGUES QuF-iRó, Liç6es..., cit., págs. 326 e segs.; HEiNRIcH EWALD HORSTER, Op. Cit., IOC. Cit., PágS. 129-130.

(8) Cfr. por exemplo, entre nós, JOSÉ DIAS MARQUES, Introdução ao Estudo do Direito, cit., págs. 151 e segs.; J. HERMANO SARAivA, Lieões de I-ntroduçdo ao Direito, Lisboa, 1962-1963, págs. 247 e segs.; J. BAPTISTA 3UCHADO, Introduçdo..., cit., págs. 93 e segs.; JOSÉ DE OLIVEIRA AscENsÃo, 0 Direito, cit., págs. 5 19 e segs.; e, especialmente para o Direito administrativo, AiroNso QUEIR6, Lições .... cit., i, págs. 283 e segs. (o qual distingue normas de conduta e de organização, de acção e de relação, internas e externas, materiais e instrumentais).

cações ou contraposições específicas ou que, ainda quando se encontrem também noutras áieas, revestem aqui mais directo interesse. Eis o que vamos, de seguida, sumariamente mostrar.

Il -Entre as classificações gerais de disposições jurídicas (ou, talvez mais rigorosamente, de normas-disposições) é usual discernir as que tomam cada disposição ou norma em si, olhando ao objecto sobre o qual incidem, e as que tomam cada norma em relação com outras normas.

Assim, quanto ao objecto ou ao conteúdo, as disposições jurídicas - e, portanto, também as disposições constitucionais podem ser:

a) Normas de regulamentaçdo e normas técnicas - consoante possuem um sentido específico de regulamentação ou se limitam a dar, no conjunto sistemático do ordenamento, o enquadramento técnico-legislativo de que aquelas podem carecer (assim, as definições legais, as regras de qualificação ou as chamadas normas ordenadoras);
b) Normas autónomas e normas n~»w autónomas - consoante valem por si, contêm todos os elementos de uma norma jurídica, ou somente valem

integradas ou conjugadas com outras;

Normas prescrítivas e normas proibitivas -conforme prescrevem ou vedam determinado acto ou comportamento;
Normas Primárias e normas secundárias ou sancionatórias - conforme dispõem sobre as relações e as situações da vida ou estabelecem garantias do cumprimento das primeiras, nomeadamente sanções;

Normas inovadoras e normas interpretativas - consoante introduzem uma modificação na ordem jurídica ou se propõem definir o sentido e o alcance de outras normas;
Normas directas e normas derivadas -consoante são apreensíveis directamente nas disposições expressas ou se encontram implícitas noutras normas.

C)

d)

6)

Lugar à parte ocupam as disposições de Direito transitório material (contrapostas a todas as demais), que são normas temporárias destinadas a estabelecer o regime jurídico (a (derceira solução))) correspondente à passagem do regime até então vigente para o regime de novo decretado.

- Quanto às suas relações, as disposições jurídicas, incluindo as constitucionais, podem distinguir-se em:

a) Normas gerais e normas especiais -conforme dispõem para a generalidade dos casos ou para situações especiais neles contidas;
b) Normas de direito comum e normas de direito particular - consoante se destinam à generalidade das pessoas ou a certas categorias de pessoas em particular (quando é em razão do território dizem-se normas de direito local);
C) Normas ~ e . mas excepcionais -conforme cor respondem a princípios gerais ou a excepções a esses princípios (enquanto que as normas especiais são desen volvimentos diferenciados de um só princípio, as normas excepcionais assentam em princípios antagónicos dos adoptados pelo ordenamento jurídico);
d) Normas materiais e normas remi*sstvas - consoante encerram em si a regulamentação ou a devolvem para a regulamentação constante de outras normas;

C) Normas exequendas e normas de execução -consoante

execução depende de outras ou tem por exactamente, dar execução a normas preexis-

a sua objecto, tentes;

f) Normas Principais e normas subsididrias - consoante se aplicam por si próprias ou se aplicam apenas na falta de normas que especificamente se ocupem das relações ou situações.

Estas classificações não valem tanto pelo seu rigor lógico quanto pela possibilidade que dêem de mais correcta interpretação e compreensão dos diferentes comandos jurídicos, considerados como parcelas de um mesmo sistema.

III - Entre as classificações ou contraposições de mais particular incidência no domínio do Direito constitucional ou mesmo

dele específicas('), avultam as seguintes:

a)

Normas constitucionais materiais e normas constitucionais de, garantia (correspondentes grosso modo a normas primárias e a normas secundárias) - aquelas formando ou reflectindo o núcleo da Constituição em sentido material, da ideia de Direito modeladora do regime ou da decisão constituinte (assim, na Constituição portuguesa de 1976, as normas dos «Principios Fundamentais» e das partes i, ii e iii) e estas estabelecendo modos de assegurar o seu cumprimento frente ao próprio Estado, por meios preventivos ou sucessivos que lhe emprestem efectividade ou maior efectividade (assim, as normas da parte iv da Constituição) (2) ;

b) Normas constitucionais de fundo, orgânicas o processuais ou de forma - as primeiras, sobretudo respeitantes às relações entre a sociedade e o Estado ou ao estatuto das pessoas e dos grupos dentro da comunidade política (assim, as normas das partes i e ii da Constituição); as segundas, definidoras dos órgãos do poder, da sua estrutura, da sua competência, da sua articulação recíproca e do estatuto dos seus titulares (3) (assim, normas como as dos arts. 123.o e segs., ou 164.o a 168.0, ou 185.o ou 205.o ou 229.o e segs. ou 241.0, etC.);

(1) Cfr., GiusEPPE CHIARELLI, Elasticità 411a Costituzione, cit., loc. cit., págs. 50 e segs.; JOSÉ AFONSO DA SILVA, Aplicabilidade .... cit., págs. 71 e segs.; IGNACIO DE OTTO, op. cit., págs. 28 e segs.; GomEs CANOTILHO, Direito Constitucional, cit., págs. 123 e segs.; TÉRCIO SAmpAio FERRAZ jt'JNIOR, Constituinte - Assembleia, Processo, Poder, cit., págs. 11 e segs. e 165 e seg.; KLAUS STERN, op. cit., págs. 265 e segs.

(2) Sobre normas constitucionais de garantia, v. o nosso Contributo..., cit., págs. 209 e segs. Cfr. infra.

(3) Sobre normas de organização, V. NAZARENO SAITTA, P-YOMeSS6 per uno studio delle norme di organizzazione, Milão, 1965, e, em especial, sobre normas de competência, F. PIERANDREI, La Costituzione o lo sue norme di competenza, in Scritti..., ii, páv-
,,S. 3 e segs.

as terceiras, relativas aos actos e actividades do poder, aos processos jurídicos de formação e expressão da vontade - de uma vontade necessariamente normativa e funcional (assim, os arts. 115.0, 122.0, 139.0 a 143.0, 149.0, 169.o a 173.0, ou 235.0);

0) Normas constitucionais Preceptivas e normas constitucionais programdticas - sendo preceptivas as de eficácia incç>ndicionada ou não dependente de condições institucionais ou de facto (assim, os arts. 9.0, alínea b), 12.o e segs., 82.0, 85.o e segs.) e programáticas aqueIas que, dirigidas a certos fins e a transformações não só da ordem jurídica mas também das estruturas sociais ou da realidade constitucional (daí o nome), implicam a verificação pelo legislador, no exercício de um verdadeiro poder discricionário, da possibilidade de as concret.izar (assim, os arts. 9.0, alínea d), 58.0, 63.0, 78.0, 81.0, 96.0, etc.);

d) Normas constitucionais exequíveis e ndo exequíveis por si mesmas -as primeiras, aplicáveis só por si, sem necessidade de lei que as complemente (assim, os arts. 24.0, 36.0, 48.o, 56.o, 115.o, 130.0, etc.); as segundas carecidas de normas legislativas que as tomem plenamente aplicáveis às situações da vida (assim, os arts. 40.0, 52.0, n.o 3, 56.0, n.o 2, alínea e), 61.0, n.o 4, 77.0, 85.0, n.o 2, 276.0, n.o 2, etc.); e esta classificação está presente no art. 283.0;

e) Normas constitucionais a se e normas sobre normas

constitucionais - contendo aquelas uma específica regulamentação constitucional, seja a título de normas materiais, seja a título de normas de garantia, e reportando-se estas a outras normas constitucionais para certos efeitos (como o art. 284.o e outras disposições sobre revisão constitucional ou as diposições transitórias).

Um exame mais atento merecem a terceira e a quarta classificações propostas, quer pela sua importância no Direito constitucional dos nossos dias quer por causa das controvérsias doutrinais e de certos equívocos que à sua volta têm surgido.

58. Normas preceptivas e normas programáticas

I - Entre normas preceptivas e normas programáticas (assim como entre normas exequíveis e normas não exequíveis por si mesmas) não há uma diferença de natureza ou de valor. Só existem diferenças de estrutura e de projecção no ordenamento. São normas umas e outras jurídicas() e, desde logo, normas jurídico-constitucionais, integrantes de uma mesma e única ordem constitucional; nenhuma delas é mera proclamação política ou cláusula não vinculativa. Tão-pouco se vislumbram dois graus de validade, mas só de realização ou de efectividade (2).

(1) É a posição que sempre temos perfilhado: assim, logo, Aspectos de uma teoria de inconstitucionalidade, cit., págs. 54 e segs.

(2) Cfr., entre tantos, J.BAN RiVERo e GORGES VEDEL, Les principos ácomomiques et sociaux de Ia Constituti&n, in Droit social, Maio de 1947, págs. 14 e segs.; P. BARILF,, La Costituziono .... cit., págs. 48 e segs.; VEzio CRISAFULLI, La Costituzione..., cit., págs. 51 e segs.; Livio PALADIN, OSSORvazioni sulla discrezionalità e sull'eccesso di potere dei legislatore ordinario, in Revista Trimestrale di Diritto Publico, 1956, págs. 1017 e segs.; KELSEN, Teoria Pura .... cit., ii, pág. 68; STEFAN ROSMARYN, op. cit., págs. 99 e segs.; MICHAL STASKÓV, Quelques remarques sur les «droits écomomiques et sociauxs, in Essais sur les droits de 1'homme em Europo (deuxième série), obra colectiva, Turim-Paris, 1961, págs. 48 e segs.; GEORGEs BURDEAU, Op. Cit., IV, PágS. 131 C SCGS.; MIGUEL GALvÃo TELES, Eficdcia dos tratados .... cit., págs. 167, nota, e 204 e segs.; AFONSO QUEIR6 e BARBOSA DE MELO, A liberdade de empresa e a Constituiçdo, cit., loc. cit., pág. 226; JORGE MIRANDA, Co-ntributo .... cit., págs. 73 e 173-174, nota, e A Co-nstituiçdo de 1976, págs. 135-136 e 346-347; ROGÉRIO SOARES, Direito.Público.... cit., págs. 29 e 88 e segs.; ?¥IARIO NIGRO, Costituzione ed effettività costituzionate, in Rivista Trimestralo di Diríito e Procedura Civile, 1969, págs. 1711 e segs.; ROSAH RUSSOMANO, Das normas Constitwionais programdticas, in As Tend~ncias A tuais do Direito Público. Estudos em homenagem ao Professor Afonso Arinos de Meto Franco, obra colectiva, Rio, 1976, págs. 267 e segs.; TEMISTOCLE ~URTINES, Op. cit., loc. cit., págs. 803
• segs.; AURCELO REBELO DE SOUSA, Direito Constitucional, cit., págs. 96 c segs.; GomEs CANOTILHO, Constituiçdo dirigente..., cit., págs. 166 e segs., 293 e segs., 313 e segs., e 317 e segs., e Direito Constitucional, cit., págs. 72
• segs.; VIEIRA DE ANDRADE, Os direitos fundamentais .... cit., págs. 300
• segs.; Luís FREIRE DE CARVALHO, Normas programdticas ma Constit-uiçdo, in Revista de Direito Público, n.(> 82, Abril-junho de 1987. págs. 156 e segs.; PAULO BONAVIDES, Op. Cit., PágS. 191 e segs., maximo 206 e segs.; ROBF-RTO BIN, A ltti normativi e norme programmaticho, Milão, 1988, págs. 179 e segs.;

Isto é verdadeiro tant ' o no plano do sistema constitucional quanto no plano de cada norma tomada por si. No plano do sistema, na medida em que as normas programáticas dele participam como quaisquer outras e para ele contribuem através dos princípios, dos fins e dos valores que incorporam; e, assim como recebem o influxo das normas preceptivas, também as não podem deixar de influenciar. No plano de cada norma isoladamente considerada, pois nenhuma deixa de revestir - sejam quais forem os critérios perfilhados - força jurídica e pode haver até normas em parte, preceptivas e, em parte, programáticas.

II-As normas programáticas são de aplicação diferida, e não de aplicação ou execução imediata; mais do que comandos -regras explicitam comandos-valores (1); conferem ((elasticidade)) ao ordenamento constitucional C); têm como destinatário pri macial - embora não único C) - o legislador, a cuja opção fica a ponderação do tempo e dos meios em que vêm a ser revestidas de plena eficácia (e nisso consiste a discricionariedade); não con sentem que os cidadãos ou quaisquer cidadãos as invoquem) . a

CRISTINA QUEIROZ, Os Actos Políticos no Estado de Direito, Coimbra, 1990, págs. 143 e segs.

Cfr. ainda, J. I-IERMANO SARAIVA, A crise .... cit., págs. 59 e 73; ANDRÉ GONÇALVES PEREIRA, Relevância do Direito Internacional na Ordem Interna, in Revista da Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa, 1964, págs. 231 e segs.; TEixEiRA RIBEIRO, Os princípios constitucionais da fislidade portuguesa, Coimbra, 1966, pág. 20, nota; 3URQUEs GUEDES, Op. Cit., págs. 352 e 358; CARDOSO DA COSTA, Curso de Direito Fiscal, 2.a ed., Coimbra, 1969, págs. 85-86; VITA.L MOREIRA, Economia e Constituição, Cit., págs. 128-129, nota, e 136 e segs.; MF-NEZES CORDEIRO, Op. Cit., IOC. Cit., III, págs. 369-370; ARMANDO DE CASTRO, Relações necessdrias entre as disposiç6es económicas bdsicas da Constituiçdo e os seus princípios Programdticos, in Fronteira, n.o 6, Abril-junho de 1979, págs. 73 e segs.; ANA PRATA, Op. cit., págs. 123 e segs.

(1) J. HERMANO SARAIVA, A crise .... cit., pág. 59, nota.

(2) Como nota CHIARELLI, Op. Cit., IOC. Cit., pág. 56.

(3) Até os particulares também podem ser destinatários de algumas normas programáticas: efr. GiusEPPE MUSACCHIA, Brevi consíderazioni sulla efficacia di alcune norme costituzionali, in Revista Trimestrale dí Diritto P-abblico, 1958, pág. 601.

(ou imediatamente após a entrada em vigor da Constituição), pedindo aos tribunais o seu cumprimento só por si, pelo que pode haver quem afirme que os direitos que delas constam, maxime os direitos sociais, têm mais natureza de expectativas que de verdadeiros direitos subjectivos (1); aparecem, muitas vezes, acom-~ panhadas de conceitos indeterminados ou parcialmente indeterminados.

Contudo nenhum desses traços defirddores (ou outros entérios que se utilizem para a contraposição diante das normas preceptivas) briga com a juridicidade das normas programáticas: nem a eficácia diferida ou a elasticidade queridas pelo legislador constituinte - porque a dimensão pyospectiva ~) é também uma dimensão do ordenamento jurídico, pelo menos no Estado social ~) e pelo menos de certas Constituições; nem o mais próximo contacto em que possam estar com certos valores (ou certos valores novos) do ordenamento; nem o avultar do legislador como destinatário - porque numerosas são outras normas constitucionais, designadamente orgânicas, dirigidas a órgãos ou a titulares de órgãos do Estado; nem o poder discricionário - porque este é um poder jurídico; nem a impossibilidade de quaisquer cidadãos exercerem só por si os direitos que as normas programáticas atribuam - porquanto podem ser muito diversas as posições dos cidadãos perante as normas jurídicas; nem a indeterminação - pois, segundo os cânones de interpretação, o que importa é a determinabilidade dos conceitos.

III - Nas Constituições liberais do século xix, as normas substantivas eram quase todas normas orgânicas e as normas de fundo circunscreviam-se aos direitos, liberdades e garantias. Dominavam, portanto, as normas preceptivas.

Nas Constituições com intenções sociais, de diversas inspirações, do século xx as normas de fundo, bem como as normas

(1) 0 problema é de teoria geral dos direitos fundamentais. (2) A expressão é de GOMES CANOTILHO, op. cit., 2.a ed., i, pág. 217. (3) Cfr., a respeito de alguns problemas da lei intervencionista do Estado social, FRITZ GyGi, L'État de Droit et 1'organisation contemporaino de 1'économio et des rapports sociaux, cit., loc. cit.

de garantia, dilatam-se muitíssimo e passam a prever direitos sociais e a organização económica. Deparam-se então, em largo número, normas programáticas.

Qual o remate que terão estas mutações jurídico-políticas? Serão as normas programáticas a ganhar a primazia ou, antes, as preceptivas? Perguntando por outra maneira: estarão predispostas as normas programáticas a tomar-se preceptivas, ou, pelo contrário, as preceptivas sujeitas a baixar ao nível das programáticas?

Em fase anterior do nosso pensamento, inclinámo-nos para urna síntese ou unidade, de acordo com um valor preceptivo, directo, actual do sistema, por dois motivos: 1.0) por desconhecermos um nexo natural entre a estrutura obrigacional dos direitos à igualdade e a estrutura programática das normas; 2.0) por, de um ângulo muito aberto do processo jurídico, podermos encarar a execução legal das normas programáticas como um espaço de vocatio ou de lacuna legis, jamais de vocatio ou de lacuna juris (1).

Hoje, propendemos para algo de diferente. Achamos que a distinção entre normas preceptivas e normas programáticas é inerente ao Estado social de Direito e à democracia pluralista; e que ela confere maleabilidade e adaptabilidade ao sistema. Mais: admitimos até, dentro de certos limites, variações de estrutura das normas consoante as Constituições, os tempos históricos e as circunstâncias dos países.

59. Normas exequíveis e não exequíveis por si mesmas

I - São classificações distintas, embora parcialmente sobrepostas, a classificação das normas constitucionais em preceptivas e programáticas e a classificação em exequíveis e não exequíveis por si mesmas.

Os prismas em que assentam não se confundem. Ao passo que entre as normas preceptivas e as programáticas a diferenciação se situa na interacção com a realidade constitucional - susceptível ou não de ser, só por força das normas constitucionais, ime-

(1) Contributo .... cit., pág. 76; e na 2.a ed. deste volume, pág. 221. Cfr. a perspectiva de GomF-s CANOTILI-IO, COMStitUiÇjO dirigOnte..., Cit., págs. 453 e segs.

diatamente conformada de certo modo - entre as normas exequíveis e as normas não exequíveis o critério distintivo está nas próprias normas e vem a ser a completude ou incompletude destas.

Precisando um pouco melhor o que são as normas não exequíveis por si mesmas, dir-se-á que nelas se verifica - por motivos diversos de organização social, política e jurídica - um desdobrament.o: por um lado, um comando que substancialmente fixa certo objectivo, atribui certo direito, prevê certo órgão; e, por outro lado, um segundo comando, implícito ou não, que exige do Estado a realização desse objectivo, a efectivação desse direito, a constituição desse

órgão, mas que fica dependente de normas que disponham as vias ou os instrumentos adequados a tal efeito (1).

É a necessidade de complement.açao por normas legislativas(2) ~ da interpositio legislatoris nesse sentido ~), integrando-a num quadro mais amplo, para que realize a sua finalidade específica, que identifica a norma constitucional não exequível por si mesma ~).

Il - Todas as normas exequíveis por si mesmas podem considerar-se preceptivas, mas nem todas as normas preceptivas são exequíveis por si mesmas. Em contradartida. as normas progra., 1 - .

(1) Cfr. o acórdão n.o 90184 do Tribunal Constitucional, de 30 de julho de 1984, in Boletim do Ministério da justiça, n.o 353, Fevereiro de 1984, págs. 188 e segs., falando em limite imposto pela matureza das coisas$, e em princípios relativamente aos quais o legislador constitucional entende impor-se uma nova ponderação normativa - complementax da que ele próprio fez, mas de que não quis tirar (ou permitiu que se tirassem) logo todas as possíveis consequências. Em geral, sobre as razões de incompletude de normas constitucionais, v. HEssE, op. cit., págs. 17 e segs.

(2) Quanto à complementação por normas de Direito internacional, o problema é mais complexo: cfr. infra.

(3) Relação paralela à que se estabelece entre normas constitucionais não exequíveis e noimas legislativas é a que ocorre, por vezes, entre normas legislativas não exequíveis por si mesmas e normas regulamentares. Cfr. JORGE MIRANDA, Decreto, Coimbra, 1974, págs. 60 e segs. (sobre o art. 109.0, § 7.0 da Constituição de 1933, então em vigor) ou AFoNso QUEIR6, Teoria dos Regulamentos, in Revista de Direito e Estudos Sociais, nova série, n.O 1, pág. 24.

C) Inconstitucionalidade por omissão, in Estudos sobre a Constituição, i, pág. 343. Cfr. GomEs CANOTILHO, Constituigio dirigente..., cit., págs. 320 e segs. e 481.

máticas são todas (ou quase todas) normas não exequíveis por si mesmas. Quer isto dizer que a segunda classificação é mais envolvente do que a primeira, porque entre as normas não exequíveis por si mesmas tanto se encontram normas programáticas (v. g., o art. 64.0) como normas preceptivas (v. g., o art. 41.0, n.O 6).

. Quer as normas programáticas quer as normas preceptivas não exequíveis por si mesmas caracterizam-se pela relevância específica do tempo, por uma conexa autolimitação e pela necessidade de concretizaçdo, e não só de regulamentação legislativa. Separam-se, no entanto, por as normas preceptivas não exequíveis por si mesmas postularem apenas a intervenção do legislador, actualizando-as ou tornando-as efectivas, e as normas programáticas exigirem mais do que isso, exigirem não só a lei como providências administrativas e operações materiais. As normas não exequíveis por si mesmas preceptivas dependem apenas de factores jurídicos e de decisões políticas; as normas programáticas dependem ainda (e sobretudo) de factores económicos e sociais.

Daí um maior grau de liberdade do legislador perante as normas programáticas do que perante as normas precepitvas não exequíveis: estas deverão ser completadas pela lei nos prazos relativamente curtos delas decorrentes('); já as normas programáticas somente terão de ser concretizadas quando se verifica-
rem os pressupostos de facto que tal Dermitam elo
a apreciar p órgão legislativo (2).

Nas normas exequíveis por si mesmas, os comandos constitucionais actualizam-se só por si; nas normas não exequíveis preceptivas, aos comandos constitucionais acrescem as normas legislativas; e nas normas não exequíveis por si mesmas programáticas tem ainda de se dar uma terceira instância - a instância política, administrativa e material, única com virtualidade de modificar as situações e

(1) Cfr. o art 293.0, n.cl 3, da Constituição, no seu texto inicial, ou o art. 241.o da Lei Constitucional n.o 1182, de 30 de Setembro.

(2) Cfr. o art. 9.0, alínea d), 2.a parte, da Constituição, no texto actual, e o art. 22.o da Declaração Universal, ligando aquele a efectivação dos direitos económicos, sociais e culturais à transformação e à modernização das estruturas económicas e sociais e este ao esforço nacional, à cooperação internacional, à organização e aos recursos de cada país.

os circunstancialismos económicos, sociais e culturais subjacent.es à Constituiçao.

III - Em vez de duas classificações, parcialmente sobrepostas, toma-se, pois, possível um esquema alternativo com três categorias correspondentes a sucessivos graus de efectividade (ou eficácia) intrínseca das normas: 1) normas preceptivas exequíveis por si mesmas; 2) normas preceptivas não exequíveis por si mesmas; 3) normas programáticas.

Será talvez interessante confrontar esta t-ricotomia com a que JOSÉ AFONSO DA SILVA propõe, distinguindo normas constitucionais de eficdcia plena, normas constitucionais de elicdcia contida e normas constitucionais de eficdcia limitada ou reduzida (1).

Segundo este Autor, na primeira categoria incluem-se todas as normas que, desde a entrada em vigor da Constituição, produzem todos os seus efeitos essenciais (ou têm possibilidade de os produzir): normas que contenham vedações ou proibições, que confiram isenções, imunidades ou prerrogativas, que não designem órgãos ou processos especiais de execução ou que não exijam a elaboração de novas normas legislativas que lhes completem o alcance ou fixem o conteúdo.

0 segundo grupo constitui-se de normas que incidem imediatamente * produzem (ou podem produzir) todos os efeitos queridos, mas que têm * sua eficácia contida em certos limites, dadas certas circunstâncias: assim, as normas restritivas ou sobre ordem pública.

As normas do terceiro grupo são as que não produzem todos os seus efeitos essenciais, porque o legislador constituinte não estabelece sobre a matéria uma normatividade bastante. E englobam normas declaratórias de princípios institucionais e organizatórios e normas declaratórias de princípios programáticos.

Ora, verifica-se com relativa facilidade que as normas de eficácia plena de JOSÉ AFONSO DA SILVA correspondem às normas exequíveis de que acabámos de falar, as normas declaratórias de princípios institucionais e organizatórios correspondem grosso modo às normas preceptivas não exequíveis e as normas declaxatórias de princípios programáticos às normas programáticas. Só as normas de eficácia contida ficarão à margem, embora pareçam reconduzir-se ainda a normas preceptivas.

Outro Autor, AUNOEL GONÇALVES FERREIRA FILHO, depois de distinguir normas imediatamente exequíveis e normas não exequíveis por si mesmas, subdivide estas em quatro tipos: 1.o) normas incompletas, regras que não prescindem de outras que as desdobrem ou (xegulamentema,; 2.0) nar-

(1) Aplicabilidadé..., cit., págs. 71 e segs.

-ÂL-

mas condicionadas, regras que, embora completas, ficam condicionadas pelo constituinte à futura edição de lei que propicie o início de sua execução; 3.0) normas programdticas, cuja execução reclama não só uma complementação normativa mas igualmente uma «terceira instância

política, administrativa e material», sem o qual eles não terão condições de efectivação no mundo real; 4.0) normas de estruturação, que prevêem a instituiçao de órgãos ou entes estatais, ou o tratamento sistemático e global de um sector de actividade, mormente económico (1).

60. A força jurídica das normas programáticas e das normas não exequíveis
por si mesmas

I - Ha, pois, aspectos comuns a reter na força jurídica das normas programáticas e das normas não exequíveis por si mesmas (ou seja, na prática, das normas Preceptivas não exequíveis por si mesmas):

a) Umas e outras, desde logo, só por constarem da Constituição, devem - tal como " normas exequíveis por si mesmas ser tidas em conta na interpretação das restantes normas, as quais, sem elas, poderiam ter alcance diverso (2);

b) Igualmente, através da analogia, umas e outras podem contribuir para a integração de lacunas;

c) Conquanto o seu sentido primário seja sempre prescritivo, e não proibitivo ~), elas adquirem, complementarmente, um duplo sentido proibitivo ou negativo - proíbem a emissão de normas legais contrárias e proíbem a prática de comportamentos que tendam a impedir a produção de actos por elas impostos ~); donde inconstitucionahdade material em caso de violação;

d) Elas fixam critérios ou direct,lvas para o legislador ordinário nos domínios sobre que versam - donde inconst.it.ucio-

(1) Come-ntdrios à Constituição Brasileira de 1988, 1 vol., São Paulo, 1990, pág. 7.

(2) Cfr., porexemplo, a conjugação dos arts. 62.0, n.o 2, e 65.0, feita no parecer n.o 4/80, da Comissão Constitucional, de 14 de Fevereiro de 1980, in Pareceres, xi, pág. 109.

(3) Mesmo uma norma como a do art. 81.0, alínea e), possui, antes de mais, tal sentido prescritivo.

C) MIGUEL GALvÃo T:EL:Es, Eficdcia .... cit., págs. 205-206, nota.

nalidade material - por desvio de poder C) - quando haja afastamento desses critérios (2);

e) Uma vez concretizadas através de normas legais, não podem ser, pura e simplesmente revogadas, retornando-se à situação anterior (embora aquelas normas legais possam e, claro está, devam ser declaradas inconstitucionais, quando desconformes com a Constituição); o legislador tem, certamente, a faculdade (por imperativo da democracia pluralista) de modificar qualquer regime jurídico (3)~ o que não tem é a faculdade de subtrair supervenientemente a uma norma constitucional a exequibilidade que esta teilha, entretanto, adquirido C) C).

:1

(1) Cfr. infra.

(2) Neste sentido, Acórdão n.o 330/89 do Tribunal Constitucional, de 11 de Abril de 1989, in Didrio da República, 2.a série, n.O 141, de 22 de junho de 1989, págs. 6133.

(3) Porque as normas legislativas que confiram exequibilidade não se convertem, evidentemente, em normas constitucionais.

(4) Cfr. MIGUEL GALvÃo TELFS, Eficdcia..., cit., pág. 206,

nota:

(quando o comando visa criar situações duradouras, uma vez cumprido convola-se em proibição de destruir essa situação); GomF-S CANOTILHO, Constituiçdo dirigente .... cit., pág. 374; AVELÃs NUNES, A garantia das

nacionalizaçjes e a delimitação dos sectores público e privado -no contexto da' Constituiçdo económica portuguesa, Coimbra, 1989, pág. 48. Diversamente, VIEIRA DE ANDRADE, Os direitos fundamentais, cit., págs. 307 e segs.

(5) Neste sentido, Acórdão n.o 39/84 do Tribunal Constitucional, de 11 de Abril de 1984, in Direito da República, 1.a série, n.o 104, de 5 de Maio de 1984. Se a Constituição impõe ao Estado a realização de uma

determinada tarefa - a criação de uma instituição, uma alteração na ordem jurídica - então quando ela seja levada a cabo, o resultado passa a ter

a protecção directa da Constituição. 0 Estado não pode voltar atrás, não pode descumprir o que cumpriu, não pode tornar a colocar-se na posição

de devedor. E, por maioria de razão, há-de ser assim quando se trate de direitos fundamentais: o Estado, que estava obrigado a actuar para dar satisfação ao direito, passa a estar obrigado a abster-se de atentar contra a sua realização.

Cfr. a anotação concordante de AFONSO Ç?UEIR6, in Revista de Legislaçdo e jurisprudgncia, n.(> 3741, Abril de 1986, pág. 381; e a posição mais
mitigada do juiz CARDOSO DA COSTA (na linha de VIF-IRA DE ANDRADE) e, de certo modo, do juiz MESSIAS BENTO (em declarações de voto anexas ao acórdão), segundo a qual a eficácia «negativa» das normas constitucionais positivas se circunscreveria àqueles casos em que tenha sido criada uma

II - Há, porém, aspectos diversos de regime e de força jurídica das normas preceptivas não exequíveis e das normas programáticas.

Quanto às primeiras:

a) Elas determinam a cessação da vigência, por inconstitucionahdade superveniente, das normas legais anteriores que disponham em sentido contrário;

b) Elas obrigam o legislador a editar as necessárias normas legislativas destinadas a conferir-lhes exequibilidade no prazo que estabeleçam - donde, inconr>titucionalidade por omissão se tal não acontecer.

Quanto às normas programáticas:

a) Elas determinam igualmente a inconstitucionalidade superveniente das normas legais anteriores discrepantes, mas apenas a partir do momento em que seja possível (na perspectiva inelutável da realidade constitucional) receberem exequibilidade;

b) A inconstitucionahdade por omissão também só pode verificar-se a partir dessa altura, não antes.

Não significa isto que fique na disponibilidade do legislador ordinário a eficácia jurídica das normas programáticas. Havendo fiscalização da constitucionalidade, pelo menos, tal não sucederá: o órgão ou órgãos competentes verificarão se ocorrem ou não as circunstâncias objectivas (normativas e não normativas) que tornam possível - e, portanto, obrigatória - a emissão das normas legislativas susceptíveis de conferirem exequibüidade às normas constitucionais.

situação jurídica e institucional dotada de um #consenso prolundo e alongado*, de tal modo que se tenha radicado gna consciência jurídica

geral a convicção da sua obrigatoriedade constitucionala,.

Parte II -Constituição e Inconstituci~idade 253

CAPITULO II

Interpretação, integração e aplicação

Interpretação e integração das normas constitucionais

61. A problemática da interpretação constitucional

I -Há sempre que in t,erpret,ar a Constituição (1) como há sempre que interpretar a lei. Só através desta tarefa se passa

(1) Cfr., nas -últimas décadas, F~co PIE~DREI, L'Interpretazio-no delia Costituzione, in Studi di Diritto Costituzionale in memoria di V. E. Orlando, págs. 459 e segs.; ZAFRA VALVFRDE, La interpretació-n de Ias Constitucio-nes, in Revista de Estudios Politicos, n.o 180, Dezembro de 1971, págs. 49 e segs.; ANTONINO PENsovEccHio Li BAssi, L'ínterpretazione, dello norme constituzionali, Mlão, 1972; ERNST FORSTHOFF, La trasformazione della legge costituzionale, in Stato di Diritto in trasformazione, tmd., Mlão, 1973, págs. 179 e segs.; MICHEL TROPER, Le problème de 1'interprétation et Ia théorie de Ia supralégalité constitutionnelle, in Recueil d'étudés en hommago à Charles Eisenma-nn, obra colectiva, Paris, 1977, págs. 133 e segs.; josé ALFREDO DE OLIVFIRA BARAcHo, Hermendutica Constitucional, in Revista da Faculdade de Direito da Universidade Federal de Minas Gerais, Maio de 1977, págs. 175 e segs.; PIETRO MEROLA CHIERCHIA, L'interpretaziano sistematica delle Costituzioni, Pádua, 1978; FRANcis DELPERÉE, La Constitution et so-n interprétation, in L'interprétation em droit - Apperçu interdiscíplinaire, obra colectiva, Bruxelas, 1978, págs. 187 e segs.; JOHN HART ELY, Democracy and Distrust. A Theory of Judicial Review, Cambridge, Mass., 1980; WiLLiAm F. HARRIS, Bonding Work and Polity: The Logic of A mericam Constitutionalism, in The American Political Seience Review, 1982, págs. 34 e segs.; ENRIç?uE ALONso GARCIA, La i-nterpretació-n de Ia Constitución, Madrid, 1984; LETIZIA GIANFORMAGGio, L'i-nterpretaziono della Costituziono tra applicazione di regolo ed arg-umentazione basata su principi, in Rivista I-ntermazionale di Filosofia del Diritto, 1985, págs. 6 e segs.; JERZY WR6BLEwSKI, Constitución y teoria general de Ia interpretación juridíca, trad., Madrid, 1985; LIEF H. CARTER, Contemporary Constitutional Lawmaking, Nova Iorque, 1985; GiORGIo BERTI, Interpretazione Costituzionale, Pádua, 1987; Divisióm de poderes e interpretación, obra colectiva, ed. por LoPF-z PIl~A, Madrid, 1987; IZA'DL CANOSA USERA, Interpretación constitucional y formula Política, Madrid, 1988; JEFFRF-Y REIMAN, The Constitution, Rights and the Conditions of Legitimacy, in Constitucionalism - The Philosophical Dimension, obra

da leitura política, ideológica ou simplesmente empírica para a leitura jurídica do texto constitucional, seja ele qual for. Só através dela, a partir da letra, mas sem se parar na letra, se encont.ra a norma ou o sentido da norma.

A despeito disto, a relevância e o alcance do trabalho interpretat.lvo acusam variações por demais conhecidas. Ordenamentos de tipo judicialista, como os anglo-saxónicos, ou Constituições com dispositivos amplos e elásticos prestam-se mais à elaboração jurispradencial do que ordenamentos não judicialistas ou Constituições em que se tenha pretendido verter a (Tecta razão)) nos respectivos preceitos. Uma atitude cognoscitiva ou uma atitude voluntarista sobre a Constituição em concreto que se tenha projectam-se diferentemente nos resultados da interpretação. Aí onde haja fiscalização da constituiconalidade, sobretudo fiscalização

jurisdicional, a interpretação torna-se decisiva, pois o juízo sobre a norma ou o acto depende de prévio ou conco-

colectiva, Nova Iorque, 1988, págs. 127 e segs.; DAVID A. J. RICHARDS, La intencí6n de los constituyentes y Ia interpretación constitucional, trad., in Revista dei Centro de Estudios Constitucionales, 1988, págs. 141 e segs.; MIGUEL BF-LTRAN, Originalismo y i-nterpretaci6n - Dworkin v. Bork: uma polémica constitucional, Madrid, 1989; ALESSANDRO PIZZORUSSO, L'interpretaziono della Costituzione o l'attuazione di essa attraverso Ia prassi, in Rivista Trimestraio di Diritto Pubblico, 1989, págs. 3 e segs.

Em obras gerais, efr. R. SMEND, Op. Cit., PágS. 115 e segs.; LuIGi Rossi, La «Elasticitài>..., cit., loc. cit., págs. 40 e segs.; QUEIROZ LIMA, Op. Cit., págs. 274 e segs.; C. MORTATI, COStitUZiOne .... cit., loc. cit., págs. 165 e segs.; MARQuEs GUEDES, op. cit., págs. 351 e segs. e 359; ROGÉRIO SOARES, CONStituiçdo, cit., Zoe. cit., págs. 670 e segs.; P. LUCAS VERDU, Curso .... Cit., II, págs. 522 e segs., e El sentimie-nto constitucional, cit., págs. 103 e segs.; M. REBELO DE SOUSA, Direito Constitucional, cit., págs. 357 e segs.; FRANçois LUCHAIRE, op. cit., Zoe. cít., págs. 291 e segs.; DomENico FARIAS, Op. cit., págs. 177 e segs.; VIEIRA DE ANDRADE, Os direitos f-undame-ntais..., cit., págs. 115 e segs.; J. BAPTISTA 3 &ACHADO, Introduçdo..., cit., págs. 175 e segs. e 205 e segs.; K. HEssE, op. cit., págs. 33 e segs.; CASTANI-IEIRA NEvEs, Interpretaçdo jurídica, in Polis, iii, págs. 697 e segs.; GomEs CANOTILHO, Direito Constitucional, cit., págs. 145 e segs.; KLAUS STERN, Op. Cit., págs. 280 e segs.; PAULO BONAVIDES, Direito Constitucional, cit., págs. 267 e segs.; K. LARENZ, op. cit., págs. 435 e segs.; RONALD DWORXIN, Law's EmPire (1986), trad. it. L'Impero dei diritto, Milão, 1989, págs. 329 e segs.

mitante apuramento do sentido da regra constitucional a aplicar. Enfim, as posturas que perante a problemática geral da interpretação se adoptem espelham as diferentes orientações doutrinais de juristas e jusfilósofos.

Uma clara consciência do interesse ou do interesse específico da interpretação constitucional é relativamente recente; não surgiu (como não surgiria acerca de outras questões) dumnt ' e a maior parte do século xix. Apareceu mais tarde, quando se superou a crença liberal no imediatismo da Constituição formal, qua,ndo, para lá da exegese e do positiViSMO, se avançou no esforço de construção dogmática dos sistemas constitucionais e quando os progressos da teoria de interpretação jurídica em geral também aqui se fizeram sentir.

II - Existe, pois, hoje o reconhecimento da importância da interpretação constitucional, mas existe, ao mesmo tempo, a noção das dificuldades ou (doutro ângulo) dos factores de perturbação que se deparam aos seus operadores: desde logo, a variedade de normas constitucionais quanto ao objecto e quanto à eficácia (como acaba de se ver) e a incompleição ou a indeterminação de muitas delas, ou da sua linguagem (1); a proximidade dos factos políticos e (na expressão, que vale a pena aqui repetir, de MoRTATi), a cebeldia» destes perante os quadros puramente lógicos da hermenêutica (2); a influência ineliminável, senão da ideologia, pelo menos da «pré-compreensão» de cada intérprete; os diferentes critérios por que se movem os órgãos políticos, os órgãos administrativos e os órgãos jurisdicionais e as possíveis atitudes dos respectivos titulares (3); a origem compromissória de não poucas Constituições, marcadas

(1) Cfr. GARTANO SILVESTRI, Linguaggio della Costituzione e linguaggio giuridico, in Quaderni Costituzionali, 1989, págs. 205 e segs.

(2) Há também quem fale na localização das normas constitucionais «na fronteira do ordenamento jurldico»: LUCAS PIRES, Teoria da Constituiçjo de 1976, cit., pág. 54.

(3) Cfr. ANTONINO PENSOVECCHIO Li BASSI, Sui critteri della interPretazione costituzíonale in relazione ai soggetti, in Scritti in onare di Gaspare Ambrosini, obra colectiva, Milão, 1970, 11, págs. 1495 e segs., ou ANNA CANDIDA DA CUNHA FERRAZ, op. cit., págs. 64 e segs., 102 e segs. e 146 e segs.

por princípios diferentes, quiçá discrepantes (como a Constituição portuguesa de 1976 ou a brasileira de 1988).

Entre os caminhos preconizados para atalhar a estas e a outras dificuldades e peculiaridades fala-se, por vezes, no recurso renovado a um método bastante antigo - a tópica. Quaisquer problemas de interpretação e-aplicação seriam aqui situados diante de tópicos, lugares-comuns ou argumentos a ex~ de princípios gerais, de decisões jurisprudenciais ou de crenças e opiniões comuns; e, em vez de se procurarem as soluções em abstracto através de um raciocínio dedutivo e sistemático sobre as normas, elas haveriam de ser ensaiadas a partir dos próprios problemas em concreto nas circunstâncias em que surgem; a tópica é a técnica de pensar por problemas (ou de pensar de baixo para cima, em termos dialécticos) (1).

Sem negar o interesse da orientação assim proposta, não parece que ela possa ser aceite senão com reservas e apenas para completar ou comprovar resultados adquiridos doutra forma. Nem o recurso à tópica se encontra tão experimentado que justifique mais do que isso, nem pode menosprezar-se o risco - no domínio constitucional, eventualmente, mais do que em qualquer outro - de ele conduzir a uma pluralidade de sentidos ou a uma casuística pouco fecunda. Exactamente porque a interpretação constitucional vive paredes-meias com a política é que a máxima objectividade possível deve ter-se como um escopo fundamental, muito mais propiciada pela utilização dos instrumentos jurídicos clássicos -os quais não têm de se confundir, insista-se, com pressupostos positivistas - do que pela formulação de argumentos para problemas específicos (2).

Mesmo um Autor como HFssE, que enfatiza o carácter aberto e criador da interpretação constitucional (3), em necessário contacto com o problema ~), entende que o método tópico apenas pode ter um lugar limitado nesta interpretação - tanto mais que o Direito constitucional enquanto Direito fundamental da ordem global e concebido como ordem de convivência não deve ser compreendido pontualmente, a partir de um problema isolado, como pode acontecer em Direito privado (5) ~).

(1) V. a obra fundamental de THF-oi)OR VIEHWEG, Topik und juris~nz, 1953 (consultámos a edição italiana Topica o Giurisprudenza, Milão, 1962).

(2) Cfr. na doutrina portuguesa, CASTANHEIRA NEVES, A -unidade .... cit., págs. 24 e segs.; VIEIRA DE ANDRADE, Os direitos fundamentais .... cit., págs. 122 e segs.; GomEs CANOTILHO. Direito Constitucional, cit., págs. 150-151; MENEZES CORDEIRO, Aplicaçdo da lei, in Polis, iii, pág. 1058, e Ciência do Direito, cit., págs. 30 e segs.; OLIVEIRA ASCENSÃO, op. cit., págs. 454-455.

(3) Op. cit., págs. 38 e segs.

(4) Ibidem, págs. 44 e 45.

~) Ibidem, págs. 52-53.

(8) Assim como há quem defenda que nas sociedades heterogéneas

III - A interpretação constitucional não é de natureza

diferente da que se opera noutras áreas. Como toda a interpretação jurídica está estreitamente conexa com a aplicação do Direito; não se destina à enunciação abstracta de conceitos, destina-se à conformação da vida pela norma. Comporta especialidades, não desvios aos cânones gerais (ainda quando se utilizem diversos métodos e vias).

A interpretação constitucional tem de ter em conta condicionalismos e fins políticos inelutáveis e irredutíveis, mas não pode visar outra coisa que não sejam os preceitos e princípios jurídicos que lhes correspondem. Tem de olhar para a realidade constitucional, mas tem de a saber tomar como sujeita ao influxo da norma e não como mera realidade de facto. Tem de racionalizar sem formalizar. Tem de estar atenta aos valores sem dissolver a lei constitucional no subjectivismo ou na emoção política. Tem de se fazer mediante a circulação norma - realidade constitucional - valor.

62. Alguns pontos de apoio

I - A função integradora da Constituição (1) reclama a função racionalizadora da interpretação constitucional.

Partindo do princípio de que ela tem de ser objectivista e evolutiva - de maneira a assegurar a coerência e a subsistência do ordenamento (2) - podem sugerir-se ou acentuar-se os seguin-

e pluralistas dos nossos dias a metodologia clássica tem de ser substituída ou modificada por regras interpretativas correspondentes a concepções mais dinâmicas e que, ao mesmo tempo, reconheça que a invasão da Constituição pelos «topoi» e a conversão dos princípios constitucionais e das próprias bases da Constituição em pontos de vista à livre disposição do intérprete de certo modo enfraquecem o carácter normativo desses princípios (PAULO BONAVIDES, Política e Constituiçdo, Rio de janeiro, 1985, págs. 130 e 132).

V. ainda, em geral, CAI<ARIS, Op. cit., págs. 244 e segs.
(1) Cfr., especialmente, RONALD DWORICIN, Op. Cit., PágS. 168 e segs.
(2) Cfr. supra.

tes pontos de apoio ou directrizes que se reputam de maior importância:

a) A Constituição deve ser apreendida, a qualquer instante, como um todo, na busca de uma unidade e harmonia de sentido. 0 apelo ao elemento sistemático consiste aqui em procurar as recíprocas implicações de preceitos

b)

C)

e princípios em que aqueles fins se traduzem, em situá-los e defini-los na sua inter-relacionação e em tentar, assim, chegar a uma idónea síntese globalizante (1), credível e dotada de energia normativa;

Isto aplica~se particularmente ao chamado fenômeno das «contradições de princípios» (2) ~ presente nas Constituições compromissórias (3) e, não raro, noutros sectores além do Direito constitucional. Tais contradições hão-de ser superadas, nuns casos, mediante a redução adequada do respectivo alcance e âmbito e da cedência de parte a parte e, noutros casos, mediante a preferência ou a prioridade, na efectivação, de certos princípios frente aos restantes -nuns casos, pois, através de coordenaçao, noutros através de subordinação. Tem de fazer-se, por conseguinte, um esforço de concordância prática, assente num critério de proporcionalidade (4). E pode ter de se solicitar (mesmo sem se aderir a todas as premissas do puro método

valorativo) a ponderação ou a hierarquização dos valores inerentes aos princípios constitucionais; Um paralelo esforço, agora de determinação ou de densificação, tem de ser levado a cabo relativamente aos chamados conceitos indeterminados (5). Estes têm de ser

(1) A Constituição de 1976, cit., pág. 277.
(2) Cfr. KARL ENGISCH, Introdução ao Pensamento jurídico, trad., Lisboa, 1965, pág. 260.
(3) Cfr. DOMENico FARIAS, op. cit., págs. 202 e segs.
(4) Cfr., por todos, HEssE, op. cit., págs. 47 e segs.; LARENZ, Op. cit., págs. 490 e segs.; CANARIS, op. cit., págs. 200 e segs.
(5) Há muitos nos Princípios Fundamentais e nas partes I e II da Constituição: igualdade real (art. 9.0, alínea d)); justa causa de despedimento (art. 53.0); pleno emprego (art. 58.0, n.o 3, alínea c)); publicidade

entendidos sempre na perspectiva dos princípios, valores e interesses constitucionalmente relevantes. É indispensável reconhecer ao legislador uma margem relativamente grande de conformação, mas ele não pode (dransfigurar o conceito, de modo a que cubra dimensões essenciais e qualitativamente distintas daquelas que caracterizam a sua intenção jurídico-normativw) (1); e o que se diz do legislador deve dizer-se, até por maioria de razão, do intérprete (2);
d) Diversos dos conceitos indeteiminados, mas pondo problemas algo parecidos, são os conceitos pré-constitucionais ou exogenos - conceitos vindos de outros sectores e ramos do Direito (3) C), ou extrajurídicos, vindos de outras ciências C); e, com estes, entra largamente a

oculta e indirecta (art. 60.0, v. 2); justa indemnização (art. 62.<>, n.o 2); eficiência do sector público (art. 81.0; alínea c»; equilibrada concorrência entre as empresas (art. 81.0, alínea d»; monopólios (art. 81.0, alínea e», latifúndios e minifúndios (art. 81.0, alínea h»; repartição justa dos rendimentos e da riqueza (art. 106.0, n.o 1).
(1) Acórdão n.o 107188 do Tribunal Constitucional, de 31 de Maio de 1988, in Didrio da República, 1.a série, n.o 141, de 21 de junho de 1988.
(2) Sobre alguns dos problemas à volta dos conceitos indeterminados, cfr. GomF-s CANOTILHO, Constituiçdo dirigente .... cit., págs. 421 e segs., maxime 433 e segs.; LUÍSA DUARTE, A discricionariedade administrativa o os conceitos jurídicos indeterminados, Lisboa, 1987, maxime págs. 27 e segs.
(3) Recorde-se o problema de definição, à face dos arts. 27.0, n.o 3, 160.<>, n.- 2 e 3, e 199.o do texto anterior a 1989, do conceito de pena maior (constante do Código Penal de 1886, mas não do de 1982). 0 Tribunal Constitucional, pelo acórdão n.o 328/86, de 26 de Novembro de 1986 (in Didrio da República, 2.3 série, n.o 39, de 16 de Dezembro de 1986) considerou inconstitucional o art. 59.(> do Decreto-Lei n.o 402182, de 23 de Setembro, por ter atribuído ao conceito um conteúdo diferente do que lhe fora dado pelo legislador anterior à Constituição. E o problema só seria ultrapassado pela revisão de 1989, eliminando as referências a pena maior.
(4) No texto actual, v. por exemplo, zona económica exclusiva (art. 5.0, n.o 3); medida de segurança (arts. 29.0, 30.0); lock-out (art. 57.0, n.O 3); domínio público (art. 84.0); benefícios fiscais (arts. 86.0, n.o 2, 106.0, n.O 2, e 108.0; n.o 3, alínea g».
(") Qualidade de vida (arts. 9.0, alínea d), e 81.0, alínea a»; terapêutica em meio aberto (art. 30.0, n.o 2); fluxo de dados transfronteiras (art. 35.0, n.o 6); estabilidade ecológica; (art. 66.0, n.o 2, alínea d), pater-

realidade constitucional a agir. Ora, todos os elementos e conceitos, uma vez situados em disposições da Constituição formal, têm de ser entendidos em conexão com os demais e analisados tendo em conta quer o seu originário sentido (em princípio, «recebido») quer o que lhe advém da sua colocação sistemática;

e) Deve assentar-se no postulado de que todas as normas constitucionais são verdadeiras normas jurídicas e desempenham uma função útil no ordenamento. A nenhuma pode dar-se uma interpretação que lhe retire ou diminua a razão de ser. Mais: a uma norma fundamental tem de ser atribuído o sentido que mais eficácia lhe dê (1); a cada norma constitucional é preciso conferir, ligada a todas as outras normas, o máximo de capacidade de regulamentação. Interpretar a Constituição é ainda realizar a Constituição;

f) Nem isso é infirmado pelo carácter «aberto» das normas programáticas ou, em geral, das normas não exequíveis por si mesmas, as quais, justamente, desempenham o seu papel próprio, por um lado, incorporando precisos objectivos e valores e, por outro lado, propiciando ao legislador ordinário (e, em democracia pluralista, portanto, ao povo) uma margem maior ou menor de concretização e de variação consoante as conjunturas e as opções políticas;

g) Os preceitos constitucionais devem ser interpretados não só no que explicitamente ostentam como também no que implicitamente deles resulta. Contudo, a eficácia implícita de quaisquer preceitos deve, por seu lado, ser pensada em conjugação com a eficácia, implícita, ou explícita, dos outros comandos (é isso o que acontece, nomeadamente, no domínio das competências dos órgãos, onde é usual falar em poderes implícitos);

nidade consciente (art. 67.0, n.o 2, alínea d)); assimetrias culturais (art. 78.0,
n.o 3, alínea a)); acidentes fitopatológicos (art. 100.0, n.o 2, alínea C)).

(1) THOMA, citado por GomEs CANOTILHO, Direito Constitucional, cit., pág. 162.

i)

h) Todas as normas constitucionais têm de ser tomadas como normas da Constituição actual, da Constituição que temos (conquanto com carácter prospectivo), e não como normas de uma Constituição futura, cuja execução não vincule, desta ou daquela maneira, os órgãos de poder e o legislador ordinário. E tão-pouco podem reconduzir-se ao absurdo ou impor aos seus destinatários não o possível, mas o impossível;

Na interpretação de preceitos da Constituição, é legítimo e pode ser conveniente considerar o modo como são aplicados na prática, em especial através da lei e das decisões dos tribunais. Todavia, evidentemente, não é o sentido que daí decorra que, só por isso, deve ser acolhido - porque não é a Constituição que deve ser inter pretada em conformidade com a lei, mas sim a lei que deve ser interpretada em conformidade com a Constituição(').

II - 0 art. 9.o do Código Civil, que estabelece regras sobre interpretação da lei, condiciona o intérprete da Constituição ?

Para responder, haveria, primeiro, que indagar por que motivo se entende comummente que tal preceito (e os demais relativos * fontes de direito, que aparecem no Código Civil português de 1966 * em diplomas homólogos) obriga o intérprete da legislação ordinária (2) . E a conclusão para a qual se propende é que regras como estas são válidas e eficazes, não por constarem do Código Civil -pois este não ocupa nenhum lugar proeminente no sistema jurídico - mas, directamente, enquanto tais, por traduzirem uma vontade legislativa, não contrariada por nenhumas outras disposições, a respeito dos

problemas de interpretação (que não são apenas técriico-jurídicos) de que curam.

Regras sobre estas matérias podem considerar-se substancionalmente constitucionais (3) não repugnando, mesmo vê-Ias

pág. 401.

(11) Assim já o nosso Inviolabilidade do domicílio, Coimbra, 1974,

(2) Sobre o problema, v., entre nós, OLIVEIRA ASCENSÃO, 0 Direito, cit., págs. 366 e 367.
(11) Cfr. GiOVANNi LEONE, Aspeti costituzionali dell'interpretaziotw

alçadas à Constituição em sentido formal (1). E, na medida em que assim sejam, poderão vir a aplicar-se à interpretação constitucional, sem necessidade sequer de explicar o fenômeno por qualquer equiparação tácita (2).

63. A interpretação autêntica da Constituição

Quem pode fazer interpretação autêntica da Constituição? De harmonia com os princípios, interpretação autêntica só pode ser feita por lei com força constitucional - ou seja, em Constituição rígida, por lei decretada pelo processo peculiar de revisão, e não por lei ordinária (3). A lei ordinária não tem capacidade ou força jurídica para tal. É assim ainda quando a própria Constituição prescreva o exercício de certo direito ou o tratamento de certo instituto «nos termos da lei», pois não há aqui desconstitucionalização e, muito menos, delegação de poder constituinte no poder legislativo. Essa lei deve conformar-se com os parâmetros da Constituição e está sujeita, como qualquer outra, ao juízo de constitucionalidade (e à interpretação que este juízo pressupõe).

Tão-pouco é interpretação autêntica a levada a cabo pelos órgãos de fiscalização de constitucionalidade, mesmo em sistema de concentração de competência. Por relevante que seja o entendimento adoptado, designadamente por um tribunal constitucional, ele não é, no seu plano específico, de natureza diferente da de qualquer outra interpretação «doutrinal» ~).

della legge, in Studi in o=re di Emilio Betti, obra colectiva, i, Mlão, 1962, págs. 272 e segs.

(1) A par, por exemplo, do art. 122.0, sobre publicação.

(2) 0 problema tem sido suscitado noutros países, diante de disposições homólogas dos respectivos Códigos Civis: cfr., na Itália, FRANCO PIBRANDREI, La Costituzione .... cit., loc. cit., págs. 470 e segs.; P. M. CRIERCHIA, Op. Cit., PágS. 166 e segs.; A. PIZZORUSso L'interpreta.~ione...,
cit., loc. cit., págs. 11 segs.; e em Espanha ENRIQUE ALONs GARCIA, Op. cit., págs. 77 e segs.

(3) Cfr. MARNOCO E SOUSA, Come-ntdrio .... cit., págs. 408-409; FRANCIS DELPEITÉE, Op. Cit., IOC. Cit., págs. 191 e segs.; GomEs CANOTILHO, Direito Constitucional, cit., págs. 167-168.
(4) Cfr., diferentemente, MICHEL TROPER, Op. Cit., IOC. Cit. (é 0 jUiZ

Outras coisas são o costume constitucional secundum ou praeter legum ou a interpretação judicial criadora, de que atrás falámos.

64. A interpretação conforme à Constituição

I - Tema próximo do da interpretação constitucional, embora dele distinto, vem a ser o da interpretação da lei em face da

Constituição ou, num sentido muito amplo, da interpretação conforme à Constituição (1).

Trata-se, antes de mais, de conceder todo o relevo, dentro do elemento sistemático da interpretação, à referência à Constituição. Com efeito, cada disposição legal não tem somente de ser captada no conjunto das disposições da mesma lei e no conjunto da ordem legislativa; tem outrossim de se considerar no contexto da ordem constitucional; e isso tanto mais quanto mais se tem dilatado, no século xx, a esfera de acção desta como centro de energias dinanúzadoras das demais normas da ordem jurídica positiva.

Somente cabe fazer uma ressalva quanto às normas de Direito

quando órgão de garantia que, ao interpretar a disposição constitucional, lhe reconhece o significado objectivo de norma jurídica).

(1) Sobre o assunto, V. VOLKER HAAK, Quelques aspects du contrôle de Ia constitutionnalité des lois exercé por Ia Cour Constitutionnelle de Ia République Féderale d'Allemagne, in Revue internationale de droit comparé, 1961, págs. 78 e segs.; KARL ENGISCH, Op. Cit., PágS. 120, 132, 134 e 135; JORGE MIRANDA, Contributo..., cit. págs. 246 e segs., maxime 250; FRANçois LucHAIRE, op. cit., loc. cit., pág. 306; GARTANO SILVESTRI, Le sentenze normative della Corte Costituzionale, in Giurisprudenza Costituzionale, 1981, págs. 1684 e segs.; GARCIA DE ENTERRIA, La Constitución..., cit., págs. 95 e segs.; GomEs CANOTII-HO, Constituiçdo dirigente .... cit., págs. 401 e segs., e Direito Constitucional, cit., págs. 164-165 e 840; VITALINO CANAS, Introdução às decisies de provimento do Tribunal Constitucional, Lisboa, 1984, págs. 36 e 37; NUNO E SousA, A liberdade de imprensa, Coimbra, 1984, págs. 103 e segs.; HESSE, Op. Cit., PágS. 185 e segs.; DENIs BROUSSOLLE, Les lois déclardes inopérantes par le juge constitutionnel, in Revue de droit public, 1985, págs. 763 e segs.; PAULO BONAVIDES, Política e Constituição, cit., págs. 161 e segs.; P. LucAs VF-RDU, El sentimionto constitucional, cit., págs. 103 e segs.; LARENZ, op. cit., págs. 410 e segs.; MENEZES CORDEIRO, prefácio a CANARIS, P6MSaMentO Sistemático..., págs. cxi-cxii.

internacional, designadamente de Direito internacional convencional, por dois motivos: Primo, porque o próprio Direito internacional formula cânones hermenêuticos (os dos arts. 31.o a 33.o da Convenção de Viena de 1969), conquanto não discrepantes, no essencial, dos que se adoptam em Direito interno; secundo, porque, sob pena de se quebrar a boa fé nas relações internacionais, a interpretação dos tratados tem de ser harmonizada entre os diferentes Estados partes, sem embargo da emissão de reservas quando admitida (arts. 19.o e segs. da Convenção). A interpretação conforme à Constituição nunca pode afectar o objecto e o fim deste ou daquele tratado (art. 31.0, n.o 1, da Convenção) (1).

II - Além da acepção genérica acabada de indicar - se bem que com base nela -existe uma acepção específica. Não é já uma regra de interpretação, mas um método de fiscalização da constitucionalidade; e justifica-se em nome de um princípio de economia do ordenamento ou de maximo aproveitamento dos actos jurídicos - e não de uma presunção de constitucionalidade da norma.

A interpretação conforme à Constituição não consiste então tanto em escolher entre vários sentidos possíveis e normais de qualquer preceito o que seja mais conforme com a Constituição quanto em discernir no limite - na fronteira da inconstitucionalidade - um sentido que, embora não aparente ou não decorrente de outros elementos de interpretação, é o sentido necessário e o que se torna possível por virtude da força conformadora da Lei Fundamental (2). E são diversas as vias que, para tanto, se seguem

(1) Nesta linha, Rui MouRA RAmos, A Convenção Europeia dos Direitos do Homem, Lisboa, 1982, págs. 158 e segs. Cfr. GiusEPPE BARILE, La rilevazione del parametro di legittimità costituzionale delle -norme di alterazione di um trattato emanate con legge ordinaria, in Rivista di Diritto Internazionale, 1988, págs. 94 e segs.

(2) Como se lê no acórdão n.o 128184, do Tribunal Constitucional, de 12 de Dezembro de 1984 (in Didrio da República, 2.a série, n.o 59, de 12 de Março de 1985, pág. 2344), para fazer interpretação conforme à Constituição, o Tribunal Constitucional tem de determinar quais as interpretações que invalidam a norma e quais as que lhe garantem subsistência válida no ordenamento jurídico. Isto é, declara, expressa ou implicitamente,

e diversos os resultados a que se chega: desde a interpretação extensiva ou restritiva à redução (eliminando os elementos inconstitucionais do preceito ou do acto) e, porventura, à conversão (configurando o acto sob a veste de outro tipo constitucional).

Da interpretação conforme à Constituição em sentido estrito distingue-se aquilo a que pode chamar-se interpretação integrativa da lei com a Constituição. Traduz-se esta em interpretar certa lei (com preceitos insuficientes e, nessa medida, eventualmente, inconstitucionais) completando-a com preceitos da Constituição sobre esse objecto que lhe são aplicáveis e porque directamente aplicáveis (1).

III - A interpretação conforme à Constituição implica, uma posição activa e quase criadora do controlo constitucional e de relativa autonomia das entidades que a promovem em face dos órgãos legislativos. Não pode, no entanto, deixar de estar sujeita a um requisito de razoabilidade: ela terá de se deter aí onde o preceito legal, interpretado conforme à Constituição, fique privado de função útil ou onde, segundo o entendimento comum, seja incontestável que o legislador ordinário acolheu critérios e soluções opostos aos critérios e soluções do legislador constituinte (2).

Mas, principalmente, no Direito português (como noutros) importa advertir para a significativa diferença de planos consoante se trate de fiscalização concreta e de fiscalização abstracta da constitucionalidade. 0 grau de aceitabüidade do método não pode ser o mesmo numa e noutra.

Na fiscalização concreta, a decisão que venha a ser tomada pelo tribunal ao abrigo do art. 207.o da Constituição ou mediante

algumas interpretações inconstitucionais ou ilegais, e outras não inconstitucionais ou não ilegais.

Cfr. também o acórdão n.O 63185, de 16 de Abril de 1985 (ibidem, 2.a série, n.o 133, de 12 de junho de 1985, pág. 5421).

(1) Cfr. o parecer n.o 14/77, da Comissão Constitucional, de 10 de Maio de 1977, in Pareceres, ii, págs. 57 e 58.

(2) E, claro está, sempre terá de assentar num mínimo de base na letra da lei: acórdão n.o 46/84, do Tribunal Constitucional, de 23 de Maio de 1984 (in Didrio da República, 2.a série, n.o 161, de 13 de julho de 1984, pág. 6252).

recurso, pelo Tribunal Constitucional, ao abrigo do art. 280.0, só produz efeitos na questão concreta levada a julgamento. E, naturalmente, se o Tribunal Constitucional fizer interpretação conforme à Constituição, ela impor-se-á ao tribunal a quo; no caso de o juízo de constitucionalidade ou de legalidade sobre a norma que a decisão. recorrida tiver aplicado, ou a que tiver recusado aplicação, se fundar em determinada interpretação da mesma norma, esta deve ser

aplicada com tal interpretação, no processo em causa - diz, por isso, o art. 80.0, n.o 3, da Lei n.o 28182, de 15 de Novembro.

Pelo contrário, na fiscalização abstracta - seja preventiva ou sucessiva - uma decisão do Tribunal Constitucional no sentido da não inconstitucionalidade não tem - nem pode ter (1) qualquer eficácia jurídica vinculativa; só a têm a pronúncia pela inconstitucionalidade (art. 279.0) ou a declaração de inconstitucionalidade com força obrigatória geral (art. 282.0). Logo, se o Tribunal Constitucional não concluir pela existência de inconst.itucionalidade com base em certa interpretação conforme à Constituição, esta não obriga nenhum tribunal ou nenhuma autoridade e, assim, pode uma interpretação não querida pelo Tribunal vir a ser a adoptada na prática. 0 Tribunal Constitucional não pode decretar, com força obrigatória geral, que certa norma com certo alcance é inconstitucional e, ao mesmo tempo, que com alcance diverso não o é.

Daqui decorre, que se a interpretação conforme à Constituição na fiscalização concreta pode ser útil, dentro dos limites apontados, já na fiscalização abstracta pode vir a ser perigosa e contraproducente e, por conseguinte, deve ser usada com redobradas cautelas. Se não é de excluir a Priori, é preciso ter consciência de que aos riscos inerentes à operação ainda poder acrescer a circunstância de, ao fim e ao resto, o Tribunal Constitucional não conseguir obstar à consumação da inconstitucionalidade.

65. As lacunas da Constituição e a sua integração

I - A lei constitucional não regula tudo quanto dela deve ser objecto. Basta pensar no costume constitucional praeter

(1) Cfr. ínfra.

legem, na expressa prescrição de integração pela Declaração Universal dos Direitos do Homem (art. 16.0, n.o 2) e na devolução para a lei ordinária e para regras de Direito internacional da previsão de direitos fundamentais afora os contemplados na Constituição (art. 16.0, n.o 1).

Mas nem sequer lei constitucional, costume constitucional, Declaração Universal, outras regras de Direito interno e de Direito internacional no seu conjunto se dotam de plenitude de regulamentação. Não há uma plenitude da ordem constitucional, como não há uma plenitude da ordem jurídica em geral. Há lacunas - intencionais e não intencionais, técnicas e teleológicas, originárias e supervenientes - e ha mesmo situações extrajurídicas (ou extraconstitucionais), por vezes chamadas lacunas absolutas - correspondentes, no âmbito constitucional, a situações deixadas à decisão política ou à discricionariedade do legislador ordinário. Não serao sempre as mesmas, poderão reduzir-se ou ser transitórias e depender de circunstâncias em evolução, mas parecem inevitaveis (1).

Como escreve HELLER, o facto de o Estado moderno se esforçar por ser uma estrutura eficaz fechada, uma unidade de acção e decisão sem lacunas, não implica admitir a conclusão de que o seu conteúdo de leis jurídicas constitua realmente uma conexão de sentido fechada, um c-istema logicamente sem lacunas. Enquanto o jurista trabalha hipoteticamente com o dogma da ordem jurídica como algo fechado, acha-se imbuído de uma confiança ilimitada no funcionamento da organização total do Estado, segundo as normas. Essa confiança pode parecer justificada até certo ponto, quando se trata de órgãos e membros da comunidade jurídica, cuja conduta normal-normativa surge assegurada eficazmente por outros órgãos. Mas a ordem juridica unida (fechada) é um objectivo inatingível e a única coisa a fazer é ir-se aproximando dele gradualmente.

0 postulado de uma continuidade normativa, histórica e sistemática, só poderia dar-se no caso de que a normatividade fosse

independente da normalidade e que fosse sempre possível e eficaz preencher por vias legais

(1) Cfr. SANTI ROMANO, Osservazioni sulla completezza dell'ordinamento statale, in Soritti Minori, i, págs. 371 e segs.; NORBERTO BOBBIO, op. cit., págs. 125 e segs.; MASSTMO CORSALE, Lacune dell'ordinamento, in Enciclopedia del Diritto, xxiii, 1973, págs. 257 e segs.; CASTANHEIRA NEVES, 0 princípio da legalidade criminal, cit., págs. 132 e segs.; LARENZ, Op. cit., págs. 447 e segs.; OLIVEIRA ASCENS.KO, op. cit., págs. 407 e segs.

as lacunas jurídicas que na realidade existem. 0 moderno Estado de Direito pode realizar estas duas hipóteses para extensas zonas do jurídico, em certa medida; mas a respeito do Direito Constitucional elas nunca podem ser realizadas por completo, porque este Direito apresentará sempre, ao lado das lacunas de carácter lógico e de valorização, conhecidas também de todas as outras zonas do jurídico, as lacunas jurídicas absolutas (1).

Il -Algumas dúvidas poderiam suscitar-se não ja perante a ordem constitucional na sua mais lata extensão, mas sim perante a Constituição em sentido formal: sobre se aqui não haveria apenas situações juridicamente reguladas, de forma expressa ou tácita, e situações extraconstitucionais, e não também lacunas, susceptíveis de integração pelos métodos específicos de trabalho dos juristas. Não seria a Constituição formal um sistema ou subsistema a se, imune à analogia, de tal sorte que qualquer aparente incompleição implicaria reserva de Praxis política ou de revisão constitucional ? (2).

Não consideramos pertinentes tais dúvidas. 0 ser a Constituição formal um sistema de normas distinto dentro do sistema jurídico global não confere a cada uma dessas normas natureza excepcional, com a forçosa consequência de insusceptibilidade de analogia. E certas normas, excepcionais na perspectiva global do ordenamento jurídico, podem não o ser, na perspectiva espe-

(1) Op. cit., págs. 315 e 316.

(2) Sobre lacunas constitucionais e sua integração, efr. ainda SMEND, op. cit., pág. 134; F. PIERANDREI, L'interpretazione, cit., loc. cit., págs. 518 e segs.; C. ESPOSITO, Consuetudine, cit., loc. cit., págs. 469 e segs.; C. MORTATI, CoStitUZione, Cit., 100. Cit., págs. 175-176; K. LOEWENSTEIN, Op. Cít., págs. 170 e segs.; MARQUES GUEDES, op. cit., págs. 357 e segs.; P. L. VERDU, Curso..., ii, págs. 552 e segs.; E. SPAGNA Musso, Appunti Per una teoria giuridica dell'anomia costituzionale, in Scrítti in onere di Costantino Mortati,
obra colectiva, i, Mlão, 1977, págs. 281 e segs.; FRANcis DELPÉRÉE, Op. Cit., Zoe. cit., págs. 203 e segs.; M. REBELO DE SOUSA, op. cit., pág. 361; DomENico FARIAS, Op. cit., págs. 203 e segs.; GomEs CANOTILHO, Direito Constitucional, cit., págs. 171 e segs.; CELSO FF-RNANDES CAMPILONGO, As lacunas -no direito constitucional, in Revista de Informaçdo Legislativa, Abril a junho de 1986, págs. 89 e segs.; ANNA CANDIDA DA CUNHA FERRAZ, Op. Cit., págs. 192 e 193; FRANCISCO JAVIER EzgUIAGA GANUZAS, La argumentación en Ia justicia constitucional espafiola, Ofiati, 1987, págs. 35 e segs.; LUCAS PIRES, Teoria da Constituiçdo de 1976, cit., pág. 55.

cífica e menos ampla do sistema constitucional (como sucede com as normas sobre imunidades).

Em contrapartida, a integração das lacunas de normas formalmente constitucionais deve ser feita no interior da Constituição formal, sem recurso a normas de legislação ordinária. É olhando ao sistema de normas da Constituição formal, como expressão da Constituição material, que o agente da integração deve raciocinar

quer procure a analogia (legis ou juris) quer atenda aos princípios gerais (1).

Em última análise, o reconhecimento da existência de lacunas será tanto maior quanto maior for a consciência de que o processo político se encontra submetido ao Direito. Mas um bem melindroso papel cabe à interpretação ao discernir e qualificar, caso a caso, as diferentes situações e ao propor soluções idóneas, tendo sempre em conta a mutável realidade constitucional.

III - 0 problema discutiu-se, em alguns países, a respeito do funcionamento do sistema parlamentar de governo, sistema este nascido à sombra de usos e convenções constitucionais e que só pouco a pouco foi sendo objecto de disposições jurídicas precisas. E tem-se suscitado igualmente noutros domínios como o das relações de órgãos do poder, o do estatuto dos seus titulares ou o da prática de actos jurídico-constitucionais.

Entre nós, já na vigência da Constituição de 1976, podem ser apontadas lacunas respeitantes:

- Às imunidades dos membros do Conselho da Revolução (relativamente ao período de subsistência provisória desse órgão), - tendo-se entendido, e bem, que eram impostas por paridade de razão com as imunidades dos membros do Governo (art. 199.o da Constituição) (2);

- À data de posse do Presidente da República eleito em caso de prolongamento do mandato'do seu antecessor para se evitar coincidência de eleição presidencial e das eleições parlamentares (art, 128.0, n.- 2 e 3) -entendendo-se que, por anologia com a hipótese de vagatura de cargo, essa data deve ser a do oitavo dia subsequente ao da publicação dos resultados eleitorais (art. 130.0, n.O 2);

- A reformulação de decreto da Assembleia da República em caso de veto político (art. 139. 0) -não prevista -ao contrário do que sucede no

(1) Ou, como diz o art. 10.0, n.o 3, do Código Civil, proceda como se houvesse de legislar dentro do espírito do sistema.

(2) V. o debate na Assembleia da República, in Didrio .... i legisla-
tura, 1.a sesssão legislativa, n.o 65, págs. 2145 e segs.

caso de veto por inconstitucionalidade (art. 279.0) - mas que deve considerar-se inteiramente admissivel até por maioria de razão (1);

-À sujeição a fiscalização preventiva de acordos internacionais sobre matéria reservada à Assembleia da República e por ela necessariamente aprovados (art. 164.0, alínea j), 1.a parte) - devendo considerar-se que, apesar do silêncio do art. 278.0, n.o 1 (explicável por razões históricas), também a fiscalização preventiva se acham sujeitos (2);

- Ao prazo para promulgação (ou assinatura), facultativa, de decreto vetado por inconstitucionalidade e que a Assembleia da República (ou a assembleia legislativa regional) confirme por maioria de dois terços (art. 279.0, n.o 2, 2.a parte) -, o qual deve ser (como adiante se verá) igual ao prazo geral de promulgação (ou assinatura) livre, ou seja, vinte dias (art. 139.0, n.O 1) ou quinze dias (art. 235.0, n.o 2);

- Ao prazo para promulgação dos decretos de revisão constitucional - que é de oito dias, como já se demonstrou atrás (3).

IV -As lacunas constitucionais não se confundem com as omissões legislativas (também estas susceptíveis de análises diversas), as quais correspondem a normas constitucionais não exequíveis por si mesmas e cujo não preenchimento após o decurso de certo tempo determina inconstitucionalidade por omissão (art. 283.0).

As lacunas são situações constitucionalmente relevantes não Previstas. As omissões legislativas reportam-se a situações Previstas, mas a que faltam, no programa ordenador global da Constituição, as estatuições adequadas a uma imediata exequibilidade. As lacunas são verificadas pelo intérprete e pelos órgãos de aplicação do Direito. As omissões, se podem ser por eles também verificadas, só podem ser declaradas especificamente pelos órgãos de fiscalização da inconstitucionalidade por omissão. A inte-

(1) Assim, acórdão n.o 320189, do Tribunal Constitucional, de 20 de Março de 1989, in Diário da República, 1.8 série, n.o 78, de 4 de Abril de 1989, págs. 1430 e segs.

Sempre defendemos esta solução, inclusive na vigência da Constituição de 1933: v. Contributo.... cit., págs. 146 e 147.

(2) As respectivas resoluções de aprovação são, aliás, as únicas resoluções da Assembleia da República assinadas pelo Presidente da República (art. 137.0, alínea b), 2.a parte, após 1989).

(3) já mais duvidoso é saber se anão previsão -nem na Constituição, nem nos estatutos -da possibilidade de dissolução das assembleias legislativas regionais em caso de acordo com crise governamental configura nma lacuna, a preencher de acordo com os princípios gerais do sistema parlamentar.

gração de lacunas significa a determinação da regra para aplicação ao caso concreto e é tarefa do intérprete e do órgão de aplicação. A iintegração de omissões legislativas reconduz-se à edição da lei pelo legislador.

§ 2.o
A aplicação das normas constitucionais no tempo

66. A superveniência das normas constitucionais

1

I - 0 postulado geral básico no domínio da aplicação das normas constitucionais no tempo é o postulado da função genética ou modeladora do ordenamento jurídico estatal que possui a Constituição. As normas constitucionais projectam-se sobre todo o sistema jurídico, sobre as normas e os actos que o dinamizam, sobre o poder e a comunidade política, impregnando-os dos seus valores e critérios e trazendo-lhes um novo fundamento de validade ou de autoridade.

Mas os efeitos da superveniência dessas normas constitucionais recortam-se em termos diversos consoante se trate de Constituição nova ou de modificação constitucional; consoante se considerem as relações das normas com normas constitucionais ou com normas ordinárias anteriores (relações horizontais ali, verticais aqui); consoante as normas ordinárias sejam ou não conformes ou compatíveis com as normas constitucionais e consoante elas sejam normas de Direito interno ou de Direito internacional.

Por isso, embora os cânones gerais sobre aplicação das normas no tempo caibam plenamente neste domínio - desde logo, o princípio segundo o qual uma norma nova se destina a valer para o futuro (1) - há uma inelutável complexidade, derivada da específica posição da Constituição no sistema e da diversidade de vicissitudes que a afectam (2).

(1) V., recentemente, o acórdão n.o 138/90, do Tribunal Constitucional, de 2 de Maio de 1990, in Diário da República, 2.a série, n.o 207, de 7 de Setembro de 1990.

(2) Cfr., por todos, IVIARIA HELENA DiNiz, Vigência e eficácia das normas constitucionais, in TERCIO SAMPAIO FERRAZ JÚNIOR, MARIA

HELENA DINIZ e RITINHA A. STEVENSON GEORGAKILos, A Constituição de 1988-Legitimidade, Vigência e Eficácia - Supremacia, págs. 83 e segs.

II - Os fen6menos jurídicos decorrentes da superveniência de normas constitucionais podem sintetizar-se do seguinte modo:

- Acção da Constituição nova sobre a Constituição anterior - revogação global e, em certos casos, caducidade;

- Acção de normas constitucionais novas (provenientes de modificação constitucional) sobre normas constitucionais anteriores - revogação;

- Acção de Constituição nova sobre normas ordinárias anteriores não desconformes com ela - novação;
- Acção de normas constitucionais novas (provenientes de Constituição nova ou de modificação constitucional) sobre normas ordinárias anteriores desconformes - caducidade por inconstitucionalidade superveniente.

Podem ainda ocorrer:

- Subsistência de normas constitucionais anteriores - recep-

ção material;
- Subsistência de normas ordinárias contrárias às novas normas constitucionais, com a força de normas constitucionais - constitucionalização e recepção material;
- Subsistência de normas constitucionais anteriores, com a força de normas de direito ordinário - desconstitucionalizaçio.

67. Direito constitucional novo e Direito constitucional anterior

1 - Antes de mais, uma Constituição nova revoga a Constituição anterior. Por definição, não pode haver senão uma Constituição - em sentido material e em sentido formal; em cada país e em cada momento, só pode prevalecer certa ideia de Direito;
• finalidade específica do acto constituinte consiste em substituir
• ordem constitucional criada a partir de anterior acto constituinte por uma diferente ordem constitucional.
Esta ievogação é uma revogação global ou de sistema('),

(1) Sobre este conceito, v. CABRAL DE MONCADA, Lições de Direito Civil, 2.a ed., Coimbra, 1954, págs. 105-106, nota; e OLIVEIRA ASCENSÃO, 0 Direito, cit., págs. 276 e 282-283.

e não uma revogação stricto sensu ou uma recepção individualizada, norma a norma. Não cabe indagar da compatibilidade ou não de qualquer norma constitucional anterior com a correspondente norma constitucional nova ou com a nova Constituição no seu conjunto; basta a sua inserção na anterior Constituição para que automaticamente - expressa ou tacitamente - fique ou se entenda revogada pela Constituição posterior.

Os acontecimentos revolucionários que, na maior parte das experiências históricas, põem fim a um regime e abrem ou preparam outro regime podem obnubilar um pouco esta verificação. Todavia, na medida em que qualquer revolução se carrega de Direito, e Direito constitucional, deve dizer-se que, mesmo aí, há revogação global: a Constituição é revogada não tanto pela revolução quanto pelo Direito revolucionário(').

II - Ao invés, revogação (individualizada) ocorre em caso de modificação parcial da Constituição.

A revisão constitucional é sempre na especialidade, ínsistimos;

e, por isso, cada alteração que determine apenas vai agir sobre uma (ou algumas) normas preexistentes -sem prejuízo, claro está, da sua repercussao sistemática e de eventual revisão indirecta de outra ou outras normas.

III - Em algumas circunstâncias, normas constitucionais anteriores à nova Constituição podem continuar em vigor nessa qualidade, se bem que a título secundário. A par das normas que são directa expressão da nova ideia de Direito e que ficam sendo o núcleo da Constituição formal (em regra, sob a veste da Constituição instrumental), perduram, então, por referência a elas, outras normas constitucionais.

É o fenômeno da recepção material, atrás descrito.

IV - Tendo havido recepção material (e, porventura, recepção formal), se a Constituição que a opera vem a ser substituída

(1) 0 que se verifica então é não haver contiguidade entre a nova Constituição formal (definitiva) e a anterior Constituição formal. Contiguidade só se verifica em caso de transição. Cfr. supra.

por outra, as normas constitucionais recebidas - descontíguas, dalguma sorte, em face da nova Constituição -cessam necessariamente de vigorar também. Cessam de vigorar, não por revogação verdadeira,e própria, mas por caducidade ou, quando muito, por revogação conseqiiente. ,

' Como as normas objecto de recepção não tinham virtuahdade autónoma de subsistência, e apenas uma subsistência derivada da Constituição agora revogada, e como só a revogação global desta é efeito directo e imediato da entrada em vigor da nova Constituição, justifica-se falar em caducidade, porquanto tais normas constitucionais tinham já um carácter subsidiário ou subordinado, não podiam manter-se para além de determinadas condições ou de determinado tempo.

V - Por último, certas normas constitucionais anteriores podem não deixar de vigorar com a entrada em vigor da nova Constituição; podem, simplesmente, passar da categoria de normas constitucionais a normas de direito ordinário. Nisto consiste a desconstitucionalização.

A recepção material e a desconstitucionalização ostentam de comum uma transmutação intrínseca de preceitos. Distintos são os resultados e, portanto, a qualidade: na primeira, ficam sendo ainda preceitos constitucionais, só que assentes, doravante, em actos normativos que se reportam à nova Constituição; na segunda, nem isso, apenas fica a haver preceitos legais.

A desconstitucionalização (tal como a recepção material) tem de ser prevista por uma norma. Não pode estribar-se em mera concepção teórica ou doutrinal; não é por certos preceitos formalmente constitucionais não o serem materialmente ou pertencerem a outro ramo de Direito que ela se verifica ou pode verificar-se (1) - até porque, como dissemos na altura própria, toda a Constituiçao formal é Constituição material, qualquer preceito formalmente constitucional é, desde logo, materialmente constitucional. 0 que pode aventar-se. é o objecto da desconstitucionalização: normas cujo sentido de regulamentação se encontre sedimentado e seja

(1) Ao contrário do que inculca OLIVEIRA ÁSCENSÃO, op. cit., pág. 283.

independente deste ou daquele regime, normas construtivas ou técnicas; normas ligadas a uma extensão do tratamento constitu

cional a matérias antes não abrangidas e que não se conserve na nova Constit * uição, sem que haja, depois, lei ordinária sobre elas.

Mas, se tem de haver norma constitucional a estabelecer a desconstitucionalização, não tem de ser norma expressa ou norma constitucional formal; poderá tratar-se de norma de origem consuetudinária; será, por exemplo, através de costume que poderão explicar-se os vários casos havidos em França no século xix, atenuando a instabilidade jurídico-política produzida por sucessivas revoluções e Constituições (1) (2).

68. Direito constitucional novo e Direito ordinário anterior

I -Uma Constituição nova não faz nunca tábua rasa do Direito ordinário anterior. Nem sequer isso acontece aquando da formação originária dos Estados (3) ou na sequência de revoluções muito extensas e profundas, de revoluções <dlimitadas», porque constituir ou reconstituir tudo desde a base seria esforço demasiado pesado ou impossível em curto tempo e, entretanto, seiia gravemente afectada a segurança jurídica. Há sempre factores de continuidade - até na vida internacional que sobrelevam os de descontinuidade.

0 que a superveniência de uma Constituição provoca é novação do Direito ordinário interno anterior (5). Como todas e cada uma das normas, legislativas, regulamentares . e outras, retiram a sua

(1) Sobre a desconstitucionalização em França, cfr. A. EsmEiN, op. cít., i, págs. 580 e 581; J. BARTHÉLEMY e P. DuEz, op. cit., págs. 234-235; MARCEL WALINE, Les conséquences juridiques .... cit., loc. cit., pág. 200; G. BURDEAU, Traité .... cit., iv, págs. 625 e segs.

(2) Por outro lado, se aqui se trata de uma heterodesconstit-ucionalização, também pode haver hipóteses de autodesconstitucionalizaçdo, como no art. 144.o da Carta Constituinte, a seu tempo examinado.

(3) V., por exemplo, art. 84.0 da Constituição angolana, art. 93.0 da Constituição de Cabo Verde ou art. 140.e da Constituição da Namíbia.

(4) Aliás, o Direito internacional aplica-se cada vez mais, e directamente, na ordem interna.

(5) É a tese que há muito defendemos: v. Decreto, cit., pág. 94.

validade, directa ou indirectamente, da Constituição (1), a mudança de Constituição acarreta mudança de fundamento de validade: as normas, ainda que formalmente intocadas, são novadas, no seu titulo ou na sua força jurídica, pela Constituição; e sistematicamente deixam de ser as mesmas (2).

Há, assim, uma nítida diferença entre a situação do Direito constitucional anterior - o qual cessa com a entrada em vigor da nova Constituição - e a do Direito ordinário anterior - o qual continua, com novo fundamento da validade e sujeito aos princípios materiais da nova Constituição e que somente em caso de contradição deixará de vigorar. E, enquanto que as normas constitucionais que subsistam são recebidas pelas novas normas constitucionais, as normas ordinárias são simplesmente novadas (3).

A recepção (a recepção material, de que há pouco falámos) equivale à regulamentação de certas matérias constitucionais não imediatamente pela nova Const,ituiçao, mas sim por outras normas; implica, de certa sorte, uma autolimitação do poder constituinte e, ao mesmo tempo, uma inserção de todas as normas num sistema constitucional único. já no tocante ao Direito ordinário interno a Constituição não assume, nem tem de assumir a regulamentação; a Constituição tem apenas de o penetrar, de o envolver dos seus valores, de o modular e, se necessário, de o transformar; e é nesta medida que ele pode dizer-se recriado ou novado.

II - Essa ideia de recriação ou novação tem, designadamente, três corolários principais que não custa apreender:

a) Os princípios gerais de todos os ramos de Direito passam a ser os que constem da Constituição ou os que dela se infiram, directa ou indirectamente, enquanto revelações

(1) Sigam-se as concepções kelsenianas ou não. Cfr., por todos, C. MORTATI, Abrogazione legislativa..., in Scritti, ii, págs. 67 e 71; ou, do ângulo da sucessão de ordenamentos jurídicos, K. ENGISCH, Op. Cit., págs. 263 e sègs.

(2) Também se fala em eficdcia construtiva: JOSÉ AFONSO DA SILVA, A aplicabilidade .... cit., pág. 204.

(3) KELSEN adopta aqui o conceito de recepção (Teoria Pura, cit., ii, pág. 36). Cfr. a crítica de V. CRISAFULLI, Lezíoni..., cit., i, pág. 110.

dos valores fundamentais da ordem jurídica acolhidos pela Constituição (1);

b) As normas legais e regulamentares vigentes à data da entrada em vigor da nova Constituição têm de ser reinterpretadas em face desta e apenas subsistem se conformes com as suas normas e os seus princípios;

As normas anteriores contrárias à Constituição não podem subsistir - seja qual for o modo de interpretar o fenómeno da contradição e ainda que seja necessário distinguir consoante a contradição se dê com normas preceptivas ou com normas prograináticas (como vimos).

III - Na hipótese de revisão constitucional, não se opera novação. A revisão só tem efeitos negativos - sobre as normas ordinárias anteriores contrárias - não positivos - sobre as não desconformes.

Revisão constitucional supõe precedência e permanência da Constituição. Se as normas decretadas por revisão extraem a sua validade da Constituição (ou dos princípios constitucionais), dela hão-de também extraí-Ia as normas da lei ordinária, por maioria de razão. Mudando a norma constitucional sem que se afecte a norma legislativa antecedente (que com ela continua conforme), nenhum efeito se regista: a norma legislativa era válida e válida continua - à face da Constituição como um todo. Inversamente, se a norma legislativa era contrária à Cons-cituição antes da revisão (embora não declarada inconstitucional) e agora fica sendo conforme à nova norma constitucional, nem por isso é convalidada ou sanada: ferida de raiz, não pode apresentar-se agora como se fosse uma nova norma, sob pena de se diminuir a função essencial da Constituição (2) 0).

(1) Como têtes de chapitres (recordando PF-LLEGRINO Rossi), os princípios constitucionais também mudam e os que contam, em cada momento, são os actuais, e não os passados.

(2) Contra este entendimento pronunciaram-se, porém, recentemente o Tribunal Constitucional (no acórdão n.o 408/89, de 31 de Maio de 1989, in Didrio da República, 2.a série, n.o 26, de 31 de janeiro de 1990) e Rui MF-DEIROS (Valores jurídicos negativos da lei inconstitwional, in 0 Direito, 1989, págs. 522 e 523).

Segundo o Tribunal, uma revisão constitucional tanto pode tei eleitos

Relação específica entre norma constitucional nova e norma ordinária velha que verse sobre a mesma matéria apenas se dá

negativos como efeitos positivos sobire as normas

infraconstitucionais anteriores, ainda que estes efeitos só valham para o futuro, não para o passado (a revisão não convalida essas normas desde a sua origem, apenas as valida para o futuro). Não se justifica continuar ad aeternum a considerar inconstitucionais normas que, tendo nascido contrárias à Constituição, passam a ser com ela conformes.

De resto, pode a Lei Fundamental vir a incluir uma norma de teor exactamente idêntico ao da norma legal, que era materialmente inconstitucional antes da revisão. Ora (disse ainda o Tribunal, criticando a nossa opinião), a referida norma legal deveria continuar a ser considerada materialmente inconstitucional, mesmo para o futuro, devendo, por isso, ser desaplicada pelos tribunais, os quais, todavia, em vez dessa norma, seriam levados a aplicar directamente a norma constitucional. 0 contra-senso estaria à vista: não se pode considerar materialmente inconstitucional uma norma infraconstitucional de conteúdo idêntico a uma norma constitucional.

Quanto a RUI MEDEIROS, ele invoca a economia legislativa que aconselharia a convalidação da anulabilidade com eficácia ex nunc e a circunstância de a fiscalização jurisdicional visar, unicamente, expurgar do ordenamento os efeitos produzidos por normas inconstitucionais.

Estes argumentos não nos convencem. Nenhuma razão de pragmatismo ou de economia legislativa pode prevalecer sobre as funções relativas da Constituição e da revisão constitucional ou eliminar o risco de «revisões antecipadas» em fraude às normas constitucionais (cfr. GomF-s CANOTILHO * VITAL MOREIRA, op. cit., ii, pág. 503).

Por outro lado, não há qualquer contra-senso na não aplicação para * futuro de uma norma legal de conteúdo idêntico ao da nova norma constitucional (proveniente de revisão). Para quê recorrer a ela, precisamente, quando existe agora uma norma constitucional de conteúdo idêntico? Assim como para trás (para antes da revisão) a norma legal não pode ser aplicada por contrariar a norma constitucional, também para a frente (para o futuro) não precisa de ser aplicada, porque se aplica, desde logo, a norma constitucional que, por coincidência, possui o mesmo sentido.

(3) Uma postura intermédia - entre a que defendemos e a que sustentou o Tribunal Constitucional - é a de MIGUEL GALvÃo TELES (InCOnStitucionalidad~ Pretárita, in Nos Dez Anos da Constituiçdo, obra colectiva, Lisboa, 1987, págs. 335 e 336). Em geral, não aceita a convalidação do acto nulo pelo termo da vigência da norma constitucional desrespeitada, mas admite a possibilidade de uma-específica intençdo convalidat6ria a apurar através de interpretação da vontade do legislador constitucional (que poderá ter em vista *salvar» certas normas ordinárias, julgadas necessárias ou úteis).

quando haja contradição. E aqui, sim, não pode deixar'de se suscitar inconstitucionalidade superveniente como quaudo a Constituição acaba de nascer.

IV - Diferente é o modo como se recortam as relações entre Direito constitucional novo e Direito internacional anterior.

Embora não sejam ordenamentos jurídicos separados - o interno e o internacional (1) - por certo a Constituição não é o fundamento de validade das normas de Direito internacional aplicáveis na esfera interna do Estado, e apenas limite de produção de efeitos das normas jurídico-internacionais (2). Por conseguinte, * conformidade ou desconformidade entre normas constitucionais * normas internacionais, reconduz-se a eficácia ou ineficácia; não acarreta, nem deixa de acarretar novaçao ou inconstitucionahdade superveniente no sentido rigoroso do termo, e, em caso de modificação de norma constitucional, bem pode ocorrer a reposição em plenitude de norma convencional anteriormente ineficaz, porque desconforme.

69. A subsistência do Direito ordinário não contrário à Constituição

I - A subsistência de quaisquer normas ordinárias antenores a nova Constituição depende de um único requisito: que não sejam desconformes com ela. Se forem desconformes, só poderão, eventualmente, sobreviver se elevadas elas próprias então à categoria de normas constitucionais, quer dizer, se constitucionalizadas.

(1) Sobre este problema, v. o nosso Direito Internacional Públíco, policopiado, Lisboa, 1991, págs. 209 e segs., e autores citados.

(2) Cfr. já o nosso Decreto, cit., págs. 88 e 106 e segs., e, sobretudo, MIGUEL GALvÃo TELES, Eficdcia dos tratados .... cit., págs. 99 e segs. Como escreve este Autor, a eficácia interna das normas internacionais não se justifica por nenhum juízo sobre o seu conteúdo, mas pelo interesse do Estado em harmonizar a sua ordem jurídica com o Direito das Gentes, e, sendo diferentes, os fundamentos da eficácia na ordem estadual das fontes de origem interna e internacional, a vigência da norma proveniente de cada uma delas constitui apenas circunstância impeditiva da eficácia de outra.

Por isso, o único juízo a estabelecer é o juízo da conformidade (ou da correspondência) material com a nova Constituição, a Constituição actual. Não é qualquer outro: nem qualquer juízo sobre a formação dessas normas de acordo com as novas normas de competência e de forma (as quais só valem para o futuro), nem, muito menos, qualquer juízo sobre o seu conteúdo ou sobre a sua formação de acordo com as antigas normas constit,ucionais.

Não importa que as leis fossem inconstitucionais material, orgânica ou formalmente antes da entrada em vigor da Constituição. Importa apenas que não disponham contra esta. E isso, não porque a norma constitucional se reduza a mero limite externo da norma legislativa cujo desaparecimento lhe restitua plena eficácia jurídica; não porque o exercício de poder constituinte em certo momento consuma o exercício de todo o poder do Estado em momentos anteriores; mas, simplesmente, porque o exercício do poder constituinte revela nova ideia de Direito e representa novo sistema. A Constituição não convalida, nem deixa de convalidar; simplesmente dispõe ex novo.

Não importa sequer discutir da qualificação das normas ou dos actos donde emanam à face da Constituição anterior; ela é, pelos mesmos motivos, tomada como um dado; e apenas os actos vão ser reportados aos novos tipos constitucionais, como diplomas equipardveis (1), sujeitos, doravante, aos regimes jurídicos que lhes couberem (2).

De resto, mesmo que assim não fosse, uma barreira insuperavel se colocaria sempre: estabelecer quais os órgãos e quais os meios de fiscalização da constitucionalidade à luz da Constituição anterior. Não podendo ser os órgãos e os meios destinados a garantir

(1) Na expressão do art. 282.0, n.o 1, do texto inicial da Constituição.

(2) Por exemplo: um decreto-lei da Constituição de 1933, em princípio, terá de ser revogado por acto legislativo segundo a nova Constituiçao, salvo deslegalização; e uma lei da Assembleia Nacional só pode ser revogada pela Assembleia da República se versar sobre matéria a esta reservada (reservada pela nova Constituição, evidentemente).

a Constituição actual (arts. 277.(> e segs.), nenhuma forma haveria, na prática, de levar a cabo tal fiscalização (1).

II - Compreende-se perfeitamente a proposição quando esteja em

causa inconstitucionalidade material. Se, apesar desta, as normas de Direito anterior não tinham cessado a sua vigência ao tempo da Constituição velha, porquê impedir que sobrevivam à face da Constituição nova quando se harmonizam com ela e querem o mesmo que ela? Por que razão, da perspectiva da Constituição nova, haveria de se pôr em causa a lei que agora é conforme com a lei constitucional?

Mais dúvidas talvez pudessem oferecer-se a respeito da inconstitucionaliclade orgânica ou formal anterior, por se pensar que o princípio de aplicação da norma constitucional para o futuro implica o respeito das normas constitucionais de competência e de forma passadas, donde a necessidade de não considerar as leis que tivessem preterido os seus requisitos. A solução não pode, contudo, ser diferente, pois não é diverso o interesse da ordem jurídica em manter em vigor normas anteriores materialmente conformes com a nova Constituição.

Tal a posição que há muito defendemos, apenas admitindo algumas dúvidas nas hipóteses de inexistência jurídica dos actos através dos quais o Direito anterior tenha sido produzido (2). E a maior parte da doutrina (3) e a jurisprudência constitucional ~) têm igualmente seguido este entendimento, com algumas oscilações ou

(1) Sobre o problema, cfr. ALDO SANDULLI, Il giudizio siulle leggi Milão, 1967, págs. 33 e segs.

(2) 0 Direito Constitucional e Ordi-ndrio Anterior, in Estudos sobre a Constituição, i, Lisboa, 1977, pág. 363 e segs. e 355, nota; A Constituição de 1976, cit., págs. 122 e segs.; Manual..., ii, 2.a ed., págs. 244 e segs. * 256, nota.

(3) Cfr. GOMES CANOTILHO e VITAL MOREIRA, op. cit., ii, págs. 487 * 574-575; GomEs CANOTILHO, Direito Constitucional, cit., pág. 838; Rui MEDEIROS, op. cit., loc. cit., págs. 517 e segs.

(4) V., por exemplo, o acórdão n.o 261186, do Tribunal Constitucional, de 23 de julho de 1986, in Didrio da República, 2.a série, n.o 274, de 27 de Novembro de 1986; o acárdão n.O 13188, de 13 de janeiro de 1988, ibid.*m, 2.a série, n.o 62, de 15 de Março de 1988.

reservas. Mas ele é criticado por MIGUEL GALvÃo TELES na base da distinção entre dois fenômenos relativos ao Direito anterior: a sobrevivência e a atendibilidade (1).

III - Do postulado da fundamentação originária pela nova Constitpição - escreve MIGUEL GALvÃo TELES - não se segue a necessária irrelevância das normas constitucionais precedentes. Segue-se apenas que estas normas cessam de valer proprio vigore, e que qualquer relevância no universo jurídico pós-constitucional terá de ser recondutível à Constituiçao. Aquilo que há a determinar é qual a posição que a nova Constituição toma quanto à atendibilidade da vigência passada, e isso representa um problema de interpretação e integração (2).

Torna-se impossível aplicar o art. 293.o (do texto inicial de 1976, agora 290.0, n.o 2) sem recorrer, pelo menos, a algumas normas constitucionais anteriores, que mais não seja às normas identificadoras das fontes. Como pode saber-se o que era antes uma lei, um decreto-lei, um decreto simples sem apelar às normas constitucionais que definiam esses tipos? Não é possível conceber a norma desligada da fonte e, por consequência, das normas sobre as fontes (3).

Tão-pouco é exacto que com a substituição constitucional, de todo, perca sentido a defesa, como tal, dos esquemas de repartição anterior de poderes e dos processos de agir precedentes. Na medida em que tais esquemas ou processos correspondem, ainda que de forma extremamente imperfeita, mínima, hipócrita até, à protecção de valores que a nova ordem constitucional tutela, continua a possuir significado defendê-los. Além disso, faz sempre sentido defender o princípio de constitucionalidade qua tale (4). Por maioria de razão,

deve atender-se às normas constitucionais pós-revolucionárias (emanadas entre 1974 e 1976), até porque a Constituição se considera herdeira da Revolução (5).

MIGUEL GALVXO TELEs reconhece, no entanto, que os órgãos de garantia da Constituição actual - designadamente, o Tribunal Constitucional não podem exercer fiscajização de normas perante a Constituição anterior.

(1) Inconstitucionalidade pretérita, cit., loc. cit., págs. 272 e segs., maxime 284 e 285; e intervenção na comissão eventual da 2.a revisão constitucional, in Diário da Assembleia da República, v legislatura, 1.a sessão legislativa, 2.a série, n.o 55-RC, acta n.o 53, reunião de 28 de julho de 1988, págs. 1755 e 1756.

(2) Inconstitucionalidade pretérita, cit., Zoo. cit., pág. 301.

(8) Ibidem, pág. 304.

(4) Ibidem, págs. 305 c,306. Cfr. ainda a diferenciação de normas constitucionais anteriores, da perspectiva de um juízo da Revolução e da Constituição sobre o passado, a págs. 317 e segs.

~) Ibidem, págs. 323 e segs.

Mas os tribunais podem recusar-se a aplicar normas contrárias a regras constitucionais pretéritas, porque os tribunais sempre podem julgar da nulidade ou ineficácia de actos normativos, no âmbito do seu genérico poder de conhecimento do Direito aplicável (fundado nos arts. 205.o e 206.o da Constituição, e não no art. 207.11) (1).

IV - Esta análise não poderia deixar de nos levar a reflectir, de novo, sobre o problema.

Tudo está no significado a atribuir à atendibilidade do Direito constitucional e ordinário anterior. Envolve tal atendibilidade que possa hoje proceder-se perante um e outro como se se estivesse perante o Direito actual? Parece-nos claro que não. A vigência do Direito anterior como vigência jurídica é um pressuposto da sua eventual subsistência à face da nova Constituição, mas as relações entre normas constitucionais e normas ordinárias não podem ser sujeitas a qualquer tipo de confronto ou de juízo hoje, como se se tratasse de normas actuais. Aquelas normas têm de ser aceites, atendidas, pura e simplesmente, como dados, tal como se encontravam antes da emanação da nova Constituição.

Trabalhando com a distinção nos requisitos dos actos jul~dico-constitucionais entre requisitos de qualificaçdo (ou requisitos de recondução ou de subsunção de um acto em concreto em qualquer dos tipos de actos estabelecidos pela Constituição) e requisitos de validade (ou requisitos de perfeição ou de plena virtualidade de produção dos seus efeitos jurídicos), quer isto dizer que a atendibilidade das normas constitucionais anteriores poderá - ou deverá mesmo - abranger a consideração dos primeiros, embora não a dos segundos. Sob este aspecto, achamos procedentes as observações de MIGUEL GALVÃO TELEs e resolvemos agora em sentido positivo a dúvida atrás exposta quanto à inexistência jurídica. Entendemos, pois, doravante, que não só leis não publicadas mas também leis juridicamente inexistentes diante da Constituição anterior, por lhes faltar requisitos de qualificação (por provirem de órgãos absolutamente incompetentes ou por não terem sido promulgadas), não devem ser aplicadas na vigência da nova Constituição (2).

já no respeitante aos requisitos de validade (ou de constitucionalidade em sentido estrito), mantemos, sem hesitar, a nossa postura. 0 próprio MIGUF-L GALVÃO TELEs admite, como se viu, que os órgãos de fiscalização da constitucionalidade instituídos por certa Lei Fundamental não podem funcionar como órgãos de fiscalização relativamente a uma Lei Fundamental anterior. Porém, não menos divisamos como poderiam os tribunais, no exercício do seu poder judicativo normal, verificar a presença de tais requisitos

(1) op. cit., loc. cit., págs. 307 e 309.

(2) Muito mais longe vai RUI MEDEIROS (op. Cit., IOC. Cit., PágS. 520 e 521), para quem se trataria também de leis nulas e ineficazes.

ou efectuar qualquer ponderação dos valores subjacentes a normas de competência e de forma da Constituição passada em nome de uma pretensa afinidade ou comunidade com valores firmados na Constituição nova.

São coisas completamente diversas: um tribunal indagar se uma lei feita antes da nova Constituição foi revogada ou caducou ainda durante o seu período de vigência ou chegou mesmo a então existir juridicamente; e um tribunal emitir um juizo sobre a observância ou não pelos órgãos legislativos criados pela Constituição precedente destas ou daquelas normas de competência e de forma que, porventura, incorporem certos valores. Não será isto, afinal, fazer também apreciação da constitucionalidade? Não será isto aplicar retroactivamente a Constituição material nova a actos produzidos à sombra da Constituição velha? E, sobretudo, não será incongruente conceder tal poder de apreciação aos tribunais, difusamente, só quando o sistema de fiscalização da constitucionalidade em Portugal, hoje, contém elementos decisivos de concentração? Não se vulnerarão, assim, gravemente, a certeza e a segurança jurídicas (1) ?

De resto, a afinidade ou comunidade de valores ligados a normas constitucionais de competência e de forma é (ou pode ser) mais aparente do que real. Representam o mesmo a violação de normas de reserva de competência do actual Parlamento (eleito por sufrágio universal e com composição pluralista) e a violação de análogas normas da Constituição de 1933 (com Assembleia proveniente de eleição não substantiva) ou da Constituição de 1911 (com Congresso da República não eleito por sufrágio universal) ?

Finalmente, anote-se que, tirando a hipótese de portarias e de outros actos não submetidos a promulgação, a tese de MIGUEL GALvÃo TELF-s não oferece grande alcance prático. É o próprio Autor que faz depender a possibilidade de apreciação da constitucionalidade orgânica e formal pelos tribunais actuais de idêntica competência dos tribunais na Constituição passada (o que não se verificava, em parte, na Constituição de 1933) (2); e que, por outro lado, quanto à violação de normas constitucionais emitidas no biénio revolucionário de 1974-1976, afirma que os actos normativos inconstitucionais eram só ineficazes ou anuláveis, mas não nulos (excepto quando

(1) V. já Manual..., 2.a ed., ii, pág. 247, e Rui MEDEIROS, Op. Cit. loc. cit., pág. 519.

Cfr. também o acórdão n.() 261186 do Tribunal Constitucional, cit., loc. cit., pág. 11030: não se afigura crível que haja estado nas intenções do legislador constituinte inconstitucionalizax a posteriori, por motivos ligados exclusivamente à (cforma* como foram estabelecidas, quaisquer figuras tributárias; não é isso crível, atenta a sua preocupação de salvaguardar basicamente a continuidade do ordenamento jurídico e atenta, em particular, a imprevisibilidade das consequências de tal solução, dados os seus imediatos reflexos financeiros.

(2) OP. cit., Joc. cit., pág. 313.

afectassem direitos individuais), porquanto uma revolução implica um poder in fleri e vincula-se a um processo de transformação em constante revisão, para além do que corresponda a grandes linhas prospectivas e a limites a ter por intocáveis.

70. A inconstitucionalidade superveniente das leis or&nárias anteriores

contrárias à Constituição

I -A superveniência da nova Constituição acarreta ipso facto, pela própria função e força desta, o desaparecimento do Direito ordinário anterior com ela desconforme. Como qualificar, porem? Ou (distinguindo as duas coisas, o que nem sempre se faz) como qualificar a relação negativa, produzida por essa superveniencia, entre Constituição e lei preexistente? (1).

A este respeito, há os que falam em revogação, os que falam em caducidade, os que falam em ineficácia, etc. E a escolha não releva da mera querela acadêmica; reveste interesse prático, sobretudo quando os tribunais não possam conhecer ou nao possam decidir definitivamente da inconstitucionalidade das leis, embora possam conhecer ou decidir das demais questões de Direito. Mais discutível é saber se a distinção de qualificação adquire relevância no tocante à posição de outros órgãos e entidades perante o Direito anterior.

jura novit curia. Mas a história e a comparação mostram que depende do sistema consagrado em cada país considerar a inconstitucionalidade uma questão de direito como qualquer outra sujeita a decisão judicial. subtraí-la a apreciação judicial ou atribuí-Ia a órgãos específicos, sejam jurisdicionais ou não. Se se configurar a superveniência de norma constitucional como determinante de revogação e não de inconstitucionalidade poderão e deverão sempre os tribunais recusar-se a aplicar a norma legal; ao invés, se se descobrir inconstitucionalidade, os tribunais somente est ' arão habilitados a intervir na medida em que as normas constitucionais de garantia lhes derem o necessário poder de apreciação.

Os problemas não são de mera jurisprudência de conceitos. É preciso apurar os interesses que se jogam em qualquer

(1)Seguimos no essencial A Constituiçjo de 1976, cit., págs. 128 e segs.

das soluções e as razões, políticas e outras, que presidem ao arquit,ectar do sistema de garantia da Constituição em cada país. Se optar por esta ou aquela conceituação tem consequências lógicas manifestas sobre o modo de encarar a intervenção dos tribunais e a da Administração - esta, competente quanto a revogação, não quanto a inconstitucionahdade (1) - em último termo é no campo do Direito positivo que deve procurar-se a linha definidora de tal competência e da sua extensão (2).

Em tese geral, pronunciamo-nos pela recondução a inconstitucionalidade e pela recondução dos efeitos desta a caducidade. Recusamos, pois, contrapor inconstitucionalidade e caducidade (ou, para quem assim entendesse, revogação); a distinção é, sim, entre inconstitucionalidade originária e superveniente com ou sem regime específico. E isto aplica-se tanto às situações advenientes de Constituição nova como às advenientes de revisão constitucional ~) .

(11) Cfr. infra.

(2) 0 tema foi especialmente estudado em Itália, na Alemanha e em Espanha, aquando da entrada em vigor das Constituições de 1947, 1949 e 1978 que criaram tribunais constitucionais. Em Itália, prevaleceu a doutrina enunciada pelo próprio Tribunal em 1956, declarando-se competente para conhecer do Direito anterior; já na Alemanha foi oposta a jurisprudência; e em Espanha adoptou-se uma posição mista, de competência simultânea do Tribunal Constitucional e dos demais tribunais.

Sobre a discussão na doutrina italiana, V., PAOLO BARILF-, La Costituzione..., cit., págs. 61 e segs.; C. ESPOSITO, Leggi vecchi e Costituzione -nuova, in Costítuzione Italiana, págs. 283 e segs.; C. MORTATI, Abrogazione legislativa .... cit., loc. cit., ii, págs. 45 e segs.; GiusEPPF- MUSACCIIIA, Gerarchia e teoria delle norme sulla produzione giuridica mel sistema constituzionale delle fonti, in

Rivista Trimestrate di Diritto -Pubblico, 1970, págs. 612 e segs.; FRANCO PIBRANDREI, Corte Costituzionale, cit., loc. cit., págs. 908 e segs.; FRANCO MODUGNO, Op. Cit., I, PágS. 14 e segs.; FELICE DELFINO, La dichiarazione di illegititimità costituzionale delle leggi, Nápoles, 1970, págs. 31 e segs. Em Espanha, v., por exemplo, MANUEL ARAGÓN, La sentencia del Tribunal Constitucional sobre leys relativas al regime local anterior a Ia Constitución, in Revista Espagola de D~recho Constitucional, 1981, págs. 185 e segs.

(3) Cfr., diversamente, ANTóNIo NADAIS, As relações entre actos legislativos dos órgãos de soberania, Lisboa, 1984, págs. 18 e segs. (em favor de tese da revogação); GomEs CANOTILHO, Direito Constitucional, cit., Pág. 837 (falando em concurso de revogação e nulidade).

II - 0 fenômeno da inconstitucionalidade surge por causa da contradição entre normas legais e normas e princípios constitucionais e, em face de cada situação ou acto, é função do juízo de valor que se faça com base nos comandos constitucionais vigentes. Para cada Constituição um juízo de inconstitucionalidade; e, para várias e sucessivas épocas, vários e sucessivos juízos. Não cabe, pois, apelar para um critério de ordem cronologica (lex posterior ...) com autonomia em relação a um critério dito hierárquico (lex superior ...). É a própria função genética ou constitutiva do ordenamento jurídico que possui a Constituição que o exclui, já que a sua relação com a lei ordinária não pode ser assimilada à relação entre duas leis ordinárias.

A abstracta estrutura jurídico-formal da inconstitucionalidade não depende do tempo de produção dos preceitos. Só pode e deve falar-se em inconstitucionalidade originária e em inconstitucionalidade superveniente, na medida em que ligadas a uma norma legal que, essa, pode ser desconforme com a Constituição originária ou supervenientemente - o que implica ou permite um tratamento diferenciado. Só pode e deve distinguir-se olhando à subsistência desta norma e atribuindo-Ihe uma qualidade que não se toma uniforme (1).

Quando qualquer lei ordinária ab initio contradiz a Lei Fundamental, ela fica desde logo ferida de invalidade. 0 mesmo não acontece com a lei que fica sendo inconstitucional num momento subsequente ao da sua produção, por virtude de novo princípio ou norma da Constituição; mas no momento da entrada em vigor deste princípio ou norma, tal lei ordinária automaticamente cessa a sua subsistência (embora o evento tenha ou não de ser declarado pelos órgãos competentes).

A inconstitucionalidade supervenient.e exprime uma valoração negativa da ordem jurídica, moldada por novos princípios ou normas constitucionais, relativamente à lei anterior. É essa

(1) Afora os actos normativos, também poderão pôr-se questões de ilegalidade superveniente (reconduzíveis ou não a invalidade) tanto em relação a actos administrativos como em relação a actos jurídicos civis. Cfr., sobre aqueles, ROGÉRIO SOARES, Interesse Público, Legalidade e Mérito, cit., págs. 381 e segs. e 393 e segs., e autores citados.

valomção que determina a cessação da vigência da lei, e determina-a por caducidade e não por revogação, pois que, em face da sua desconformidade com a Constituição, doravante a lei deixa de ter uma condição intrínseca de subsistência, independentemente de qualquer acto de vontade especificamente dirigido à sua eliminação.

' A ideia de revogação parece ser de uma substituição de normas no ordenamento, de uma regulamentação sucessiva da mesma matéria, com idêntica função, de uma renovação do ordenamento jurídico por obra do legislador ou da autoridade social. Uma norma sucede a outra, que,

ambas, recaem sobre o mesmo objecto, embora em sentido discrepante. Salvo assunção ou avocação da totalidade da disciplina pela norma de grau superior - rara, mas sempre possível, visto que à norma superior cabe definir à sua própria área de concretização - apenas uma norma de igual posição hierárquica substitui, de ordinário, outra (1). Uma norma constitucional revoga uma norma constitucional, como uma norma legal revoga outra norma legal (2).

Não existe revogação quando na economia do ordenamento não se prescinda das duas normas. 0 que acontece é que se oferecem dois graus e normas em cada um; nem a norma superior conseme a inferior, nem esta arreda o poder regulador traduzido naquela ao dirigir-se às relações jurídicas. 0 ordenamento compreende uma pluralidade de funções normativas e a mesma matéria pode pedir uma disciplina paralela em vários níveis, designadamente a nível de Constituição e a nível de lei ordináxia (3).

(1) Sobre o conceito de revogação, em especial da lei, v., por todos, C. ESI>OSITO, La Valtdità delle Leggi, cit., págs. 63 e segs.; SALVATORE PUGLIATTI, Abrogazione, in Encictopedia del Diritto, i, págs. 1411 e segs.; FRANco MODUGNO, Problemi e pseudo-problemi relativi alle C. d. revivescenza di disposizioni abrogate da legge dichiarata inconstituzionale, in Studi ín memoria di Carlo Esposito, obra colectiva, Pádua, 1972, págs. 647 e segs.; JORGE MIRANDA, Decreto, cit., págs. 87 e segs.

(2) Cfr., sobre o problema homólogo, mas não análogo, da relaçao entre lei nova e regulamento velho (não análogo, porque entre lei e Constituição não há o nexo de acessoriedade que existe entre regulamento e lei), Decreto, cit., págs. 89-90. Não mantemos hoje a totalidade das opiniões aí expostas.

(11) Que haja Constituições que declaram revogar leis anteriores - como a belga (art. 138.0), a luxemburguesa (art. 117.0) ou a espanhola

Esta conclusão vale, inclusive, para o caso, porventura menos corrente, de lei anterior contrária a norma constitucional programática - nos moldes mitigados há pouco expostos - em que se torna, aliás, mais frisante que se trata de caducidade e não de revogação. Pois a norma constitucional programática é norma jurídica como qualquer outra; e o seu sentido normativo, correspondente a princípios e valores da ordem constitucional, tem de prevalecer sobre o sentido preceptivo de qualquer norma legal feita depois dela ou vinda do passado.

III - Poderia, no entanto, argumentar-se contra a qualificação de caducidade invocando a possibilidade de efeito repristinatório, o qual não se daria na hipótese de revogação e deveria achar-se na de invalidade ou na de caducidade, com todas as graves desvantagens inerentes. A objecção não deveria proceder.

É verdade que a velha norma revogada não ressurge com a revogação daqueloutra que a havia revogado, e isto por evidente imperativo lógico. A cessação de efeitos opera de uma vez para sempre, a força reguladora de um preceito antigo está exausta e de per si não pode renascer. E, se circunstâncias houver que aconselhem a que volte a vigorar (como sejam o exíguo lapso de tempo de intervalo, a conveniência de atalhar a lacunas e particulares interesses de ordem política) terão de ser expressamente reconhecidas pelo legislador ao decretar a revogação do preceito, posterior (1).

(disposição revogatória, § 3.0) - é relativamente Indiferente. De resto, em caducidade falava o art. 293.0, n.o 2, de 1976. Sobre a disposição espanhola, cfr. GARCIA DE ENTERRIA, La Constitución..., cit., págs. 83 e segs.

(1) Em contrapartida, uma disposição que, especificamente,

venha revogar uma disposição revogatória acarreta como efeito natural o efeito repristinatório; e já se tem afirmado que a lei revogatória de precedente lei revogatória assume per relatipnem o conteúdo da norma legal primeiramente revogada.

Sobre a repristinação (arts. 7.0, n.o 4, e 2314.0, n.o 2, do C6digo Civil), v. na doutrina portuguesa, CUNHA GONçALvEs, Tratado de Direito Civit, Coimbra, 1929, 1, págs. 156-157, J. ALBERTO DOS REIS, Compagneia inter,nacional..., in Revista de Legislaçjo e de jurisprudênciiz, ano 76.0, pág. 242; MANUEL DE A"RADE, Fontes de Direito. Vigência, interpretaçjo o aplicaçjo das leis, in Boletim do Mi-nist&io da justiça, n.o 102, pág. 149; J. H. SARAIVA,

Tratando-se de inconstitucionaiiclade originária, há, seguramente, repristinação, a menos que o órgão de fiscalização, tendo o poder de determinar os efeitos da inconstitucionalidade, disponha diferentemente (1). já não no caso de inconstitucionalidade superveniente visto que a revogação coincide com a emanação do acto legislativo que fora válido; e há sempre que distin * , guir o juizo sobre o acto em si do juízo sobre a norma.

Por outro lado, se o restituir a plena acção o antigo preceito não poderia levar a destruir ou modificar o cunho imprimido pela lei intermédia degradada em inconstitucional, seria estranho submeter automaticamente factos e relações a constituir no futuro a uma lei mais velha do que aquela a que ficariam submetidos os anteriores já consumados; não.só essa lei, presumivelmente, teria deixado de corresponder à evolução social como ainda a sua reaplicação poderia provocar, no limite, perigosas desigualdades.

Como veremos à frente, os n.w 1 e 2 do art. 282.o da Constituição corroboram inteiramente esta doutrina.

71. Direito constitucional novo e actos jurídico-públicos

I - Até agora temos falado em normas de Direito ordinário anterior ou em acto- oormativos. E que dizer de actos não normativos e, doutra banda, de actos jurídico-públicos vistos do prisma da sua forma ou da sua formação ?

Tempus regit actum (2). Nem poderia deixar de ser esse o princípio também aqui, até porque o contrário - ou seja, admitir que a modificação de regra de competência ou de forma poderia afectar a constitucionalidade de actos praticados antes - redundaria em criar problemas, não de inconstitucionalidade superve-

APostilha critica ao projecto de Código Civil, Lisboa, 1966, pág. 71; PIRES DE LIMA e ANTUNES VARELA, Código Civil Anotado, i, Coimbra, 1967, pág. 44; MIGUEL GALVXO TELES, EfiCdCia .... cit., págs. 165 e 196, nota; OLIVEIRA AscF-Ns-Xo, op. cit., págs. 280-281.

(1) Cfr- infra.

(2) V. o principio geral do art. 12.0, n.o 2, do Código Civil, e na doutrina, por exemplo, FRANCO PIBRANDREI, Corte Costituzionale, cit., loc. cit., x, pág. 908; MARQuEs GURDES, op. cit., págs. 355 e segs.

niente, mas de inconstitucionalidade retroactiva, das mais graves consequências para o funcionamento das instituições e para a segurança jurídica geral(').

II -Donde, as seguintes inferências:

a) São intocáveis quer a qualificação quer a validade fonnal (ou formal e orgânica) dos actos jurídico-públicos praticados durante a

vigência das normas constitucionais anteriores; e os seus efeitos, que hajam de perdurar, perduram enquanto tais;

b) Intocável é também a validade - validade material dos actos jurídico-públicos individuais e concretos (pelo menos, os de efeitos instantâneos), designadamente decisões judiciais e actos admioistrativos, praticados no domínio da Constituição anterior segundo o respectivo Direito ordinário;

C) Tratando-se de actos jurídico-públicos de formação processual, não têm de voltar a ser percorridas as fases já concluídas, mas as fases ainda a percorrer devem enquadrar-se na Constituição nova e submeter-se às regras de competência e de forma que dela constem, a elas se reportando a validade dos actos no seu conjunto. Ou beja: os acto.~, (simples ou parcelares) correspr>ndentes a fases decorridas à sombra da norma constitucional anterior ficam ressalvados, mas os actos correspondentes às restantes fases têm de obedecer à nova norma constitucional e, se não forem conformes com ela, o acto complexo final não poderá ser considerado válido;

d) Em especial, quanto à constitucionalidade orgânica de actos legislativos, esta deve ser apreciada, não no

(1) A mudança do sistema de órgãos de soberania poria em risco o travejamento básico de sectores fundamentais da ordem jurídica (parecer n.O 8177 da Comissão Constitucional, de 3 de Março de 1977, in Pareceres, i, pág. 150).

momento em que se tornam obrigatórias as normas para os cidadãos - o da publicação - e, sim, no momento em que intervêm const.itutivamente os órgãos donde promanam - o da aprovação ou dehberação (1);

Se nada obriga nada também impede que os órgãos competentes segundo a Constituição publiquem (ou promulguem e publiquem) act.os pendentes de pubhcação (ou de promulgação e publicação) ao tempo da entrada em vigor daquela. De duas uma: ou os consideram conformes com as normas da Constituição (e com os interesses do país) e publicam-nos; ou não os consideram conformes e, então, exercendo um verdadeiro veto absoluto, não os publicam (2).

72.0 destino do Direito anterior à face da Constituição de 1976

1 -0 destino do Direito anterior não foi ignorado nem pela Assembleia Constituinte de 1975-1976, nem pela Assembleia da República no exercício do seu poder de revisão em 1982 e em 1989, e consta de dois preceitos de grande importância - o n.o 1

(1) 0 problema foi largamente discutido entre nós à face do art. 122.o da Constituição. Dele se ocuparam o parecer da Comissão de Assuntos Constitucionais da Assembleia da República, de 21 de Dezembro de 1976 [in Didrio, suplemento ao n.o 59, pág. 1094(8)], e numerosos acórdãos e um parecer da Comissão Constitucional.

Durante bastante tempo a Comissão Constitucional considerou que, determinando a falta de publicação a inexistência jurídica do acto, o momento conclusivo do processo era o da publicação, pelo que haveria inconstitucionalidade orgânica de diploma proveniente de órgão não competente aquando da publicação (assim, acórdãos n.- 4 e 5, de 19 de Abril de 1977, in Apêndice ao Didrio da República, de 6 de junho de 1977). Mas, mais tarde, passou a considerar que #polarizar na publicação o momento final a atender para avaliar da validade de todas as fases anteriores do processo legislativo é abandonar a tese de que se partira e aplicar às fases anteriores a nova lei constitucional)) (acórdão n.o 212, de 27 de Maio de 1980, seguido do parecer n.o 23180, de 1 de julho, in -Pareceres, xiii, págs. 105 e segs.).

Após a revisão constitucional de 1982, passou a falar-se no art. 122.(, em (dneficácia jurídica*.

(2) A Revolução de 25 de Abril..., cit., pág. 31.

e o n-O 2 do art. 290.o actual (correspondentes aos arts. 292.o e 293.o primitivos).

No texto inicial da Constituição t,omaram-se ainda particularmente em consideração problemas relacionados com a entrada em funcionamento do sistema de órgãos de soberania, das regiões autónomas e do poder local; e nas duas leis de revisão - mas em disposições transitórias dessas leis, não da Constituição - problemas derivados de vicissitudes de certos órgãos e da aprovação de certas normas constitucionais (1).

II - 0 art. 292.o de 1976 distinguia entre as disposições da Constituição de 1933 ressalvadas Pela Lei n.o 3174, de 14 de Maio, e as normas constitucionais posteriores a 25 de Abrü de 1974 (n.os 1 e 2). As primeiras caducavam com a entrada em vigor da Constituição; não eram propriamente revogadas, porque revogada ou abolida ja fora aquela Constituiçao com a revolução. As segundas, desde que não referidas no art. 294.0, nem ressalvadas expressamente, passavam a ser consideradas disposições de leis ordinárias, ou seja, eram desconstitucionalizadas (2).

A diferenciaçao espelhava bem a diversa posição da Constituição formal nova perant.C a Constituição material precedente

(1) Assim, na Lei constitucional n.o 1182, disposições relativas a órgãos novos ou modificados: art. 238.o (Conselho de Comunicação Social), art. 240.o (Conselho Superior da Magistratura), axts. 244.o e 246.o (Tribunal Constitucional), art. 245.o (Conselho de Estado), art. 247.11 (competência legislativa respeitante às Forças Armadas). E disposições diversas: art. 239.o (novo regime de aprovação do orçamento), art. 241.0 (recurso contencioso para obter o reconhecimento de um direito ou interesse legalmente protegido), art. 242.o (arquivos da PIDE-DGS e da Legião Portuguesa) e art. 243.o (saneamento da função pública).

E na Lei Constitucional n.o 1/88, disposições relativas ao Conselho de Comunicação Social (art. 203.0) e ao Conselho Nacional do Plano (art. 204.0), ao número de Deputados à Assembleia da República (art. 205.0), à ratificação dos decretos-leis (art. 206.0) e à lei do Tribunal Constitucional (art. 207.0).

(2) Claro está que se tratava apenas de leis constitucionais em vigor nessa altura, e não de leis constitucionais cuja eficácia se tivesse esgotado ou que já antes tivessem sido revogadas. V. A Constituição de 1976, cit., pág. 114, nota.

e perante as leis constitucionais emergentes do poder revolucionário: só com estas ela era contígua, só estas ela revogava e, porque expressão de uma mesma ideia de Direito, a estas podia manter vigência ora como leis ordinárias ora como leis constitucionais.

Na revisão de 1982 suprimiu-se a referência às disposições da Constituição de 1933, por consumada ou ultrapassada a sua função útil de acertamento ou clarificação.

0 art. 294.o contemplava as leis sobre a organização, a competência e o funcionamento dos órgãos de soberania posteriores a 25 de Abril de 1974. Com efeito, visto que o sistema de órgãos de soberania previsto na Constituição entrou em funcionamento posteriormente à entrada em vigor da Constituição, as normas que regiam os órgãos revolucionários haviam de se manter até então e só caducariam com a posse do Presidente da República eleito. Dessa competência estava naturalmente excluído o poder constituinte para o período transitório atribuído ao Conselho da Revolução pela Lei n.o 5175, por não fazer sentido que, aprovada a Constituição, outro poder

constituinte viesse ainda a ser exercido: daí, a completar o art. 294.0, o art. 297.o (11).

Quanto às leis ressalvadas em sede de disposições finais e transitórias e que, portanto, mantiveram valor constitucional eram, e são, elas, como se sabe, a Lei n.o 1176, de 17 de Fevereiro, referente ao estatuto de Macau (art. 306.0, hoje 292.0), e as Leis n.os 8175, 16175 e 18/75, respectivamente de 25 de julho, 23 de Dezembro e 26 de Dezembro, relativas aos agentes e responsáveis da PIDE-DGS (art. 309.0, hoje 294.0).

A essas leis acresceriam, conforme igualmente já vimos, por constitucionalização a Lei n.o 53/79, de 14 de Setembro, e, por revisão da Lei n.o 1176, a Lei n.o 13190, de 10 de Maio.

Como leis constitucionais degradadas a ordinárias restavam a Lei n.o 7175, de 7 de julho (processo de descolonização de Timor) (2) e a Lei

(1) Embora falando na promulgação, isso mesmo dispunha o art. 6.0, n.O 2, da Lei n.o 5175, de 14 de Março.

(2) Contra, sustentando a sua revogação implícita pelo art. 307.0, por este colocar a questão de Timor exclusivamente em sede de Direito internacional, GomEs CANOTILHO e VITAL MORE1RA, op. cit., i, págs. 573

n.O 17/75, de 26 de Dezembro (bases fundamentais para a reorganização das Forças Armadas, salvo aquelas normas que passaram para os arts. 273.o a 275.o da Constituição); assim como, em virtude da permanência do Conselho da Revolução enquanto órgão político e legislativo em matéria militar (art. 148.0), continuavam também em vigor, com adaptações, os arts. 19.0, 20.0, 21.o e talvez 22.o da Lei n.o 3/74, respeitantes à estrutura das Forças Armadas separada da estrutura do Governo.

Desde 1982 apenas subsiste como lei constitucional anterior a 2 de Abril de 1976, desconstitucionalizada, a Lei n.O 7175.

Tentador seria também admitir a permanência, nessas condições, de certos preceitos da Constituição de 1933 sem correspondência na Constituição de 1976, como o art. 15.o (sobre registo civil), o art. 47.o (sobre templos), o art. 48. o (sobre cemitérios) e - entre 1976 e 1989 (1) -os arts. 49.o a 51.o (sobre domínio público) (2). Mas não é possível: não só por faltar ou não ter surgido preceito a prevê-lo como, sobretudo, por o art. 292.o ' n.o 1, do texto de 1976, acabado de referir, o impedir absolutamente.

III - Por seu turno, o art. 290.0, n.o 2, ocupa-se do Direito ordinário anterior, estabelecendo que só se mantém desde que não seja contrário à Constituição ou aos princípios nela consignados (3).

e 580. Mas não é líquido que assim seja: pois, se, como justamente afirmam aqueles autores, o art. 307.o (hoje 293.0) proíbe o reconhecimento da soberania da Indonésia sobre Timor, então é preciso regular o processo de efectivar a autodeterminação timorense e não há nada que impeça a priori a Lei n.o 7/75, agora lei ordinária, passível de modificaçao como qualquer outra lei ordinária, de prever um desses modos.

(1) Porque após 1989 o novo art. 84.o ocupa-se ex professo do domínio público.

(2) Cfr. FREITAS Do AMARAL e JOSÉ PEDRO FERNANDES, Comentdrio à lei de terrenos do domínio hídrico, Coimbra, 1978, págs. 37 e 38; OLIVEIRA ASCENSÃO, op. cit., pág. 283.

(3) Tal como nas Constituições de 1911 e 1933 os preceitos homólogos, arts. 80.o e 139.0, respectivamente. «<Continuam em vigor,

enquanto não forem revogados, as leis e decretos com força de lei até hoje existentes, e que como lei ficam valendo no que explícita ou implicitamente não for contrário ao sistema de governo adoptado pela Constituição e aos princípios nela consagrados» - lia-se no primeiro; e «As leis e os decretos com força de lei que foram ou vierem a ser publicados até à primeira reunião da Assembleia Nacional continuam em vigor e ficam valendo como leis no que explícita e implicitamente não seja contrário aos princípios consignados na Consti-

E o que deve ser sublinhado aqui não é tanto o seu alcance negativo - declarar a caducidade (ou a ineficácia) das normas desconformes à Constituição - quanto o seu alcance positivo - declarar a subsistência e conferir validade (ou eficácia) àquelas normas que não lhe sejam desconformes.

. Por direito ordinário devem entender-se não apenas as normas de Direito legislado mas também quaisquer normas jurídicas de valor infraconstitucional. Incluem-se nestas as normas de Direito internacional convencional, com as adaptações ou nos termos indicados já.

Por Constituição entende-se a Constituição vigente - inscrita no texto inicial de 1976 e actualizada por revisão('). Entende-se a Constituição e entende-se cada uma das suas normas, com ou sem correspondência em normas de Direito ordinário.

Quanto ao sentido negativo, ele torna-se mais palpável quando confrontado o art. 290.0, n.o 2, com o art. 3.0, n.o 3 (primitivo art. 115.0). Ainda reverteremos ao tema a propósito do actual regime de fiscalização da constitucionalidade.

Para além da cessação da vigência, e para além da ressalva e constitucionalização do Decreto-Lei n.o 621-B/74 (2), no período em que viria a vigorar (art. 308.0, já referido), previram-se em 1976 ainda hipóteses aparentemente intermédias de harmonização com a Constituição, adaptação,

tuição» - como dizia o segundo preceito). Sobre aquele, V. MARNOCO E SOUSA, Comentário..., págs. 613-614; sobre este, JORGE MIRANDA, Decreto, cit., págs. 93 e segs.

Cfr., em Constituições doutros países, uma fórmula também positiva no art. 123.o da Constituição de]3ona (talvez fonte do art. 293.,», e uma fórmula negativa no art. 111.o da Constituição grega de 1975. A intenção - mais ou menos favorável à continuidade da ordem legislativa - pode ser diversa, não o resultado.

(1) Neste sentido, intervenção na comissão eventual da primeira revisão constitucional, in Diário, ri legislatura, 2.a sessão legislativa, 2.a série, 2.o supl. ao n.o 77, pág. 1456(43).

(2) 0 Decreto-Lei n.o 4175, de 7 de janeiro, alterou a redacção da alínea d) do artigo 1.o e acrescentou uma nova alínea ao mesmo preceito. Mas estas modificações, ao contrário daquelas que sofreu a Lei n.o 8175, não estiveram incluídas na ressalva constitucional.

revisão e manutenção em vigor: arts. 293.0, n.o 2 (1), 293.0, n.o 3, 301.0, n.o 1 (2), 303.0, n.o 2, e 310.o (3) (4).

IV -0 seguinte esquema resume o que acaba de ser lido quanto ao destino do Direito anterior à Constituição à face do texto de 1976:

1) Normas constitucionais anteriores

- Normas da Constituição de 1933 ressalvadas pela Lei n.o 3174 - caducidade; ,

- Normas das leis constitucionais sobre estrutura provisória do poder - diferir de caducidade até à posse do Presidente da República (5);

-Normas das Leis n.- 8, 16 e 18/75 e da Lei n.o 1176 -recepção material;
- Normas das Leis n.- 7 e 17175, bem como, porventura, axts. 19.o a 21.o da Lei n.o 3174 - desconstitucionalização.

2) Normas ordinárias anteriores

- Quando não contrárias à Constituição - subsistência e novação;

- Quando contrárias à Constituição - caducidade (como consequência de inconstitucionalidade superveniente);
- Quando contrárias à Constituição, mas expressamente ressalvadas - as normas do Decreto-Lei n. o 62 1 -B/74 - reposição em vigor, constitucionalização e recepção material;

(1) Cfr. o parecer n.o 18177, de 7 de julho de 1977, da Comissão Constitucional, in Pareceres, ii, págs. 115 e segs.
(2) Sobre o assunto, v. os acórdãos n.os 155 e 157 da Comissão Constitucional, de 29 de Maio de 1979, in Apêndice ao Diário da República, de 31 de Dezembro de 1979, págs. 51 e 63 e segs.
(3) Decretos-Leis n.- 123175, de 11 de Março, e 139176, de 19 de Fevereiro.
(4) Não foram estas as únicas «disposições finais e transitórias» sobre legislação no texto de 1976. Houve outrossim as que prescreveram a feitura de leis, fosse para uma só aplicação - as leis eleitorais previstas nos arts. 295.0 ' n.O 3, 298.(>, n.o 2, 302.0, n.o 2, e 303.0, n.o 2 - fosse a titulo provisório - os estatutos provisórios das regiões autónomas (art. 302.0, n.- 2 e 3) - fosse a título definitivo - o estatuto da Comissão Constitucional (art. 304.0, n.c> 1); e as que permitiram leis complementares de lei ressalvada como lei constitucional (art. 309.0, n.- 2 e 3, atrás considerado). E houve também uma disposição que fez reviver normas regimentais extintas ' durante certo tempo-as do Regimento da Assembleia Constituinte (art. 299.,>, n.o 3).
(5) Como se sabe, viria a ser em 14 de julho de 1976.

- Quando objecto de outra menção nas «Disposições finais e transitórias» - harmonização, adaptação, revisão ou manutenção em vigor, conforme os casos.

E à face do texto depois das duas revisões constitucionais:

. 1) Normas constitucionais anteriores

-Normas das Leis n.- 8, 16 e 18/75 e da Lei n.O 1/76 -recepção material;
- Normas da Lei n.O 7/75 - desconstitucionalização.

2) Normas ordindrias anteriores

- Normas não contrárias a normas constitucionais - subsistência;
- Normas contrárias - caducidade (como consequência de inconstitucionalidade superveniente);
- Normas da Lei n.o 53/79 - constitucionalização e recepção material.

73. A adaptação do Direito ordinário anterior segundo o art. 293.0, n.O 3,
de 1976

I - A despeito de excedido o limite temporal constante do art. 293.0, n.o 3, do texto originário da Constituição, e, portanto, a despeito de hoje este preceito se dever considerar caduco, justifica-se a sua interpretação, primeiro, porque a noção de ((adaptação* que encerra merece algum interesse e, depois, porque a determinação do seu escopo ajudava (e ajuda) a compreender o instituto da inconstitucionaiidade por omissão (1).

Por um lado, como não se sabe o que possa ser ~adaptação* de normas isoladas, deveria supor-se que o conceito se referia à ordem legislativa no seu conjunto e aí tomava em conta as normas relativas aos direitos, liberdades e garantias. Era da adaptação dessas normas como um todo, ou seja, da legislação existente à data da entrada em vigor da Constituição, que tratava.

Por outro lado, a adaptação não se reduzia a um fenômeno único; abrangia, pelo menos, três hipóteses distintas (o que explicaria, porventura, o ter-se preferido dizer ((adaptação* e não simplesmente ((harmonizaçao# como no art. 293.0, n.o 2, ou #revisão*, como no art. 301.0, n.O 1).

0 n.o 3 do art. 293.o terá sido concebido, antes de mais, pensando na situação criada pela eventual contradição entre a legislação anterior sobre direitos, liberdades e garantias e a Constituição; e era, ao mesmo

(1) Cfr. o parecer n.o 11177 da Comissão Constitucional, de 14 de Abril de 1977, in Pareceres, ii, págs. 12 e segs., e a declaração de voto a págs. 19 e segs.

tempo, uma consequência da regra fundamental do art. 18.0, n.o 1, segundo a qual os preceitos constitucionais respeitantes a tais direitos, liberdades e garantias são directamente aplicáveis.

Na verdade, entre as leis que cessaram de vigorar, por serem contrárias à Constituição, decerto haveria leis sobre direitos, liberdades e garantias. Deste modo, e porque os correspondentes preceitos constitucionais são de aplicação imediata, criar-se-iam largos espaços em branco dentro do ordenamento jurídico. Foi prevendo a existência de tais espaços e a dificuldade, ou mesmo a impossibilidade, de a jurisprudência, com os meios do art. 10.o do Código Civil, definir critérios objectivos para os preencher, que expressamente se estabeleceu a necessidade de uma intervenção do legislador ordinário em prazo adequado (cerca de 14 meses após o início da vigência da Constituição ou cerca de 11 meses depois de entrar em funcionamento o sistema de órgãos de soberania) (1).

Uma segunda hipótese contida no axt. 293.0, n.o 3, vinha a ser a que se prendia com o funcionamento da interpretação conforme à Constituição.

Na legislação anterior sobre direitos, liberdades e garantias o legislador constituinte terá descortinado a probabilidade de haver preceitos susceptíveis de uma interpretação conforme à Constituição, de tal sorte que a contradição (ou a contradição aparente) pudesse ser, pelo menos, temporariamente corrigida ou eliminada. Mas, sem dúvida, terá preferido (2) que, a médio prazo, tal legislação fosse posta em total (ou literal) conformidade com as normas constitucionais (e por isso também terá adoptado a palavra «adaptação»).

Rejeitando a possibilidade da existência de dois ou mais graus de contradição entre o Direito anterior e a Constituição, para fazer coincidir uma contradição menos forte ou menos vincada com a previsão do n.O 3,

(1) Toma-se elucidativo o confronto com o n.o 2, que ressalvava expressamente o Código de justiça Militar e legislação complementar,

os quais deveriam ser harmonizados com a Constituição, sob pena de caducidade, no prazo de um ano a contar da publicação desta - até 10 de, Abril de 1977. Se o n.o 3 do art. 293.o aparecia ligado ao n.o 1, o n.o 2, ao invés, correspondia a uma excepção. Pois aquele pressupunha a produção imediata de efeitos da contradição do Direito anterior, ao passo que o n.o 2 permitia a subsistência de normas de Direito anterior, ainda quando desconformes com disposições e princípios constitucionais.

Cfr. o art. 140.o da Constituição holandesa de 1983, permitindo a subsistência de leis anteriores, ainda que contraditórias com as novas normas constitucionais, até que se estatuísse sobre as respectivas matérias em conformidade com estas normas.

(2) Até porque a interpretação conforme à Constituição melhor se
justifica para leis posteriores do que para leis anteriores à Constituição.

seria insustentável a subsistência, ainda que temporária, de qualquer lei ou qualquer preceito de Direito ordinário cujo sentido, depois de sujeito aos processos interpretativos, não fosse conforme com as normas e os princípios constitucionais. 0 n.o 1 do art. 293.o não consentiria essa diferenciação de graus e, salvo o n.O 2, seria de valor absoluto.

Uma última situação era a de o Direito ordinário anterior não dispor de preceitos capazes de dar uma regulamentação suficiente ou adequada a preceitos constitucionais - quer assim acontecesse por a Constituiçao impor a publicação de certas leis, ou de novas leis, quer assim acontecesse por às leis preexistentes faltar correspondência com novos institutos ou regras constitucionais.

Na primeira sub-hipótese, cabia a necessidade, por exemplo, do estatuto do refugiado (art. 22.0, n.o 2, de 1976) ou do estatuto da informação (art. 38.0, n.o 7). Na segunda, a regulamentação da objecção de consciência (art. 41.0, n.o 5, de 1976) ou da proibição de «organizações que perfilhem a ideologia fascista» (art. 46.0, n.o 4). A «adaptação» do direito anterior não consistia aqui numa modificação da legislação - até porque a legislação portuguesa sobre direitos, liberdades e garantias posterior a 1974 no essencial já era conforme à Lei Fundamental; a «adaptação» consistia aqui no seu alargamento, ua produção de novas normas.

II -Em suma, o n.o 3 do art. 293.o impunha à Assembleia da República (órgão legislativo competente, nos termos da alínea c) do art. 167.o de então) proceder, em determinado tempo, à feitura da legislação que fosse necessária para regulamentar os direitos, liberdades e garantias dos cidadãos dentro do espírito da Constituição. Entretanto, deixava-lhe uma relativa margem de liberdade para, no interior desse prazo, levar a cabo tão importante, extensa e delicada tarefa, a qual abrangia desde e revisão dos - randes códigos até à aprovação de leis sobre matérias pela primeira vez contempladas por um texto constitucional português.

Somente por mero lapso tal norma poderia ser tida por não exequível; pelo contrário, não exequíveis por si mesmas apenas poderiam ser as normas (ou parte delas) a que se reportava. E a sua função (1) era de algum modo, ambivalente: se parecia dar um suplemento de garantia, por fixar prazos ao legislador ordinário para editar certas leis, simultaneamente, dentro desses prazos, permitia-lhe, sem violação da Constituição, não as editar (apresentava-se então como norma facultativa). Por conseguinte, inconstitucionalidade por omissão, para efeitos do art. 279.o inicial, só podia desenhar-se depois de esgotados esses prazos, não antes (e em face das normas constitucionais substantivas).

tóriasj,.

(1) Como a dos artigos análogos das ((disposições finais e transi-

III - Entre outras interpretações do axt. 293.0, n.o 3 (1), extremamente interessante era a proposta por JORGE DF- FIGUEIREDO DiAs (2), para quem o legislador constituinte teria querido, nesta parte, assumir o direito anterior, fazê-lo concorrer - numa relação que, por analogia, bem poderia designar-se de 4iconcurso legal, aparente ou impuro* - com as novas normas constitucionais (embora, naturalmente, sempre a elas subordinado) em matéria de exercício dos direitos, liberdades e garantias até ao momento em que o legislador operasse a #adaptação* constitucionalmente imposta.

E tanto era assim, continuava, que todas aquelas normas que não tivessem sido #adaptadas*, por terem sido julgadas conformes com a Constituição pelo legislador ordinário, decerto não poderiam deixar de ser tidas como pós-constitucionais para efeitos da competência da Comissão Constitucional. Mas o mesmo deveria ser dito para as que tivessem sido ((adaptadas*, porque tanto sobre estas como sobre as que o não foram se teria debruçado o legislador ordinário pós-constitucional: só que num caso a sua decisão se teria exprimido por uma vontade de confirmação e no outro por uma vontade de adaptação.

Por nós, continuamos a não aceitar esta espécie de recepção de Direito ordinário anterior pela Constituição - não só em face da interpretação que acolhemos em geral mas também por não descortinarmos como podia a subsistência de certas normas legais, sobretudo no domínio dos direitos, liberdades e garantias, depender de uma qualquer ((Vontade de confirmaçao legislativa* e não da sua pura e simples conformidade com as normas constitucionais aplicáveis.

§ 3.0

A aplicação das normas constitucionais no espaço

74. Constituição e território do Estado

1 -0 princípio geral é a aplicação da Constituição material e formal em todo o território do Estado, seja qual for a forma

(1) Cfr. H. E. HÕRSTER, Breves apontamentos a Propósito da elaboração do Decreto-Lei n.o 496177, de 25 de Novembro (Reforma do Código Civil) e da vigência imediata do artigo 36.o da Constituição de 1976, in Revista de Direito e Estudos Sociais, 1976, págs. 63 e segs., maxime 77; ALMENO DE SÁ, A revisão do Código Civil e a Constituição, in Revista de Direito e Economia, julho-Dezembro de 1977, págs. 425 e segs.; GomEs CANOTILHO e VITAL MOREIRA, Op. Cit., 1.a ed., págs. 525-526; Gomus CANOTILHO, Direito Constitucional, 2.3 ed., i, págs. 279 e segs.

(2) Declaração de voto no acórdão n.o 149 da Comissão Constitucional, de 13 de Março de 1979, (in Apêndice ao Didrio da República, de 31 de Dezembro de 1979, pág. 46).

que o Estado revista. A cada Estado (e, portanto, a todo o território, contíguo ou descontíguo, do Estado) a sua Constituição.

A diferença está em que, havendo regiões autónomas, a própria Constituição prevê estatutos político-admirtistrativos próprios (leis ordinárias materialmente constitucionais, mas não Constituições no pleno sentido da palavra) para todas ou algumas das áreas ou regiões compreendidas no interior do território do Estado; e em que, no Estado federal, há Constituições particulares, aplicáveis apenas nos Estados federados, e a Constituição federal, aplicável em todo o território federal.

II - já fora do território do Estado, mas em território que com o Estado conserve algum vínculo jurídico específico (de dependência ou outro), a situação se apresenta diversa. 0 modo de encarar a possível aplicação da Constituição há-de depender aqui da natureza bastante variável desse vínculo e das especialidades a atender, em moldes de maior ou menor assimilação ou aproximação.

Todavia, em qualquer circunstância, parece que os princípios e as regras básicas do ordenamento constitucional do Estado não poderão ai ser postergados sob pena de incoerência e de se enfraquecer a legitimidade do seu poder. É o que veremos, de seguida, relativamente a Macau.

III -E no estrangeiro? 0 problema aqui reconduz-se ao problema mais genérico da aplicação do Direito estadual - de que a Constituição é uma das parcelas - no estrangeiro, dando como comprovado pela experiência o pluralismo das ordens jurídicas (1).

Com efeito, a territorialidade da ordem jurídica de cada Estado diz apenas respeito à execução; não implica que o Direito do Estado somente regule factos ocorridos no seu território - pois pode regular também factos ocorridos e situações constituídas no estrangeiro; nem sequer significa que, no território do Estado,

(1) Recorde-se a obra fundamental de SANTI ROMANO, L'Ordinamento Giuridico, 2.a ed., Florença, 1951. Cfr., recentemente, por todos, FRANCO MODUGNO, Pluralità degli ordinamenti, in Enciclopedia del Diritto, xxxiv, PágS. 1 C SCGS., OU OLIVEIRA AscENsÃo, op. cit., págs. 497-498.

o seu Direito seja o único Direito válido - pois outros Direitos podem igualmente nele valer e ter aplicação.

Assim como pode haver normas constitucionais de outros Estados aplicáveis em Portugal, também normas constitucionais portuguesas podem vir a ser aplicadas no estrangeiro e perante tribunais não portugueses. E há mesmo normas da Constituição concebidas com vista à aplicação fora do território do Estado: certas regras sobre direitos das Pessoas (arts. 14.0, 59.0, n.o 2, alínea e), e 74.0, n.o 3, alínea h), da Constituição) ou sobre deslocações do Presidente da República (art. 132.0).

75. A aplicação da Constituição em Macau

I - Sendo territórios diferentes e, mais do que isso, comunidades políticas distintas (arts. 1.o e 5.o da Constituição, por um lado, e art.. 292.0, por outro lado), distintas não podem deixar de ser as ordens jurídicas de Portugal e de Macau -quer por estritas considerações lógico-formais quer por razões políticas, económicas, sociais e culturais. Há uma ordem jurídica da República Portuguesa, tendo por destinatários permanentes os cidadãos portugueses e ligada ao território nacional; e há uma ordem jurídica de Macau, tendo por destinatários permanentes os residentes em Macau, e incindível desse Território.

Ordens jurídicas diversas não são, porém, ordens jurídicas sem comunicação. E a «administração portuguesa» de que fala a Constituição não pressupõe apenas normas jurídicas ex professo reguladoras dos termos em que se exerça; pressupõe também princípios jurídicos comuns a Portugal e a Macau; tem de se fundar nos mesmos princípios constitucionais, tem de agir em conformidade com eles; não os pode contrariar sob pena de invalidade (art. 3.0, n.o 3) (1). As soluções constitucionais (e legislativas) têm de se

(1) Cfr., mais mitigadamente, AFONSO QUEIR6, Liçôres .... cit., págs. 380 e 382; VITALINO CANAS, Relaçjes. .., cit., págs. 76,78 e 81; JORGE NORONHA E SILVEIRA, 0 início da viggncia das leis no

ordenzmento de Maca-u, Lisboa, 199 1, maxime 57 e segs. E, em visão oposta, DIMAS DE LACERDA, parecer, in Revista do Ministério Pt~tblico, ano i, n.o 2, pág. 78 (para quem as normas e os princípios constitucionais só poderão vigorar em Macau, quando não

encontrar, pois, a partir da conjugação entre tais princípios e a especialidade da situação(').

Por seu turno, o estatuto orgânico não só possui natureza de lei constitucional -conforme demonstrámos no início deste volume - como ele próprio afirma a sua correlação com a Constituição, quando prescreve que o Território goza, com ressalva dos Princípios o no respeito dos direitos, liberdades e garantias estabelecidas na Constituição, de autonomia administrativa, económica, financeira e legislativa (art. 2.0).

E isto implica:

a) Os princípios constitucionais fundamentais aplicam-se em Macau, imediatamente, sem interposição destas ou daquelas normas estatutárias;

b) As normas sobre direitos, liberdades e garantias aplicam-se também directa e imediatamente em Macau, embora não sejam de excluir as adaptações (em face da regulamentação legislativa vigente em Portugal) que não ponham em causa o seu conteúdo essencial (art. 41.0, n.o 2, 2.a parte do estatuto) (2) (3) ;

c) Ao estatuto cabe dispor sobre as demais matérias, tendo como critério e como limite os princípios constitucionais (4).

contrariarem as normas e os princípios decorrentes do próprio estatuto do Território).

(1) A Constittiíçdo de 1976, cit., pág. 214.

(2) A referência a direitos liberdades e garantias foi introduzida em 1990.

(3) 0 art. 41.0, n.O 2, alude ao conteúdo essencial das normas legislativas dimanadas dos órgãos de soberania; mas, como estas, por sua vez, não podem afectar o conteúdo escencial dos preceitos constitucionais sobre direitos, liberdades e garantias (art. 18.0, n.o 3, da Constituição) é ele que, assim, se salvaguarda ou reforça.

(4) Em dois relativamente recentes arestos, o Tribunal Constitucional debruçou-se sobre a questão da aplicação da Constituição em Macau: no acórdão n.o 284/89, de 9 de Março de 1989 (in Didrio da República, 2.a série, n.o 133, de 12 de junho de 1990) e no acórdão n.o 245190, de 4 de julho de 1990 (ibidem, 2.a série, n.o 18, de 22 de janeiro de 1991). No primeiro, o Tribunal disse que a Constituição não era de aplicação integral no Território, mas, em largos trechos, era imediatamente aplicável. No segundo, considerou que não regia ai directa e automaticamente, mas que as normas de Direito

Outros preceitos estatutârios prevêem outrossim, de forma peremptória, * aplicação de normas constitucionais em Macau: são os arts. 16.0, n.o 1, c 30.0, n.o 1, alínea a).

II - A integração sistemática da ordem jurídica de Macau e da ordem jurídica da República manifesta-se ainda, especificamente, no estatuto:

- Na consideração de matérias legislativas reservadas aos órgãos de soberania da República (arts. 13.% n.o 1, 30.% n.o 1, alínea c), e 51.0, n.o 2);

- Na consideração de normas de diplomas dos órgãos de soberania da República aplicáveis ao Território (arts. 41.o e 72.0);

- Na consideração de normas dimanadas dos órgãos de soberania da República que os órgãos legislativos do Território não podem contrariar (arts. 15.0, n.o 2, 40.£>, n.o 2, e 41.0, n,O 2);

- Na competência do Governador para desenvolver leis de bases dimanadas dos órgãos de soberania da República (art. 13.0, n.o 3).

Bem como:

- Na competência do Tribunal Constitucional para apreciar a inconstitucionalidade e a ilegalidade de normas jurídicas dimanadas dos órgãos do Território (arts. 11.0, n.o 1, alínea e), 30.0, n.o 1, alínea c), e 40.0, n.o 3);,

- Na competência do Supremo Tribunal Administrativo para julgar os recursos interpostos de actos administrativos do Governador e dos Secretários-Adjuntos (art. 19.0, n.o 5);

- Na competência do Tribunal de Contas para decidir, por via de recurso, as divergências entre o Governador e o Tribunal Administrativo de Macau em matéria de exame e visto (art. 66.0);

- Na não plenitude e exclusivo de jurisdição dos tribunais judiciais de Macau até ao momento em que o Presidente da República o decidir (art. 75.0).

III - Pode, pois, afirmar-se a existência de uma ordem constitucional portuguesa em sentido lato, a qual abrange quer a Constituição da República Portuguesa, quer o estatuto orgânico do Território de Macau. E pode, em paralelo, afirmar-se a existência de uma ordem jurídica portuguesa em sentido lato, com dois espaços jurídicos ou duas ordens jurídica~ menores nela inseridas (1) - a de Portugal e a de Macau.

A esta luz, é indiferente dizer que há princípios comuns às duas ordens constitucionais que fazem parte da ordem constitucional portuguesa ou que a ordem constitucional de Macau compreende, além do estatuto orgánico, os princípios constitucionais fundamentais e as normas sobre direitos, liberdades e garantias consignadas na Constituição da República Portuguesa.

ordinário de Macau estavam sujeitas aos princípios e preceitos da Constituição, em especial quanto aos direitos, liberdades e garantias.

(1) Ou, em rigor, três, por causa de Timor.

76. Normas constitucionais e normas de conflitos

I - Mais delicada revela-se a articulação das normas constitucionais com as normas de conflitos (ou sejam, as que, frente a relações jurídicas com e lementos de conexão ou contacto com mais de um ordenamento, determinam o ordenamento a que elas hão-de submeter-se). 0 problema não está, evidentemente, na necessidade de as normas de Direito internacional privado se conformarem com a Constituição (já que são normas de Direito interno como quaisquer outras). 0 problema diz respeito às normas materiais estrangeiras chamadas a reger aquelas relações (1).

Por um lado, o Direito internacional privado dos nossos dias aparece como projecção dos princípios fundamentais do corpus do Direito civil (2); está invadido por valorações materiais e aparece em muitos sectores mesmo como um puro Direito material e voltado também para as tarefas de modelação da sociedade civil, em que o Estado contemporâneo compromete o seu ordenamento jurídico (3). Por outro lado (ou ainda que assim não fosse), há uma recíproca implicação sistemática que se impõe: as regras materiais têm de ser sempre mediatizadas pelas regras

(1) Cfr. TITO BALLARINO, Costituzione e Diritto Internazionalo Privato, Pádua, 1974; JoÃo BAPTISTA 3UCHADo, Lições de Direito Internacional Privado, Coimbra, 1974, pág. 244; Rui MOURA RAmos, Direito Internacional Privado e Constit-uiçjo, Coimbra, 1979; FERRER CORREIA, Discurso proferido em 18 de janeiro de 1979, in Boletim do Ministério da justi-,a, n.o 283, págs. 17 e segs., e A Revisão do

Código Civil e o Direito Internacional Privado, in Estudos Vdrios de Direito, Coimbra, 1982, págs. 279 e segs.; JOSE ESPINAR VICENTE, COMStitUCiLín, deSar0110, legislatura y Derecho Internacional Privado, in Revista Espaftola de Derecho Internacional, 1986, págs. 109 e segs.; GiusEPPB BARILE, Costituzione e Rinvio Mobile a Diritto Straniero, Diritto, tan'onico, biritto Comunitario, Diritto Internazionale, Pádua, 1987; AURQUES DOS SANTOS, Direito Internacional Privado, Lisboa, 1987, págs. 34 e segá.; ~URIA F-RSILA CORRAO, Il giudizio suila legittimità costituzionalo delle -norme di conflitto, in Rivista di Diritto Internazionale, 1988, págs. 303 e segs.
. (2) TITO BALLARixo, op. cit., pág. 9.

(3) Rui MouRA RAmos, Direito Internacional Privado e Constituição, cit., págs. 99 e segs., maximo 172.

de conflitos, mas estas têm de ser integradas com as regras materiais para que remetem.

II -A questão deve ser vista sob dois aspectos: saber se poderão (ou deverão) deixar de se aplicar regras materiais estrangeiras quando tais regras colidirem com os preceitos e os princípios constitucionais no domínio dos quais vive o juiz; e saber se o tribunal poderá não aplicar uma regra material estrangeira, contrária à Constituição do respectivo Estado estrangeiro.

0 primeiro aspecto afigura-se, da perspectiva do ordenamento jurídico a que pertence o juiz, de mais grave importân-cia. Porém, o segundo é logicamente precedente. ~ 1 . :

Quando se trata de aplicar uma norma estrangeira em con-~ sequência de regra de conflitos nacional, há, antes,de mais, que-, indagar da sua efectividade, bem como da sua validade dentro: do sistema donde provém e de harmonia com os' critérios. pr,6-.' prios deste (portanto, também de harmonia com,a sua Consti-.~ tuição, se aí houver garantia - política ou jurisdicional:- da~ constitucionalidade). E só depois, determinada a norma estran-~ geira aplicável, cabe inseri-Ia no sistema jurldico,do foro e averiguar da sua conformidade com a Constituição (ou com a «ordem pública» nacional, que, em parte, coincide com a Constituição) (1).,

julgamos que nenhum tribunal poderá aplicar normas' estrangeiras contrárias à Constituição do seu Estado (desde - qúe~ também não possa aplicar normas nacionais em idênticas circuns tâncias) (2); nem os arts. 207.9 e 277.o e segs. da nossa Lei Fun damental restringem a fiscalização da constitucionalidade a n ormas~ de Direito interno português. 0 problema deve ser encarado, porém (tal como o respeito do Direito internacional), no âmbito da eficácia, e não da validade das normas j urldicas. - - - , -.- , . - 1 -

já hesitamos bastante quanto à possibilidade que um tribunal de determinado Estado tenha de vir a conhecer - e em que

(1) FERIZER CORREIA (A Revisdo..., cit., loc. cit., págs. 297 e segs.)
pare 1 ce optax por uma reserva de ordem pública internacional, e não por UM'
limite constitucional autónomo. 1

(2) Cfr., em Itália, neste sentido, TiT<) BALLARINO, Op. Cit., págá. 144-, e segs.
Ma~ de Direito Constitud~

termos e com que limites - da constítucionalidade de normas estrangeiras frente à respectiva Constituição estrangeira. Pode apenas supor-se plausível a fiscalização quando à sombra desta exista um sistema de fiscalização jurisdicional, não na hipótese contrária -

mas sempre com a máxima prudência e exigindo, porventura, que se trate de uma inconstitucionalidade evidente().

77. Os tribunais não portugueses e a inconstitudonalidade

I - Tal como é de admitir que um tribunal português venha a apreciar a constitucionalidade de uma norma jurídica tendo como parâmetro uma norma constitucional estrangeira, também se justifica encarax a situação simétrica: um tribunal não português (seja um tribunal de Estado estrangeiro, um tribunal eclesiástico, um tribunal de organização internacional - v. g., o Tribunal Europeu de Direitos do Homem - ou um tribunal arbitral sediado no estrangeiro) ser chamado a apreciar a constitucionalidade de uma norma à face da Constituição portuguesa, por se tratar de questão em que deve aplicar o Direito - vigente e válido - português.

Ora, neste caso, da decisão de tal tribunal situado fora das ordens de]unsdiçao portuguesas, cabe recurso para o Tribunal Constitucional, verificados os pressupostos do art. 280.o da Const,ituição ?

A resposta parece dever ser negativa, visto que os tribunais de cujas decisões se entende que cabe recurso para o Tribunal Constitucional são os tribunais previstos nos arts. 205.o e segs. da nossa Constituição: o art. 280.0 pressupõe o art. 207.0, como se verá em breve, e a fiscalização judicial difusa neste preceito

(1) Assim, JoÃo BAPTisTA MAcHADo (LiçJes, cit., pág. 244) para quem a inconstitucionalidade não deverá em regra ser declarada senão quando os tribunais ou um sector bem representativo da doutrina do respectivo país estrangeiro se tenham pronunciado nesse sentido.

Cfr., igualmente, em resposta afirmativa, GAETANO MORF-LLI, COMtrollo di coslituzi~ità di norme straniere, in Rivista italiana por k scienze giuridiche, 1954, págs. 27 e segs.; RODOLFO DF- NovA, Legge straniera e controllo di costituzion41ità, in Scritti di Diritto Internazionale Privato, 1977, págs. 427 e segs.

contemplada é a fiscalização a cargo dos tribunais instituídos no âmbito do Direito português.

II -Todavia, se mais tarde se puser um problema de revisão de sentença estrangeira ou de confirmação de decisão arbitral perante um tribunal português - o tribunal de Relação (art. 1095.o do Código de Processo Civil) - este deve verificar se a decisão se conforma com a nossa Constituição ou rever a decisão na parte atinente à questão de inconstitucionalidade, em nome dos princípios de constitucionalidade (art. 3.0, n.os 2 e 3, da Constituição) e da não contradição com a ordem pública portuguesa (art. 1096.0, alínea f), do Código de Processo Civil).

E da decisão da Relação assim tomada pode haver recurso para, o Tribunal Constitucional de acordo com as regras gerais(').

(1) 0 problema suscitado neste número e a solução proposta foram-nos sugeridos por MIGUEL GALvlo TELES

. TITULO III

INCONSTITUCIONALIDADE E GARANTIA
DA CONSTITUIÇÃO

CAPITULO I

Inconstitucionalidade e garantia em geral

§ 1.o

Inconstitucionalidade em geral

78. Noção ampla e noção restrita de inconstitucionalidade

I - Constitucionalidade e inconstitucionalidade (1) designam conceitos de relação: a relação que se estabelece entre uma coisa

(1) V., entre tantos, RUI BARBOSA, Os actos inconstitucionais do Comgresso e do Executivo ante a justiça Federal, Rio de janeiro, 1893; MAGALHÃES COLAÇO, Ensaio sobre a inconstitucionalidade das leis no Direito português, cit.; KELSEN, La gara-ntie juridictionnelle de Ia Constitution (separata da Revue du droit public), 1928, e Teoria Pura .... cit., ii, págs. 38 e segs. e 149 e segs.; L. DUGUIT, Traité .... cit., iii, 3.a ed., págs. 709 e segs.; EsposITO, La Validità dello Leggi, cit.; MAssimo SEVERO GIANNINI, L'illegittimità degli atti marmativi o dello norme, in Rivista italiana per le scienze giuridicho, 1954, págs. 39 e segs., e A lcuni caratteri della giurisdizione di legittímità delle norme, in Scritti in memoria di Calamandrei, iv, págs. 511 e segs.; FRANCINE BATAILLER, Lo Conscil d'État juge Constítutionnel, Paris, 1966; MIGUF-L GALvÃo TELLES, Eficdcia dos tratados..., cit., págs. 115 e segs., e Direito Constitucional Português Vigente - Sumdrios, cit., 1970, págs. 88 e segs.; Inconstitucionalidade pretérita, Cit., IOC. Cit.; JORGE MI"NDA, Contributo para uma teoria da inconstitucionalidade, cit., págs. 11 e segs. e 34 e segs., e Decreto.... cit., págs. 101 e segs.; FRANCO MODUGNO, L'Invalidità della Legge, cit., 2 vols., e Legge (vizi della), in E-nciclopedia del Diritto, xxiii, 1973, págs. 1000 e segs.; FILIPF- DELFINO ' La dichiarazione di illegitimità costituzionale delle leggi, Nápoles, 1970; MARCELLO CAETANO, Direito Constítucional, cit., i, págs. 401 e segs.; Louis FAVOREU, Le principo de constitutionnalité, obra colectiva, in Recueil d'études em hommage à Charles Eisenmann, Paris, 1977, págs. 33 e segs.; GusTAvo ZAGREBELsxy, La Giustizia Costituzio-

- a Constituição - e outra coisa - um comportamento - que lhe está ou não conforme, que cabe ou não cabe no seu sentido,, que tem nela ou não a sua base.

Assim declaradas, são conceitos que parecem surgir por dedução imediata. De modo pré-sugerido, resultam do confronto de uma norma ou de um acto com a Constituição, correspondem -a atributos que tal comportamento recebe em face de cada norma constitucional (1).

Não se trata de relação de mero caracter lógico ou intelectivo. É essencialmente uma relação de carácter normativo e valorativo, embora implique sempre um momento de conhecimento. Não estão em causa simplesmente a adequação de uma realidade a outra realidade, de um quid a outro quid ou a desarmonia entre este e aquele acto, mas o cumprimento ou não de certa norma jurídica.

II - Uma fórmula como esta oferecer-se-ia, porém, demasiado ampla, por abarcar, tanto acções e omissões dos órgãos do poder político quanto acções e omissões dos particulares e por envolver, em consequência, regimes jurídicos muito diversos.

Naturalmente, aqui apenas é relevante o não cumprimento de normas constitucionais pelo Estado, tal como só pode seroperativo um conceito conexo com um regime próprio de Direito constitucional. Importa, por isso, analisar o fenômeno com o necessário cuidado.

79. Análise do fenômeno

I - 0 primeiro termo da relação de inconstitucionalid,ade é a Constituição:

a) A Constituição, não genericamente, na sua globabilidade, em bloco, em bruto; mas por referência a uma norma determinada,

nale, Bolonha, 1977, págs. 17 e segs.; MARCELO REBELO DE SOUSA, Direito Constituciomal, cit., págs. 364 e segs., e 0 valorjurídico do acto inconstitwional, cit.; GomEs CANOTILHO, Direito Constitucional, cit., págs. 728 e segs.; Rui MEDEIROS, Valores jurídicos negativos da lei i-nconstitucional, cit., loc. cit.; GILMAR FERREIRA MENDES, Controle de Constitucionalidade, São Paulo, 1990.

(1) Co-ntributo..., cit., pág. 11 (com algumas modificações).

• certa norma que rege certo comportamento; por referência
• certa norma, ou a certo segmento de norma, seja qual for a sua expressão verbal (texto do preâmbulo, artigo, número ou alínea de artigo).

Há sempre uma norma violada, e não outra. Pela inconstitucionalidade, transgride-se uma norma constitucional uma a uma, não se transgridem todas ao mesmo tempo e de igual modo. Pode assim ficar afectado todo um instituto ou capítulo que nem por isso - subsistindo a Constituição e dispondo ela de meios de garantia da sua integridade - deixa de ser através de qualquer das suas normas (ou de segmentos de normas) que a inconstitucionalidade se manifesta. Um comportamento enquanto tal contrário a toda a Constituição juridicamente significativo só poderia ser uma revolução (1).

b) A Constituição, através de qualquer dos tipos de normas em que se analisa - disposições e princípios; e dai as fórmulas dos arts. 207.0, 277.0, n.o 1, e 290.0, n.o 2, da Constituição.

c) A Constituição, através de qualquer das suas normas em vigor ou, quando tenha ocorrido revisão constitucional, através de qualquer das suas normas já não em vigor (mas relativamente a situações produzidas durante o seu tempo de vigência). (2)

Il - 0 segundo termo é o comportamento do poder público:

a) Um comportamento de órgão do poder político ou, porventura, mais amplamente, de entidades públicas.

b) Um comportamento de órgão do poder político, e não dos particulares, seja em relações jurídico-privadas - apesar do art. 18.0, n.o 1 C) - seja em relações jurídico-públicas, inclusive no exercício de direitos políticos como o de sufrágio ou o de associação em partidos políticos.

(1) E esse seria, como se viu atrás, não já inconstitucional, mas sim anticonstitucional (frente a essa Constituição, não frente'ã Constituição nova que faria emergir).
Cfr. a demonstração supra.

Sobre a vinculação das entidades privadas aos preceitos atinentes * direitos, liberdades e garantias, v. Ma-nual.... iv, 1988, págs. 290 e segs. c autores citados.

A relevância ronstitucion£ de muitos comportamentos dos particulares, enquanto tais ou enquanto cidadãos, não permite assimilar - sob pena de imediata necessidade de distinções e subdistinções - a sua eventual desconformidade com normas constitucionais à desconformidade por parte de órgãos do poder. É diferente a função da Constituição perante o poder político. e perante os particulares. E os meios e as formas de garantia das normas e dos valores constitucionais são também completamente diferentes (desde os de Direito privado aos de Direito penal).

c) Um comportamento de órgãos de poder político no exercício da sua autoridade própria, sujeito a regras de Direito público; não um comportamento de entidades públicas (da Administração) sujeito a regras de Direito privado, não um acto de gestão privada da Administração (1).

d) Um comportamento tanto positivo - uma acção - como negativo - uma omissão; tanto um acto que é praticado quando não devia ser

praticado ou que é praticado contra uma norma constitucional como uma abstenção, ou inércia do poder político quando uma norma constitucional mandava agir e que, por isso, é valorada negativamente.

e) Um comportamento infraconstitucional, um comportamento subordinado à Constituição ou, doutra perspectiva, no caso de acto normativo, uma norma infraconstitucional ou uma norma constitucional - mas esta criada por revisão, e não uma norma constitucional originária, produto do poder constituinte (originário).

Assim resumimos a nossa posição perante o problema - a expor, de seguida - da chamada inconstitucionalidade de normas constitucionais.

f) Um comportamento, seja qual for o seu conteúdo - normativo ou não normativo, geral ou individual, abstracto ou concreto. Isto é: um comportamento que se identifique com um acto normativo (gerador de uma norma que depois como que se desprende de acto, podendo ser autonomamente considerada como inconsti-

(1) Diversamente, IURCELO REBELO DE SOUSA, 0 valor jurídico..., cit., págs. 333 e 334.

tucional ou não), ou a omissão de um acto normativo (não produção -de uma norma constitucionalmente exigida), ou um comportamento que não se identifique com um acto normativo.

A Constituição diz que a validade das leis e dos demais actos do Estado, das regiões autónomas e do poder local depende da sua - conforhúdade com a Constituição (art. 3.0, n.o 3), abrangendo aí quaisquer espécies de actos. Todavia, ao definir quer a inconstituciónalidade por acção (art. 277.0, n.O 1) quer a inconstitucionalidade por omissão (art. 283.0), só alude a normas. Não significa isto que ela confine a inconstitucionalidade a actos normativos ou a omissões normativas. Significa apenas que o regime específico de fiscalização que estrutura, através dos tribunais em geral (art. 207.0) e do Tribunal Constitucional em especial (arts. 277.o e segs.), esta predisposto para tais actos e omissões, sem que isso impeça - como se verá - a existência de outros regimes para outras categorias de comportamentos.

g) Qualquer comportamento de Direito interno, mas apenas qualquer norma de Direito internacional e somente quando aplicável na ordem interna.

A Constituição rege os comportamentos dos órgãos do poder que se movam no âmbito do Direito interno e, por conseguinte, todos os seus actos, quanto a todos os seus pressupostos, elementos ou requisitos, têm de ser conformes com ela. Aí se incluem actos de Direito interno que correspondem a fases do processo de vinculação internacional do Estado (como a aprovação de tratados), os quais podem, pois, ser inconstitucionais ou não.

. - Ao invésl os actos que decorram na órbita do Direito internacional não sao, enquanto tais, susceptíveis de inconstitucionalidade. Susceptiveis de inconstitucionalidade são, sim, os conteúdos desses comportamentos enquanto deles se desprendam - ou sejam, as normas constantes de tratados aplicáveis na ordem interna ,(art. 8.0, n.o 2, da Constituição) ou as normas produzidas por órgãos de organizações internacionais com aplicabwdade e eficacia directa (art. 8.0, n.o 3). Daí, enfim, que um eventual juízo de inconstitucionalidade de normas jurídico-internacionais se lin-úte à ordem interna do Estado que o emite, e não para além dela.

III - A relação entre o comportamento ou a, norma e a Constituição há-de ser:

a) Uma relaçdo directa, uma relação que afecta um acto, -ou uma omissão, ou uma norma que esteja ou venha a estar em relação directa

com a Constituição.

À partida, não é de excluir que qualquer acto jurídico-públícó - qualquer acto de exercício de uma função do Estado (política,, administrativa, jurisdicional) - qualquer acto de poder público, desde que sujeito a uma norma constitucional sob qualquer aspecto - pressuposto, elemento, requisito-, venha a infringi-Ia. Na prática e até por definição (tendo em conta o papel da Constituição), a inconstitucionalidade tende a cingir-se aos actos jurídico-constitucionais, aos actos cujo estatuto pertence, a título principal, ao Direito constitucional, aos actos regulados (não apenas previstos, embora não necessariamente regulados até ao fim) por normas da Constituição, a actos provenientes de órgãos constitucionais e com a sua formação dependente de normas constitucionais(').

b) IJma relação directa, porque se traduz numa infracção directa de uma norma constitucional.

Não basta que um acto (um tipo de acto) tenha o seu estatuto ou um aspecto principal da sua regulamentação na Constituição. É necessário ainda que o acto em concreto contradiga uma norma constitucional de fundo, de competência ou de forma; que contradiga essa norma, e não uma norma interposta, situada entre a Constituição e esse acto. Inconstitucionalidade verdadeira, e própria só pode ser inconstitucionalidade específica (2) ou directa.

Mas teremos de esclarecer e justificar estes assertos, porque comportam graves implicações.

c) Uma relação de desconformidade, e não apenas de incompatibilidade; uma relação de descorrespondência, de inadequação, de inidoneidade perante a norma constitucional, e não apenas de mera contradição.

Em Direito adn-únistrativo, a propósito do alargamento do

(1) V. Funçôres, órgdos e Actos..., cit., págs. 125 e segs.

(2) BURCELLO CAETANO, Tratado Elementar de Direito Admittistrativo, i, Coimbra 1943, pág. 390.

princípio da legalidade do século xix para o século xx, distingue-se entre compatibilidade e conformidade: de um estádio em que a lei descrevia um limite externo à actividade da Administração passou-se a um estádio em que encerra a própria substância da vontade administrativa (1). 0 aparecimento de um princípio homólogo em Direito constitucional - o princípio da constitucionalidade - coincide com essa evolução (2) e, em larga medida, sofre a sua influência.

Inconstitucionalidade envolve desconformidade ou não conformidade, mas é indispensável discerríir, mormente no domínio da inconstitucionalidade material - consoante iremos fazer - diferentes modos e graus em razão da diversidade de normas constitucionais e de relações entre elas e os comportamentos dos órgãos do poder.

d) Uma relação de desconformidade, que acarreta, quanto aos actos e às normas de Direito interno inconstitucionais, ínvalidade e, quanto às normas de Direito internacional recebidas na ordem interna, ineficdcía -como já inculcámos.

80. Inconstitucionalidade de normas constitucionais

I - É possível inconstitucionalidade - e inconstitucionalidade material - por discrepância entre certas normas constitucionais e outras normas nascidas por virtude de revisão constitucional como constitucionais (ou com pretensão de o serem). Não é possível, porém, inconstitucionalidade de normas constitucionais originárias. Divergimos, assim, de uma importante corrente doutrinal vinda da Alemanha e com alguma difusão entre nós.

Bem paradigmático desta corrente é o pensamento de OTTO BAcHop, exposto na célebre conferência de 1951, em que discrimina três

contradições - contradição com normas constitucionais de grau superior, infracção de direito supralegal positivado na lei constitucional e infracção de direito supralegal não positivado - e em que, se nega a inconstitucionalidade no

(1) Cfr. ANDRÉ GONÇALVES PEREIRA, Erro o Ilegalidade no Acto Administrativo, Lisboa, 1962, págs. 21 e 38 e segs.
(2) Cfr. Contributo.... cit., págs. 77 e segs.

primeiro caso, sustenta que a isso se reconduzem a segunda e a terceira situa~.

Quando o legislador constituinte actua autonomamente, editando normas jurídicas que são a expressão livre do pouvoir constituant, poderá ele, em virtude desta autonomia, consentir também excepções ao direito que estabelece. Diferentemente, se uma norma da Constituição infringir outra norma constitucional que positive direito supralegal, tal norma sexá não apenas contrária ao direito natural como inconstitucional: a dncorporação material» (Ipsen) dos valores supremos na Constituição faz com que toda a infracção do direito supralegal apareça, necessária e simultancamente, como violação do conteúdo fundamental da Constituição. E, de igual sorte, no terceiro caso, embora com dúvidas, considera BAcHoF que se oferece inconstitucionalidade, pois o direito supralegal vem a ser imanenté a toda a ordem jurídica que se reivindique legitimamente deste nome e, portanto, em primeira linha, a toda a ordem constitucional que queira ser vinculativa (1).

A mesma tendência reconhece-se em parte da doutrina italiana, da espanhola ou da grega: assim, partindo de um conceito de Constituição que envolve normas meta-estaduais e partindo da existência de limites ao poder constituinte exercido pelo povo, GERARDO MORFLLI afirma a possibilidade de contradição de certas normas constitucionais com os princípios e valores da Constituição, embora não ponha a hipótese de impugnação directa de tais normas (pois elas não objecto do controlo de constitucionalidade) (2) (8) (4).

Em Portugal, já antes de 1974 o problema não era desconhecido. Designadamente,]ROGÉRIO SOARES, assentando num conceito de Constituição - a que atrás se fez referência - como ~oequilíbrio realizado dos valores fundamentais duma comunidadej>, admitia a possibilidade de,

(1) Normas constitucionais inconstitucionais?~ cit., maximo págs. 54 e segs., 62 e segs. e 67-68. Também ADoLiro SÜSTERHENN (L'aVène~nt du droit supra-positif dans 1'évolution du droit constitutiomwl alkmand~ in Boletim da Faculdade, de Direito da Universidade de Coimbra, vol. xxxvi, 1955, págs. 168 e segs., maximo 185-186) associa a ideia de normas constitucionais inconstitucionais à recepção do direito natural pela Constituição.
Cfr., algo diferentemente, J. EssF-R (op. cit., págs. 90 e 91), considerando «normas constitucionais de grau superior» as bases da organização de determinada forma estadual.
(2) Il diritto natural& nelk costituzioni modeme, cit., maximo págs. 217 e segs., 273 e segs. e 311 e segs.
(3) Cfr. em Espanha, LUCAS VERDU, Op. Cit., 1-1, págs. 698 e segs.; e, na Grécia, GEORGF-S MITSOPOULOS, Problè~ de Ia vatidité du droit, in Studi i-n omore di Enrico Tullio Liebman, obra colectiva, Milão, 1979, 1, págs. 313 e segs.
(4) Cfr. também a nota de direito comparado de KARL Lo=NsTEiN, Teoria de Ia Constitution, cit., págs. 192 e segs.

eventualmente, serem recusados preceitos constitucionais que surgissem *em manifesto desacordo com o imbricamento geral» (1). E também VITAL, MOREIRA se lhe referia (2).

Mas, no nosso país, tem sido sobretudo após a entrada em vigor da Constituição de 1976 e sobretudo à face do seu art. 309.o (hoje 294.0) e da Lei n.o 8175 que o problema tem sido colocado. E tem-se contestado esse preceito e essa lei por inconstitucionalidade, . por se afastarem dos princípios e valores de uma verdadeira ordem constitucional, por estarem «em contradição com princípios fundamentais que a mesma Constituição aceita e tão solenementeproclama (arts. 29.o e 13.0), ao mesmo tempo que violam valores* capitais que igualmente enformam o seu substrato axiológico-' -político e que na própria letra se assumem (arts. 1.0, 2.0, etc.»> ~).. , Por outro lado, atribuindo-se carácter supraconstitucional à Declaração Universal dos Direitos do Homem, entende-se que, na medida em que haja colisão entre ela e a Constituição e, portanto, valorações diferentes (não podendo ser executadas ao mesmo tempo) deve dar-se primazia à Declaração, pelo menos se e quando esta seja mais aberta, generosa e liberal que a nossa Constituição (4). E afirma-se que, no caso de alguma norma da Constituição - como o art. 294.o - contrariar a Declaração, tal norma será inconst~tucional

(1) Constituição .... cit., toe. cit., pág. 672.
(2) Economia e Constituiçdo, cit., págs. 142 e 143, em particular sobre conflitos entre a Constituição económica directiva (programática) e a Constituição económica estatutária.
(11) CASTANHEIRA NEVES, A Revoluçdo o o Direito, cit., pág. 7. Na mesma linha, AFONSO QUEIR6, Liçdes .... cit., págs. 295 e segs., maxime 307; MouRA RAmos, op. cit., pág. 181, nota; CAVALEIRO DE FERREIRA, Direito, Penal PortuguÊs, i, Lisboa, 1981, pág. 92 (sugerindo que a Lei n.o 8175, antes da sua recepção pela Constituição, seria uma lei ordi~. ii-áfia); MENEZES CORDEIRO, Da Boa Fé no Direito Civil, ii, Lisboa, 1984, pág. 1275, nota; NUNO SÁ GomEs, Lições de Direito Fiscal, ii, Lisboa, 1985, págs. 21 e segs. Muito mais atenuadamente, SOARES MARTINFZ, Manual de Direito Fiscal, Coimbra, 1983, págs. 100-101; VIEIRA DE ANI)RADE, Os direitos fundamentais .... cit., págs. 128-129, nota.
(4) AFONSO QUEIR6, Lições .... cit., págs. 325-326.
(5) PAULO,OTERO, Declaração Universal .... cit., Zoe. cit., págs. 612 e segs. Este autor não aceita a inconstitucionalidade de normas constitu-

-Á L.

II - Quanto a nós, perfilhamos a existencia de uma «aiiáologia, transpositiva que não está na disponibilidade do positivo constitucional ou de que não é titular sem limites o poder constituinte» (1). Como dissemos, há limites transcendentes que correspondem a imperativos de Direito natural, tal como, em cada época e em cada lugar, este se refrange na vida social.

Todavia, não cremos que, a dar-se qualquer forma de contradição ou de violação dessa axiologia, estejamos diante de uma questão de inconstitucionalidade, mas sim diante de uma questão que a ultrapassa (2), para ter de ser encarada e solucionada em, plano diverso - no da Constituição material que é adoptada ou no do tipo constitucional ao qual pertence. No extremo, poderá haver invalidade ou ilegitimidade da Constituição. Q que não poderá haver será inconstitucionalidade: seria incongruente invocar a própria Constituição para justificar a desobediência ou a insurreição contra as suas normas.

Inconstitucionalidade envolve um juízo de valor a partir dos critérios constitucionais, sejam estes quais forem. Se os critérios

constitucionais englobarem - como é desejável que englobem -, valores de justiça, liberdade, solidariedade, dignidade da pessoa, humana, também a inconstitucionalidade terá de ser aferida à face desses valores. Mas não é seguro que eles sejam sempre aca.~ lhidos com a mesma intensidade ou acolhidos da mesma forma. Nem se verifica no século xx unanimidade quanto às concepções füosófico-jurídicas subjacentes às Constituições, longe disso. Não concordamos, pois, COM BACHOF quando, reivindicando para toda e qualquer ordem constitucional valores supralegais, daí retira susceptibilidade de inconstitucionalidade. Ainda que aceitemos que em toda e qualquer ordem jurídica se encontram aqueles valores, nem sempre eles alcançam força suficiente para confor~

cionais por violação de princípios ou normas transcendentes; para - ele,
a desconformidade de normas da Constituição com a Declaração Universal

reconduz-se a um fenômeno de desconformidade entre duas estruturas de Direito positivo (pág. 614).

(1) Na expressão de CASTANIIEIRA NEvF-s, A Revoluçi7o e o Direito, cit., pág. 230.

(2) Cfr. KARL ENGISCH, op. cit., págs. 257, 265 e segs. e 274, maximo 268.

marem a Constituição e, portanto, para determinarem constitucionalidade ou inconstitucionalidade dos actos jurídico-públicos.

No interior da mesma Constituição originária, obra do mesmo poder constituinte (originário), não divisamos como possam surgir normas inconstitucionais (1). Nem vemos como órgãos de fiscalização instituídos por esse poder seriam competentes para apreciar e não aplicar, com base na Constituição, qualquer das suas normas (2). É um princípio de identidade ou de não contradição que o impede. Pode haver inconstitucionalidade por oposição entre normas constitucionais preexistentes e normas constitucionais supervenientes, na medida em que a validade destas decorre daquelas; não por oposição entre normas feitas ao mesmo tempo por uma mesma autoridade jurídica. Pode haver inconstitucionalidade da revisão constitucional, porque a revisão funda-se, formal e materialmente, na Constituição; não pode haver inconstitucionalidade da Constituição.

Se a Constituição como conjunto de preceitos e princípios tem de ser tomada como um todo harmónico, havera que procurar defii& as relações entre eles (em termos de regra e excepção,

(1) Cfr. MARcELo REBELO DE SOUSA, 0 valor jurídico..., cit., págs. 128 e segs., para quem existe uma interpenetração absoluta entre Constituição formal e Constituição material, sendo impensáveis disposições formalmente constitucionais opostas à Constituição material.

(9 A jurisprudência constitucional portuguesa por duas vezes encarou -i questão da inconstitucionalidade de normas constitucionais: no parecer n.o 9179 da Comissão Constitucional, de 27 de Março de 1979 (in Pareceres, viii, págs. 8 e 9) e no acórdão n.o 480190 do Tribunal Constitucional, de 13 de julho de 1990 (in Didrio da República, 2.8 série, n.o 26, de 31 de janeiro de 1990); naquele em mera referência, neste implicitamente tomando posição.

Estava em causa no acórdão um recurso em que era arguida a constitucionalidade da norma constitucional de proibição do lock-out (art. 57.0, n.o 3), por contrária ao principio da igualdade (art. 13.0). 0 Tribunal não deu provimento ao recurso, considerando não haver tal contradição. Mas, assim fazendo, reconheceu-se implicitamente o poder de apreciação da constitucionalidade de normas

constitucionais, quando o legislador constituinte originário infringisse uma aldologia suprapositiva e inscrevesse no texto constitucional normas que fossem n4o-direito.

regra geral e especial ou como se entender) ~); e apenas, quando pelos processos lógicos de trabalho dos juristas não for possível superar um conflito de normas, (2), será, porventura legítimo recorrer a interpretação correctiva ou a interpretação ab-rogante, ~). Isto naturalmente, sem embargo de, quando a Constituíçâo não se reduzir à mera Constituição instrumental ou legal, e fizer apelo, a princípios suprapositivos, - como acontece com a Constituição portuguesa, designadamente através do preâmbulo e dos arts. 1.o e 16.o -ser obrigatório tom á-los em consideração e buscar um sentido e um alcance para os desvios ou as excepções aos principios que, dentro do razoável, sejam os menos desconformes possíveis com o sentido e o alcance dos plincípios fundamentais da Constituição.

Acresce o carácter compromiss6río de muitas Constituições (como a portuguesa), de tal sorte que o eventual somatório de princípios e normas de matriz diferente ou de sentido discrepante tem de se entender como expressão real da vontade constituinie, cabendo ao intérprete reconstituir as relações entre eles num todo logicamente articulado, mas não substituir-se ao órgão de revisão na eliminação desta ou daquela norma divergente dos princípios. E pode perguntar-se mesmo, numa rigorosa procura de justiça e segurança, qual o mal-menor: se abalar o, compromisso constitucional e abrir c2iffinho para rupturas que se pagam caro, se admitir, transitória e limitativamente, a vigência & normas que derroguem tais princípios.

(1) Em sentido idêntico, fal=do. em tarefa de camordância prdtica, GomEs CANOTILHO e VRTA.L MoREiR,~- op. cit., r,, pág, 38.

(2) Cfr., por exenipkr, F. CUtNELUTTi, T#Ma Gãn~l de4 Der~ trad, Madrid, 1955, pága, 108 e segs.,; KELSEN, Temia Pura.,.., cit., IA págs. 27 e segs.; J. HERmANo SARAivA, A crise do, di~reita, cit., págm 73-74; K. ENGism, op- cit., págs. 254 e ~

(~) Cfr., aliás, J. OLrjmRA Asc~o:. oise o legislador põe sáznlta. neamente em vigor duas normas, a val~o do intérprete não. se pode substituir à do legislador,, pireferindo n= ou consider~ as ~ liquid~tem de admitir a cwxistência de normas que exprim= valorações dive~, pela mesma razão por que não pode fazer interpretação~ correctiva: porgac não podeantepor um critério próprio aui critério àwcxdem jur~ ~ivat (0 Direito, cit., pág. 404).

Não vamos, porém, ao ponto de afastar o poder, e até o dever, do juiz de não aplicar normas constitucionais contrárias a imperativos de Direito natural, violadoras de valores fundamentais, gravemente injustas (assim como não negamos o direito de resistência dos cidadãos). Mas, repetimos, a questão não é então de inconstitucionalidade, mas de injustiça da lei constitucional, e como tal tem de ser assumida. Tudo está então em saber se o juiz - qualquer juiz, e não especificamente o Tribunal Constitucional (1) - goza de autoridade social para isso e se na comunidade é suficientemente claxa e forte a consciência daqueles imperativos e valores (2).

III - Revertendo ao art. 294.o e à Lei n.o 8/75, não temos dúvidas de que contradizem princípios da Constituição, o do -nullum crime-n, mulla poema sino lego (3) (assim como o art. 308.o inicial e o Decreto-Lei n.o 621-

(1) Implicitamente, PAULO OTERO não anda longe deste raciocínio, ao considerar que a fiscalização da constitucionalidade

de normas constitucionais frente à Declaração Universal é apenas a concreta e difusa, e não também. a abstracta (op. cit., loc. cit., págs. 618-619).

(2) Na Constituição de 1933, o art. 4.o declarava a soberania limitada pela Moral e pelo Direito e o melhor entendimento - que partilhávamos (v. Ciência Política .... cit., ii, págs. 115 e segs., maxime 127 e segs.) era de que o Direito abrangia o Direito natural e de que a norma se dirigia tanto ao legislador como ao juiz. E, todavia, essa foi sempre uma postura minoritáxia e sem tradução prática.

Nem perante essa Constituição (apesar da natureza autoritária e divergente do Estado de Direito do regime consagrado) se levantaram problemas de inconstitucionalidade de normas constitucionais por alguns que depois as suscitariam perante a Constituição de 1976.

(3) Ao contrário do que foi sustentado na Assembleia Constituinte pelos Deputados José Luís Nunes e Carlos Candal (in Didrio, n.o 37, pág. 1027, e n.o 129, pág. 4310, respectivamente), preceitos como os da Lei n.o 8/75 não podem fundar-se no art. 29.0, n.o 2, da Constituição e no art. 11.0, n.o 2, da Declaração Universal. Os princípios gerais de direito internacional comummente reconhecidos, a que a Constituição e a Declaração se reportam, só poderiam visar crimes contra a paz, crimes de guerra e crimes contra a humanidade, e não a pertença a certas organizações ou a colaboração com elas, independentemente do dano: JOSÉ DE SOUSA BRITO, A lei penal na Constituição, cit., loc. cit., pág. 243. Cfr. HENRI MEYROWITZ, La Répression par les Tribunaux Allemands dos Crimes contre I'Humaníté et de l'Appartenance à uno Organisation Criminelle, Paris, 1960, maxime pág. 436.

-B/74 contradiziam o princípio do sufrágio universal). Simplesmente, essas contradições não permitem senão qualificar tais normas como excepcionais, como normas que subtraem certas pessoas ou certas situações ao regime decorrente dos princípios, e não com normas inconstitucionais que a Constituição repudie do seu seio e elimine do sistema jurídico positivo vigente. Taml)ém aí, de resto, terá funcionado um compromisso entre as forças e os partidos representados na Assembleia Constituinte (terá funcionado quanto aos textos aprovados, quanto à sua localização em #Disposições finais e transitórias*, enfim quanto à relação estabelecida com as disposições da parte substantiva) (1).

Mas, ao mesmo tempo, porque a recepção operada da Lei n.o 8175 é uma recepção material, e não formal, e porque, seja como for, é vocação dos princípios a sua expansabilidade, justifica-se perfeitamente restringir ou comprimir as excepçôes em face dos princípios e justifica-se tentar descobrir na dúvida, o sentido menos excepcional, porquanto os princípios devem preferir (2).

81. Inconstitucionalidade e ilegalidade

I - Pode falar-se em legalidade - em contraposição a mérito C) - para traduzir a conformidade do poder com o Direito

(1) Recorde-se que, quando da votação do preceito a que corresponderia o art. 18.0, n.o 3, da Constituição, o Deputado Vital Moreira propôs, sem êxito, que se antepusesse ao preceito o seguinte: ~osalvos os casos expressamente previstos nesta Constituição, as leis restritivas ... » (Didrio, n.(> 36, pág. 977). E propô-lo para que se salvaguardassem «excepções como as respeitantes à incriminaçâo retroactiva dos ex-agentes da PIDE-DGS e ao cerceamento de direitos políticos dos ex-agentes fascistas»,. A isso se respondeu, contudo, que «as normas constitucionais que prevêem casos especiais são normas constitucionais e, como tais, haverão de se aplicax» (Deputado Costa Andrade, ibidem, pág. 97ã) e que «as excepções contidas na

Constituição, qualquer que seja a sua localização, valem de per si, sem necessidade de ressalva expressa no artigo onde se formula o princípio geral» (Deputado Freitas do Amaral, ibidem).

(2) Assim, Direito constitucional o ordindrio anterior, in Estudos sobre a Constituiçdo, cit., i, pág. 361, nota, e toda a jurisprudência atinente ao art. 309.(> (hoje art. 294.0): v., por todos, o acórdão n.o 108 da Comissão Constitucional, de 25 de julho de 1978, in Ap~ndice ao Didrio da República, de 29 de Dezembro de 1978 ' pág. 7 1. E na mesma orientação, sobre o primitivo art. 308.0, o parecer n.o 2180, de 5 de Fevereiro de 1980, in Pareceres, xi, pág. 75.

(3) Cfr., numa perspectiva jurídico-administrativa, ROGÉRIO SOARES, Interesse Público, legalidade e mérito, cit.: mérito é o merecimento do acto

* que deve obediência. E, na nossa Constituição, afirma-se que * Estado se funda na legalidade democrática (art. 3.0, n.o 2), a qual abrange ou implica, simultaneamente, um conjunto de valores ligados à ideia de Direito democrático e às normas decretadas por órgãos baseadas no sufrágio universal, igug directo, secreto e periódico (1) (2).

Pode falar-se também em legalidade como conformidade com a lei ordinária (ou com o Direito ordinário), ao passo que a constituicionalidade é a conformidade com a Constituição; ou, negativamente, em ilegalidade e em inconstitucionalidade. E é essa acepção que interessa para o nosso estudo aqui.

II - Inconstitucionalidade e ilegalidade são ambas violações de normas jurídicas por actos do poder. Verificam-se sempre que o poder infringe a Constituição, a lei ou qualquer outro preceito que ele próprio edite (3) e a que necessariamente fica adstrito. Não divergem de natureza, divergem pela qualidade dos preceitos ofendidos, ali formalmente constitucionais, aqui contidos em lei ordinária ou nesta fundados.

A distinção radica na norma que disciplina o acto de que se trate, fixando-lhe pressupostos, elementos, requisitos (de qualificação, validade e regularidade). Se for a Constituição, o acto será inconstitucional no caso de desconformidade; se tais requisitos não se encontrarem senão na lei, já a sua falta torná-lo-á meramente ilegal. Dificuldades só poderão suscitar-se sendo o acto,

em vista do fim que se propóe, o seu valor, a sua utilidade, é o sentido do acto como bem (pág. 207).

(1) É tarefa fundamental do Estado garantir o respeito pelos princípios do Estado de Direito democrático (art. 9.0, alínea b)); compete ao Governo e aos tribunais defender a legalidade democrática (arts. 202.0, ahnea,f), e 205~o, n.o 2); e a tal função destinam-se especificamente, nos seus domínios próprios, o Ministério Público (art. 229,.0, no 1) e a polícia (art. 272.0, n.o 1).

(2) Cfr., por todm SÉRVULO CORREIA, Legalidade e autonomia comtratuai nos contratos administrativos, Lisboa, 1987, págs. 190 e segs.

(3) Seja esse preceito normativo, seja não normativo (como o sentido de qualquer acto administrativo de conteúdo geral); de resto, a Administração nãa pode modificax ou revogax arbitrariamente os actos que pratique.

em parte, objecto da Constituição (por exemplo, quanto à competência e à forma) e, em parte, regulado pela lei (por exemplo, quanto ao conteúdo que deva ter).

Certo, a Constituição é a base da ordem jurídica, o fulcro das suas energias, o fundamento último da actividade do Estado. Estatuto definidor da vida pública, o ordenamento estadual vai entroncar nas

suas disposições e nos seus princípios; e, assim como as leis anteriores recebem da Constituição a possibilidade de subsistir, os actos posteriores não podem, directa ou indirectamente, opor-se aos seus comandos. Mas disto não decorre que se projecte com a mesma intensidade e a mesma extensão sobre todos os actos, nem que qualquer desarmonia se traduza em inconstitucionalidade relevante para efeito de arguição.

É que o sistema jurídico não está organizado de forma circular, com a Constituição no centro e todos os actos amarrados a ela, a igual distância: em primeiro lugar, porque a Constituição material historicamente surgiu tendo como escopo limitar o poder político e a sua função essencial não é estabelecer a disciplina doutras entidades públicas infr.a-estaduais e dos particulares, ainda que se lhes refira; em segundo lugar, porque a complexidade das situações da vida e das intervenções do Estado na sociedade impõe a multiplicação e a descentralização de fontes e órgãos de produção jurídica.

Domina, antes, como bem se sabe, uma estrutura hierarquizada, em que cada acto jurídico-público tem de assentar formal e materialmente num preceito determinado, que, por seu turno, se funda noutro de grau superior. Quer se aceitem quer se rejeitem as concepções normativas e gradualistas, sem dúvida ao observador deparam-se sucessivos estratos de normas com funçoes próprias e não absorvidas na Constituição. Também isso, aliás, constitui exigência do Estado de Direito - aquele em que o Direito serve de medida de todas as coisas - porquanto só a referência específica a uma norma certa e determinada permite o exercício da fiscalização jurídica das decisões do poder(').

(i) Cfr., a respeito dos princípios da constit,cionalidade e da legalidade na administração, o nosso Co-ntributo .... cit., págs. 79 e segs.

III - 0 problema complica-se em alguns casos: quando a Constituição prescieve (ou quando é a Constituição a prescrever) a subordinação de um acto a uma norma infraconstitucional e quando, portanto, uma infracção desta norma - que parece interposta - vem a redundar em violação da Constituição (1).

Assim sucede com a subordinação das leis às normas de Direito internacional vigente na ordem interna, designadamente as produzidas por tratado vinculativo do Estado (art. 8.0) (2); com a subordinação às correspondentes leis dos decretos-leis publicados no uso de autorizações legislativas e dos que desenvolvam as bases gerais dos regimes jurídicos (art. 115.0, n.o 2); com o respeito das leis gerais da República pelos decretos legislativos regionais, salvo quando o próprio Parlamento admitir o contrário em certos termos (arts. 115.0, n.o 3, e 229.0, n.O 1, alíneas a) e b»; com a subordinação dos actos da Assembleia da República ao seu regimento (arts. 179.0, n.o 1, e 181.0, n.o 1); com a subordinação dos regulamentos às leis (arts. 115.0, n.o 7, e 202.0, alínea c»; e com a limitação dos regulamentos das autarquias locais pelos regulamentos emanados das autarquias de grau superior e das autoridades com poder tutelax (art. 242.0).

(1) Cfr., entre nós, MARCELLO CAETANO, Manual de Direito Administrativo, 1.4 ed., 1936, pág. 461, e Manual de Ciência Política..., 6.a ed., ii, pág. 686, nota; JOSÉ CARLOS MOREIRA, Fiscalização judicial da Constituição, in Boletim da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra, 1943, pág. 361; AFONSO Ç),UEIR6, Nota sobre o contencioso de -normas administrativas, in Revista de Direito e Estudos Sociais, ano 1, 1945-1946, págs. 217 e segs.; JORGE MIRANDA, Contributo .... cit., pág. 168, e Decreto .... cit., págs. 101 e segs.; MIGUEL GALvÃo TELES, Direito Constitucional .... cit., pág. 72; Rui 3UCHETE, Contencíoso administrativo, in Diciondrio jurídico da Administraçjo Pública, ii, pág. 782; MÁRIO ESTEVES DE OLIVEIRA, Direito Administrativo, Coimbra, 1980, 1, págs. 92 e segs.; GomEs CANOTILHO, Direito Constitucional, cit., págs. 715 e segs.;

TEixF-IRA RIBEIRO, Os poderes orçamentais da Assembleia da República, Coimbra, 1987, pág. 7. E, na doutrina italiana, por exemplo, C. MORTATI, A tti conforza di legge e sindicato di costituzionalità, Milão, 1964; F. MODUGNO, Op. Cit., ii, págs. 91 e segs.; PAOLO GiOCOLi NAcci, Normo interposto e giudizio di costituzionalità, in Giurisprudenza Costituzio-nale, 1982, págs. 1875 e segs.

(2) V. a nossa demonstração em A ConstituiçiZo de 1976, cit., pág. 301, e em Direito Internacional Público-I, cit., págs. 243 e segs.

Não menor complexidade provém ainda das leis ordinárias reforçadas ou, como diz a Constituição desde 1989 (arts. 115.o, n.o 2, 280.0, n.o 2, alínea a), e 281.(>, n.o 1, alínea b», das leis de valor reforçado (1).

As leis de autorização legislativa e as leis de bases são leis reforçadas frente aos respectivos decretos-leis. Não são as únicas. Outras há que, similarmente, desempenham uma função específica no ordenamento, uma função conformadora que acarreta um valor reforçado. E, além daquelas que se encontram em relação apenas com certas leis, há leis reforçadas que se impõem a quaisquer normas legislativas, que determinam uma vincwação de carácter geral.

São leis ordinárias reforçadas de vinculação específica, afora as de autorização legislativa e as de bases:

- A lei quadro relativa à reprivatização da titularidade ou do direito de exploração de meios de produção e outros bens nacionalizados depois de 25 de Abril de 1974 (arts. 85, n.o 1, e 296.0);

- A lei das grandes opções do plano de desenvolvimento económico e social anual (art. 108.0, n.o 2);

- As leis de enquadramento dos orçamentos do Estado e das regiões autónomas (arts. 108.(>, 109.0 e 168.0, n.o 1, alínea p»;

- A lei sobre o regime de criação, extinção e modificação territorial das autarquias locais (arts. 167.0, alínea n), e 238.0, n.o 4);

- A lei quadro de adaptação do sistema tributário nacional às especificidades regionais (art. 229.0, n.o 1, alínea i), in fine);

- A lei relativa à criação simultânea, aos poderes, aos órgãos e ao regime das regiões administrativas (art. 255.0).

Por seu turno, são leis de valor reforçado, vinculativas de quaisquer outras leis:

- A lei das grandes opções do plano de desenvolvimento eonómico social a médio prazo (arts. 92.0, 93.0, n.o 2, e 164.0, alínea h), .a parte);

(1) 0 conceito foi lançado, entre nós, por GomEs CANOTILHO (A lei do orçamento ma teoria da lei, in Estudos em Homenagem ao Prof. Doutor J. J. Teixeira Ribeiro, obra colectiva, ii, Coimbra, 1979, págs. 583 e ~egs.), sendo, para este Autor, leis reforçadas as que impõem ou pressupõem a sua não derrogabilidade por leis ordinárias posteriores. E, no seu seguimento, também nós o adoptámos, embora em termos relativamente mais latos (desde 2.a ed. do presente tomo do Manual, págs. 286-287).

- 0 Orçamento do Estado (arts. 108.0, 110.o e 164.0, alínea h), 2.a parte) (1);
-As leis orgânicas (arts. 115.0, n.o 2, 167.0, alíneas a) a e), e 169.0, n.o 2);
- Os estatutos político-administrativos das regiões autónomas (arts. 164.0, alínea b), 228.o, 229.o, no 1, 280.0, n.o 2, alíneas b) e c), e 281.0, n.o- 1, alíneas c) e d».

E não se pense que a qualificação de qualquer fen~meno de contradição que pode surgir a propósito destas relações de subor d inação e viuculação -é algo de meramente académico. Ao invés, podem ser questões de grande importância prática, em face das respostas que o Direito venha a dar e dos resultados - eventual mente, divergentes - que venha a estabelecer (2).

IV - Reiteramos a opinião que há muito sustentamos de que se trata de um problema de ilegalidade (ou de ilegalidade sui generis), e não de inconstitucionalidade ~). E isso não somente por virtude de uma determinada visão do sistema de normas e actos como ainda por virtude do próprio teor do fenômeno: pois -o que está em -causa em qualquer das hipóteses é, primariamente, a contradiçao entre duas normas não constitucionais,

(1) E, por identidade de razão, os orçamentos das regiões autónomas.
(2) Paxa análise destas várias categorias ou subcategorias de leis, v. FunçJes, óllgdOS e Actos..., cit., págs. 286 e segs.
(3) Especialmente controverso tem sido o problema da qualificação como inconstitucionalidade ou como ilegalidade sui generis da contradição entre lei e tratado.
No Tribunal Constitucional, durante anos, uma das secções optou pela inconstitucionalidade (e considerou-se, portanto, competente para dela conhecer), ao passo que a outra a recusou (com a inerente consequência). V., entre tantos, de um lado, acórdão n.<> 27184, de 21 de Março de 1984 (Diário da República, 2.a série, n.o 153, de 4 de julho de 1984) ou acórdão n.o 409/87, de 21 de Outubro de 1987 (ibidem, n.o l., de 2 de janeiro de 1988); e,,do outro lado, acórdão n.o 1,07184, de 14 de Novembro de 1984 (ibidem, n.o 4,1, de 18 de Fevereiro de 1985); e todos com abundantes citações doutrinais.
Nós próprios também já aderimos à tese da inconsfitucionalidade (in 1)ecre~o, cit., págs. 105 e segs.), alegando que o tratado não regulava o o acto legislativo e que eram diversos os fundamentos de um e outro.

não é a contradição entre uma norma ordinária e uma norma constitucional; e é somente por se dar tal contradição que indirectamente (,ou, porventura, consequentemente) se acaba por,.aludir a inconstitucionalidade indirecta.
0 art. 8.0, n.o 2, da Constituição em si não rege nenhuma situação ou relação que seja objecto de tratado e de lei discrepante; ele encerra tão-só o princípio abstracto da adstrição das normas legais às normas convencionais. E o mesmo se diga do art. 115.0, n.O 2, quanto às leis de autorização legislativas (1) e aos decretos-leis autorizados e quanto às leis de bases e aos decretos-leis de desenvolvimento; do art. 178.0, alínea a), quanto aos actos interna corporis; do art. 202.0, alínea c), quanto às leis e aos regulamentos; do art. 242.0, quanto aos regulamentos -das autarquias locais; e das várias normas atinentes a leis ordinárias reforçadas. Não havendo regulamentação directa das matérias pela Constituição, não se justifica falar em inconstitucionalidade (-£). Somente haverá inconstitucionalidade, se ocorrer ofensa de ouira norma - de fundo, de competência ou de forma-constitucional.

Por outras palavras: a distinção encontra-se quer numa perspectiva de fundamentação ou condição de validade - e, quanto aos tratados, de condição de eficácia - quer num critério prático de confronto entre a norma que seja arguida de desconformidade e a norma que, directa e imediatamente, recai -sobre o seu objecto e que deve ter-se por seu parâmetro.

Como veremos adiante, hoje, em Portugal, o regime de fiscalização corrobora inteiiamente a nossa maneira de equacionar a questão, ainda que equipare quase por completo uma e outra vertente.

(1) No sentido, porém, da inconstitucionalidade orgânica, implicitamente, acórdão n.() 473/89, do Tribunal Constitucional, de 12 de julho de 1989, in Diário .da República, 2.a sétie, n.o 222, de 26 de Setembro de 1989.

(2) Nem sequer se verifica inconstitucionalidade quando ocorra violação de um tratado relativo a direitos de homem (como a - Convenção Europeia ou qualquer dos Pactos ou das convenções das Nações Unidas). A função do art. 16.0, n.o 1, da Constituição não seconfundecom a do art. 16.0, n.o 2: cláusula aberta não equivale a rá)nstitucionalizaçãc~ (formal).

V - A invahdade (ou a ineficácia) dos actos jurídico-púbhcos não se esgota toda em inconstitucionalidade. Em contrapartida, não tem de se reduzir, em esquema abstracto rígido, à invalidade da lei e do acto político (os actos jurídico-constitucionais por excelência), da mesma maneira que não ocorre apenas ilegalidade através da contradição entre o regulamento ou o acto administrativo e a lei (1).

Nada obsta a que outros actos venham também a ficar directamente subordinados a es,-zes comandos, pelo menos por algum dos seus pressupostos ou dos seus elementos (insistimos), por não se interpor norma legal ou norma legal válida em que repousem - assim como nada há a priori que impeça que à regulamentação constitucional dos actos legislativos, por vezes, acresça uma regulamentação derivada de outras leis. Poderá, portanto, ter de se reconhecer a inconstitucionalidade de actos não legislativos ou infralegais (a par da ilegalidade de certas leis); tudo reside em que seja possível individualizar uma relação imediata e autónoma de desconformidade entre tais actos ou as normas deles dimanadas e certo preceito constitucional (2); o que poderá haver - como sucede em Portugal - é um sistema diferente de impugnação de actos normativos e dos actos não normativos.

(1) Diferentemente para KELSEN a fiscalização jurídica dos actos tem em vista assegurar o exercício das funções do Estado e a distinção e a hierarquia entre as regras jurídicas, conferindo força obrigatória às de grau superior; e, por isso, garantia da Constituição significa garantia da regularidade das regras imediatamente subordinadas à Constituição. Mas o próprio KELSEN admite a subordinação imediata à Constituição, por diversas causas de outros actos que não a lei. V. La Garantie juridictionnelle de Ia Constitu~,on, cit., págs. 2 e segs., OU CHARLES EISENMANN, La justice Constitutíonnello et Ia I-laute Cour Constitutionnelle d'Autriche, Paris, 1928, págs. 22-23.

(2) Cfr. o parecer n.o 11179, de 19 de Abril de 1979, da Comissão Constitucional, in Pareceres, viii, págs. 55 e segs., sobre inconstitucionalidade orgânica de despacho normativo: a~ onde a Constituição expressamente consagra uma repartição material de competências entre os órgãos do Estado, o facto de uma norma inovatória em domínio reservado a dado órgão provir de um órgão diferente desse -qualquer que seja a posição de tal fonte na estrutura do aparelho estadual - não pode deixar de ter-se como uma violação da Constituição (pág. 66).

'1

VI - 0 carácter relativo dos conceitos fica, finalmente, comprovado do prisma inverso: o dos reflexos que a constitucionalidade ou a inconstitucionalidade de normas imediatamente infraconstitucionais têm sobre a legalidade e a constitucionalidade de normas secundárias.

Tomando como campo de observação as relações entre norma constitucional, norma legal e norma regulamentar e discernindo regulamentos de execução e regulamentos autónomos, várias hipóteses se nos deparam:

1.0) A norma legal é constitucional, a norma regulamentar é legal - eis a hipótese normal, de harmonia com os princípios.

2.0) A norma legal é constitucional, a norma regulamentar ilegal - é hipótese que também não levanta problemas.

3.0) A norma legal é inconstitucional, a norma regulamentar legal.

Em virtude da sua acessoriedade da lei, o regulamento não poderá subsistir, mesmo que não contrarie preceito algum da Constituição. Mas não poderá ser impugnado a não ser na medida em que a lei o puder ser (1), pois atacax o regulamento equivale a atacar a lei. Tudo está, portanto, em a inconstitucionalidade da lei ser susceptível de apreciação jurisdicional, já que, declarada ela, o regulamento fica sem base em que se apoiar - a menos que possa ser convertido em regulamento autónomo, o que não será viável na generalidade dos casos.

4.0) A norma legal é inconstitucional, a norma regulamentar ilegal.

Poderiam sugerir-se duas sub-hipóteses, em atenção à eventual conformidade ou desconformidade da norma regulamentar com a Constituição e concluir-se que no caso de o regulamento ilegal ser constitucional, a sua constitucionalidade o salvaria de destruição, por afinal, a inconstitucionalidade da lei o levar a depender directamente da Constituição.

(1) Assim já, FEZAS VITAL, jurisprudência crítica, in Boletim da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra, ano vi, 1920-192 1, pág. 603, e A preciaçjo contenciosa dos regulamentos, in Revista de Legislação o de jurisprudência, ano 57.0, 1924-1925, pág. 242.

Deve, porém, replicar-se, em lógica jurídica pelo menos, que o ordenamento não admite saltos na hierarquia; que uma norma de grau superior não pode consumir a força de fundamento de validade desempenhada por uma norma de grau intermédio relativamente a uma norma de grau inferior; e que, em Direito positivo português, o princípio da legalidade dos regulamentos não se compadece com a pretensa constitucionalidade de um regulamento ilegal, seja qual for o seu conteúdo.

Diversamente se coloca o problema a respeito dos regulamentos ditos autónomos em que já não é possível indicar certa e determinada lei que venham executar e em que, portanto, a mediação entre eles e a Constituição só pode decorrer da ordem legislativa no seu conjunto.

Tudo depende aqui da concretização ou latitude das diversas leis a que mais ou menos proximamente se reporta o regulamento, por um lado, e, por outro lado, de estarem a competência ou a forma do regulamento previstos na Constituição ou nas leis. Poderá suceder que o regulamento não contrarie frontalmente nenhuma disposição legal, nem que tais leis sejam inconstitucionais, e que, no entanto, vá ofender alguma norma constitucional material; poderá o regulamento provir de órgão ao qual a Constituição não atribua competência regulamentária ou a que não a atribua em dada matéria ou ser elaborado sem observância dos trâmites processuais constitucionalmente requeridos; poderá, enfim, versar sobre assunto objecto de reserva de lei (1) (2).

0 que se diz das relações entre lei e regulamento, pode, noutros níveis, ser aplicável mutatis mulandis às relações, por um lado, entre lei geral da República e decreto legislativo regional -e, por outro 1,qdo, entre lei e acto adnúffistrativo.

(1) Cfr. 3URQUEs GUEDES, Direito Administrativo, lições policopiadas, Lisboa, 1957-1958, págs. 381-382; DiAs 3URQUES, op. cit., págs. 249-250.

(2) Assim, um decreto regulamentar (autónomo) que crie impostos viola não só uma norma de reserva de lei (art. 106.0, n.o 1) e uma norma orgânica (art. 168.0, n.o 1, alínea i» como ainda, directa ou indirectamente, uma norma constitucional material (art. 106.0, n.o 3).

82. Laconstitucionalidade e hierarquia

I - Falámos em disposição hierarquizada da ordem juridica. Importa sucintamente esclarecer, até por causa de equívoco.-, frequentes, qual o seu sentido e quais as suas implicações sobre a inconstitucionalidade (e sobre ilegalidade).

0 que deva entender-se por hieraxquia constitui dificuldade grave. Se a doutrina dominante admite, pelo menos, a necessidade de hierarquizar os actos normativos, muito continua a discutir-se acerca do correcto significado que possui. A Escola de Viena realça o conceito, aludindo, como se sabe, a uma estrutura escalonada da ordem jurídica ligada à criação do Direito poi graus. Outras correntes consideram-no insuficiente para explicar a dinâmica jurídica e fazem apelo também a outros conceitos. Não cabe evideintemente aqui entrar nesta complexa problemática (1), embora se deseje evitar a repetição de afirmações empíricas.

(1) Além de KELSEN, Teoria Pura, cit., ii, págs. 62 e segs., v.. entre outros, ROGER BONNARD, La théorie de Ia formation du droit par dwís dans 1'oeuvro d'Adolf Merhl, in Revue du droit public, 1928, págs. 668 e segs.; CARRÉ DE IVIA.LBERG, Confro-ntation de Ia théorie de Ia formation du droit par degrés, Paris, 1933; blARCEL WALINE, Observations sur Ia gradation dos -normes juridiques établie par M. Carré de Malberg, in Revue da droit ~Hc, 1934, págs. 522 e segs.; GUIDO ZANOBiNi, Gerarchia e parità tra k fonti, in Studi in onore di Santi Romano, obra colectiva, Pádua, 1939, 1, págs. 589 e segs.; CARLO DI MAjo, Norme costituzionale o gerarchia delle fonti del Diritto, in Studi im onore di Ernesto Euta, obra colectiva, Milão, 1957, i, págs. 373 e segs.; V. CIRISA]FULLI, Gerarchia o competenza ~I sistema constituzionak delk fonti, in Rivista Trimestrak di Diritto Pubblico, 1960, págs. 775 e segs.; ENZO CHELI, Potere regolamentare o strutura costituzionale, Milão, 1967, págs. 193 e segs.; GiusFPPE MUSACCHIA, Gerarchia e teoria deue -normo sulja produrione ~dica -nel, sistema costituzi~ delze fonti, in Rivista Trimesbule di Diritia Pubblico,, 1960, págs. 172 e segs.; F. MODUGNO, Op. Cit,, I, Pág5. 135 e segs.; ANToNio RuGwiu, Normo o tt?cniche costituzi&nali suua produzione giurid" in Poli~ka dd Dirifta, 1987, págs. 175 e segs.; ALPoNso RUIZ-MIGUEL, El P~ cipio de jerarquia normativa, in Revista Espa-Rola do Darwlw Constituc"a4 n.o 24, Set.-Dez. de 1988, págs. 135 e ~.; ALF-~Dxo PrzzoR~, Cultura e politica nella produzione ed applicazione M dirkto, ia Quadffni Costituzi~i, 1990, págs. 83 e segs.

Escassas são as tentativas de elaboração entre nós.: F~ VRTAL, Hierarquia das Fontes de Direito, in Revista da 0~ dos Advogados, 1943.

Como quer que seja, não é preciso entronizar as teses da Teoria Pura para reconhecer que as fontes e as normas se distribuem por níveis bastante diversos. Apesar de só no século xx disso se ter

tomado perfeita consciência, a supremacia da Constituição decorre da sua função no ordenamento e os actos que lhe ficam imediatamente subordinados não podem deixar de ter força superior aos que por ela não são regulados. Tal como as normas sobre produção jurídica hão-de prevalecer sobre as normas de produção jurídica ou os actos normativos sobre os actos concretos (e individuais) que regem, as leis sobre os regulamentos e os actos jurisdicionais ou os actos de função política sobre os actos da função administrativa, ete. E, aceite o primado do Direito internacional, também os actos internacionais (v.g., tratados) têm preferência sobie os actos de Direito interno (v. g., leis).

Nó entanto, a hierarquia não tem valor por si, exprime coerência intra e intersistemática, liga-se a ordenação explícita ou implícita de instituições, funções, órgãos e formas no sistema. Por isso, deve ser vista basicamente como «regra construtiva» e postulado de lógica formal mais ou menos arquitectado sobre o Direito positivo e dependente de dados variáveis em cada país e momento('). Por isso, não há inconstitucionalidade ou ilegabdade só por ela não ser acatada, nem o problema de invalidade dos actos jurídicos-públicos se reconduz à sua violação.

II -Em primeilo lugar, a inconstitucionalidade ou a ilegalidade do acto desconforme com a norma de grau superior não deriv,-t -;implesmente da preterição da hierarquia. Deriva (na

págs. 12 e segs.; JOSÉ H. SARAivA, Lições de Introdução ao Direito, cit., págs. 338 e segs.; J. DIAS AURQUES, Introdução..., cit., págs. 329 e segs.; AiFoNso QUEIR6, Lições .... cit., págs. 513 e segs., e A Hierarquia das normas de Direito administrativo, in Boletim da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra, 1982, págs. 775 e segs.; SÉRVULO CORREIA, Noçoes de Direito Administrativo, Lisboa, 1982, pág. 91; GomEs CANOTILHO, Direito Constitucional, cit., págs. 17 e segs.; OLIVEIRA ASCENSÃO, 0 Direito, cit., págs. 547 e segs.

(1) 0 que não quer dizer que possam ser acolhidas quaisquer formulações de Direito positivo sem crítica (v. g., as que se encontram nos arts. 1.0 e 3.o do Código Civil português).

linha de que atrás se disse) de o acto regido por ceria norma (de regra, mas não sempre, situada noutro escalão hierárquico) a vir transgredir e de um ordenamento coerente consigo mesmo não poder conciliar-se com esse facto, ainda que de comportamento do Estado se trate. A hierarquia nesta perspectiva - disposição de pedras no sistema ou resultante da distribuição de valor, jurídico por ele - não é, nem deixa de ser susceptível de violação (1).

Somente há que considerar inconstitucionalidade ou ileg"dade quando o princípio hierárquico se traduza em normas especificas, cuja necessidade tenha sido sentida pelo legislador constituinte ou ordinário: as regras há momento indicadas de sujeição das leis regionais às !eis gerais da República, dos regulamentos às leis ou de regulamentos locais aos regulamentos das autarquias, de grau superior ou das autoridades com poder tutelar (2). Mas, para além de se tratar de inconstitucionalidade indirecta (só por si, insista-se, irrelevante), a eficácia das regras é, sobretudo, declarativa e impeditiva (impeditiva de que outras normas de hierarquia inferior estabeleçam o contrário) (3).

(1) Cfr. MIGUEL GALvÃo TELES, Eficácia..., Cit., págs. 104-105, nota; RUI 3&ACHETE, Contencioso administrativo, loc. cit., pág. 782, nota.

(2) Cfr. o art. 54.o do Código Administrativo de 1940.

(3) Cfr., diferentemente, acórdão n.o 304185 do Tribunal Constitucional, de 11 de Dezembro de 1985, in Diário da República, n.o 83, de 10 de Abril de 1986.

Escreve-se aí que ao entendimento contrário ao conhecimento da

inconstitucionalidade indirecta pelo Tribunal Constitucional «subjaz a ideia de que há normas da Constituição mais constitucionais do que outras: de um lado, as normas da lei fundamental definidoras do grau hierárquico das fontes de direito, cuja inconstitucionalidade envolveria inconstitucionalidade indirecta e de que o Tribunal Constitucional não teria que curar; e, de outro lado, as demais normas da lei fundamental, cuja violação, por importar inconstitucionalidade directa, seria já do conhecimento do mesmo tribunal» (pág. 3373).

Não se trata disso. 0 que sustentamos é que a violação da regra hierárquica ou de outra regra de subordinação só ocorre quando o acto hierarquicamente inferior ofende o superior ou o acto subordinado contradiz o acto subordinante; e que, portanto, é esta contradição que releva e que, antes de mais, tem de ser detectada e apreciada. A inconstitucionalidade (indirecta) toma-se então como que consequencial relativamente à ilegalidade.

Hipótese diferente dá-se quando, num mesmo acto, se cumulam

III - Em segundo lugar, seria profundamente errónec> supor qua qualquer acto juridica-público só seria inválido quando ofendesse uma norma de grau superior. Muito pelo contrario: pode certo acto, posterior a outro, em vez de o revogar ou derrogar, dever ter-se 1) i),r inválido, ineficaz ou irregular, por ser dele disc,repante.

Ás leis de valor reforçado a que há pouco aludimos líga-se uma posição de proeminência funcional - não hierárquica relativamente a outros actos legislativos, a qual se traduz numa especifica força formal negativa - na impossibilidade de serem afectadas, por leis posteriores que não sejam dotadas da mesma função, com afastamento do princípio lex posterior .... E, se essa proeminência decorre, no tocante às relações de vinculação especial, de um intuito de divisã(> de tarefas e de racionalização do sistema legislativo, já no tocante àb relações de vinculação geral prossegue outrossim objectivos materiais próprios (o equilíbrio orçamental, ou a defesa da autonomia das regiões ou a preservação de certos institutos)('). Não se vislumbra um sentido de preferência hierárquica.

A noção de Constituição, flexível merece igualmente ser chamada à colação. Para nós (esclareça-se ou sublinhe-se, de novo), ela é hierarquicamente superior à lei, porquanto constitui a ordem jurídica e contém a base da autoridade do Estado (2). Mas a opinião talvez prevalecente pronuncia-se em moldes diversos; e, no entanto, tem de reconhecer casos tanto de inconstitucionali4ade orgânica e formal quanto de inconstitucionalidade material. Basta. pensar numa lei não aprovada pelo Parlamento, ou que subverta os pnncípios do regime e da forma do goveino: ou, eventual-

ince=tituci~da,de~ (agora directa) e ilegalidade.. Aqui - e não temos nada a objectar, no plano da economia processual - o Tribunal Constitucional tem considerado que se deve conhecer, em primeiro lugar, da inconstitucíx>nahdade, ficando, prejudicado Q conheciment(> ~da ilegalidade~ pelo menos em regra, qmndo se julgue procedt-nte a inconstitucionalidade (v., por último,, acórdão n~.0 280190, de 23 de Gatubro de 1990, in D~, da República, l~.& s~A,. n-.!a- 1, de., 2 de janeiro de 1991,).

F~es, õrgão~s e, A~..., cit.,, pág. 290.

(2) Cir. C~ibuto..., cit,, págs. 39 e ~.

mente, que abra um desvio a uma regra geral, sem que haja intenção ou causa de modificação constitucional ~).

A natureza dos regimentos das assembleias políticas está longe de ser pacífica (2). Seja ela qual for, se as próptias assembleias podem modificar as normas regimentais quando lhes aprouver, não podem dispensar-se de as cumprir enquanto estiverem em vigor. Quando o Parlamento vota uma lei ou uma resolução, o objecto da deliberação é

o projecto ou a proposta e não o regimento; essa deliberação tem de se fazer nos termos que este prescreve e não pode revestir o sentido de modificação «tácita» ou implícita das suas regras. E coisa semelhante se diga a respeito da acção legislativa do Governo, o qual também não pode e--<imir-se de observar as normas que a regulam, apesar de poderem provir da sua lavra (art. 201.0, n.o 2).

0 principio que aqui se projecta para além do princípio hierárquico é sempre o de que o órgão que pode modificax a lei sob que vive deve, pelo menos, fazê-lo específica e directamente. Doutro modo, frustrar-se-ia a missão ordenadora do Direito e comprometer-se-ia a própria ideia de institucionafização jurídica do poder.

83. Os diferentes tipos e juízos de inconstitucionalidade

1 - A inconstitucionalidade não é um vício, embora em concreto resulte de um vício que inquina o comportamento de qualquer órgão de poder. Não redunda, desde logo, em invalidade, embora a determine ou possa determinar. Nem é um valor jurídico negativo, embora a invalidade constitucional acarrete nulidades constitucionais.

(1) Cfr. WILLIAM R. ANsoN, Loi et Pratique Constitutionmelks de l'Angleterre, trad., Paris, 1905, 1, pág. 42; SANTI ROMANO, Ossertrazzioni Preliminari per uma teoria sui limiti della funzione legislativa mel Diritto Italiano, in Scritti Minori, i, págs. 179 e segs.; 0. HOOD PHILLIps, The Constitutional Law of Great Britain and the Commonw~h, Londres, 1952, pág. 50; nossas Notas para uma Introduçao ao Direito Constitucional Comparado, cit., pág. 72.

(2) Cfr. Funç6es, órgdos e Actos..., cit., págs. 107 e segs., e autores citados.

Paia ser apreendida em todas as dimensões e manifestações que reveste, importa recortar vários tipos de inconstitucionalidade (ou, doutro prisma, de juízos de inconstitucionalidade): inconstitucionalidade por acção e por omissão; inconstitucionalidade total e paxcial; inconstitucionalidade material e formal ou formal e orgânica; inconstitucionalidade originária e superveniente; inconstitucionalidade presente e pretérita; inconstitucionalidade antecedente e consequente.

II-A inconstitucionalidade por acção (a categoria mais importante e a que tem sido alvo de tratamento jurídico mais aprofundado) é a inconstitucionalidade positiva, a que se traduz na prática, de acto jurídico-público que, por qualquer dos seus elementos, infringe a Constituição. A inconstitucionalidade por omissão é a inconstitucionalidade negativa, a que resulta da inércia ou'do silêncio de qualquer órgão de poder, o qual deixa de praticar em certo tempo o acto exigido pela Constituição.

Melhor compreenderemos a inconstitucionalidade por omissão à face do respectivo regime de fiscalização.

III-A inconstitucionalidade díz-se total ou parcial, consoante afecta todo um acto ou apenas uma sua parte, seja esta uma norma em face do conjunto das normas de um diploma ou parte de uma norma e não toda a norma (quando possa proceder-se a tal decomposição e operar-se depois uma redução ou uma conversão). Marúfesta-se aqui um plincipio de conservação dos actos jurídicos, não fundamentalmente dive~:so do que preside à interpretação conforme à Constituição(').

0 preceito legal sujeito ao juizo de inconstitucionalidade pode ser dividido em tantos segmentos normativos ideais quantos aqueles que sejam relevantes de acordo com o ponto de vista adoptado pelo órgão de fiscalização (2).

(1) V. na doutrina portuguesa, efr. MIGUEL GALvÃo TELES,

Direito Constitucional..., cit., pág. 89; DuRÃo BARROSO, 0 recurso para a Comissio Constitucional, in Estudos sobro a Constituiçjo, iii, pág. 709; GomEs CANOTILIlo, Direito Constitucional, cit., págs. 737 e 819-820.
(2)Assim, acórdão n.o 143185 do Tribunal Constitucional, de 30

A distinção pode também reportar-se ao tempo de aplicação da norma, sendo total então a inconstitucionalidade que a atinge em todo o tempo de vigência e parcial a que atinge apenas em determinado, limitado tempo(').

Quanto à inconstitucionalidade por omissão, é total aquela que consiste na falta absoluta de medidas legislativas ou outras que dêem cumprimento a uma norma constitucional ou a um dever prescrito por norma constitucional e parcial aquela que consiste na falta de cumprimento do comando constitucional quanto a alguns dos seus aspectos ou dos seus destinatários.

IV-A inconstitucionalídade material reporta-se ao conteúdo, a inconstitucionalidade formal à forma do acto jurídico-público (porque a distinção recai dentro da inconstitucionalidade por acção).

Se todo o acto jurídico possui um conteúdo e uma forma, um sentido e uma manifestação (2), e se o acto jurídico-público se destina a atingir o fim previsto pela norma e nasce, de ordinário, mediante um processo, ele tanto pode ser inconstitucional (ou ilegal) por o seu sentido volitivo divergir do sentido da norma como pode sê-lo por deficiência de formação e exteriorização; e, se num acto normativo a norma como que parece desprender-se do acto que a gerou, tanto pode ser esta norma ilegítima como ilegítimo o acto em Si (3) (4).

de julho de 1985, in Didrio da República,

1.a série, de 3 de Setembro de 1985.

Cfr., entre outros, o acórdão n. o 4 15 da Comissão Constituciona4 - de 18 de Agosto de 1981, in apêndice ao Didrio da República, de 18 de janeiro de 1983.

(1) No acórdão n.o 297, de 4 de Novembro de 1986 (Didrio da República, 1.a série, n.o 269, de 29 de Novembro de 1986), o Tribunal Constitucional declarou inconstitucionais certas normas legais por violação do art. 170.o da Constituição, na medida em que aplicáveis no ano económico em curso, mas não para o futuro.

(2) Para maior desenvolvimento, v., por exemplo, ZANOBINT, CorsO di Diritto Amministrativo, i, 6.a ed., Milão, 1952, reimpressão, págs. 225 e SCGS., OU MANUEL DE ANDRADF-, Teoria Geral da Relaçdo jurídica, ii, Coimbra, 1964, reimpressão, págs. 47 e segs. e 141 e segs. Cfr. Funç6es, órgdos e Actos..., cit., pág. 137.

(3) 0 que não é pouco relevante: a validade do acto tem de ser

Noutra perspectiva atende-se preferentemente à norma of endida e qualifica-se então a inconstitucional~dade de material, quando é ofendida uma norma constitucional de fundo, de orgânica, quando se trata de noima de competência, e de forma, quando se atinge uma norma de fonna ou de processo (1).

Não é apenas a inconstitucionalidade material que pode ser total ou parcial, também a inconstitucionalidade orgânica e a formal. Se é certo que estas afectam o acto em si, não menos seguro é que, afectando-o, vão projectar-se no seu resultado, designadamente na norma que seja seu conteúdo (por exemplo, há inconstitucionalidade orgânica parcial se um acto provém de um órgão que não poderia decretar algumas das normas nele contidas).

V -A' separação entre ínconstitucionalidade origindria e supetiveniente concerne, como sabemos, o diverso momento de edição das normas constitucionais. Se na vigência de certa norma constitucional se emite um acto (ou um comportamento omissivo) que a viola, dá-se inconstitucionalidade originária. Se uma nova norma constitucional surge e dispõe em contrário de uma lei ou de outro acto precedente, dá-se inconstitucionalidade superverúente (que é só inconstitucionalidade material, pelos motivos acima indicados).

referida ao tempo da sua elaboração, a validade da norma tem de ser vista em cada momento que durar a sua vigência. Cfr. supra.

(4) Sobre o juízo de inconstitucionalidade, v., no que toca à norma constitucional, Contributo .... cit., págs. 237 e segs., e no que respeita ao acto normativo, M. S. GIANNINI, Alcuni caratteri della giurdisdizione di legittimità delle -normo, cit., loc. cit., págs. 513 e segs., ou A. M. SANDULLI, Illegitimità delle leggi e rapporti giuridici, in Stato Sociale, ano x, n.o 2, Fevereiro de 1966, págs. 95 e segs.

(1) Uma norma constitucional, não uma norma regimental - necessariamente. Cfr. GUSTAVO ZAGREBELSKY, op. cit., págs. 36 e segs.; ou o acórdão do Tribunal Constitucional federal alemão de 11 de junho de 1987, in Boletim de jurisprudência Constitucional, n.o 74, junho de 1987, págs. 717 e segs.

VI-A dicotomía inconstitucionalidade Presente - inconstilucionalidade pretérita apresenta-se sob duas feições:

a) Inconstitucionalidade presente ou actual como inconstitucionalidade perante norma constitucional em vigor e inconstitucionalidade pretérita ou póstuma como inconstitucionalidade. perante norma que já não se encontra em vigor;

b) Inconstitucionalidade presente como inconstitucionalidade de norma infraconstitucional em vigor e inconstitucionalidade pretérita como inconstitucionalidade de norma infraconstitucíonal que j à não se encontra em vigor (por ter sido revogada ou ter caducado).

Sobre a primeira contraposição, já nos pronunciámos, sustentando que só procede relativamente a revisão constitucional, não relativamente a emergência de nova Constituição.

A segunda distinção não levanta quaisquer dúvidas. 0 Tribunal Constilucional português (e, antes, a Comissão Constitucional, tal como os de outros países) tem muitas vezes conhecido da inconstitucionahdade de normas legais já não em vigor, por haver utilidade nesse conhecimento - derivada da regra de eficácia retroactiva, ex tunc, de eventual declaxação de inconstitucionalidade e da circunstância de, mesmo depois do seu período de vigência, as normas poderem continuar a produzir efeitos jurídicos (1).

VII - A inconstitucionalidade, por último, apresenta-se antecedente ou consequente do prisma do seu apuramento. A inconstitucionalidade antecedente (contraposta à consequente) vem a ser a que se divisa através de um juizo de inconstitucionahdade levado a cabo a título específico ou principal ou que resulta, directa e imediatamente, do confronto de um acto ou comportamento com a Constituição. A inconstitucionalidade consequente vem a ser a que decorre como corolário desse juizo ou a que inquina certo acto por inquinar outro acto de que ele depende.

A ínconstitucionalidade c(>nsequente pode ser de norma de um

(1) Cfr. infra.

acto ou diploma relativamente a outra norma que dele conste ou de um acto relativamente a outro em que tenha o seu fundamento de validade (v. g., a inconstitucionalidade de um regulamento ou acto administrativo consequente da inconstitucionalidade da respectiva lei) (1).

84. Inconstitucionalidade material e inconstitucionalidade formal e orgânica

I - Díscute-se sobre se a inconstitucionalídade (ou a ilegalidade) material tem prioridade sobre a formal ou se, ao invés, a esta não acaba necessariamente por se reconduzir aquela. E conhecem-se os pressupostos doutrinais e as implicações dogmáticas e práticas de uma e outra teses, quer em Direito constitucional quer em Direito administrativo. A questão, no fundo, reside no modo ' de interpretar -material ou formalmentea estrutura da ordem jurídica e em atribuir a cada acto um fundamento material ou formal.

Tendo que escolher, cremos que a precedência lógica e ontológica tem de pertencer aos elementos substanciais. Outra não pode ser a maneira de encarar a função da norma jurídica, cujos valores penetram e se inserem no comportamento humano, sem se limitarem aos seus aspectos formais e exteriores. Outra, sobretudo, não pode ser a função das normas constitucionais e legais, das quais depende a juridicidade (isto é, a própria essência) dos actos do poder público (2).

Para KELSEN, um acto vale por ser regular o seu processo de criação (ou seja, conforme à norma que, por isso, lhe é superior), e não por causa do seu conteúdo. A lei ordinária de conteúdo

contrário à Constituição deixaria de ser inconstitucional se fosse votada como lei constitucional (1). Não é essa a posição a que aderimos, porque nos parece que as relações entre graus no ordenamento exprimem uma diferenciação de funções a que se procura dar - mas complementarmente - forma adequada. A supremacia da Constituição é uma supremacia mater~al; a Constituição não é Constituição por ser obra de um poder constituinte; é o poder constituinte que é poder constituinte por fazer a Constituição. Por seu lado, a lei, que encontra na norma constitucional limites que não pode exceder, fornece ao mesmo tempo sentido e substância à acção administrativa.

II - Como quer que se pense, impõe-se distinguir, pelo menos quando o Direito positivo discrimine tipos de inconstitucionalidade e ilegalidade ou tipos de vícios, sujeitando-os a regimes dissemelhantes (2). E, sendo assim, os conceitos a definir, em termos de exegese ou dogmática, têm de atender à relevância que a Constituição e a lei lhes confiram; não pode, a pretexto de pureza conceítual, ser prestada menos atenção àquilo que uma e outra estabeleçam.

A Constituição de 1911 não fazia acepção de espécies (3). já a Constituição de 1933 subtraía ao conhecimento dos tribunais a constitucionalidade dos diplomas dos órgãos de soberania quanto à entidade de que dimanavam ou à forma de elaboração (art. 122.0) ou a inconstitucionalidade orgânica e formal dos

(1) Cfr. FRANCESCO NOVARESE, L'illegittimità costituzionale deyivata, in Rivista Trimestrale de Diritto Pubblico, 1970, págs. 1160 e segs.; FULVIO FENUCCI, Giurídicato implicito ed impliciti effetti della dichiarazione di illegíttimità costituzionale delle leggi sugli atti amministrativi, in Giurisprudenza Costituzionale, 1981, págs. 1989 e segs.

(2) A esta luz, qualquer inconstitucionalidade ou ilegalidade,

em última análise, tem mesmo carácter material. Consiste na não realização daquilo que a Constituição ou a lei permitem ou exigem, no incumprimento do que prescrevem, na frustração da vontade ou do pensamento do legislador constituinte ou ordinário.

(1) La Garantie .... cit., págs. 5 e segs., maxime 10; e ainda, entre outros, CHARLF-s EISENMANN, Op. Cit., págs. 12 e segs.; AGOSTINO ORIGONE, Costituzionalità, in Nuovo Digesto Italiano, iv, 1938, pág. 381; e, até certo ponto, SALVATORE BARTHOLINI, La Promulgazione, Milão, 1955, págs. 373 e segs. Cfr., criticamente, entre nós, J. H. SARAIVA, A crise do Direito, cit., págs. 69 e segs.

(2) Sem esquecer (sublinhe-se, de novo) que a inconstitucionalidade superveniente apenas pode ser inconstitucionalidade material.

(3) Mas havia quem sustentasse que o art. 63.o não compreendia os vícios na formaçjo do acto legislativo, apesar de os tribunais deverem conhecer dos vícios quanto à existência da lei: FEZAS VITAL, jUriSprudência crítica, in Boletim da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra, ano vi, págs. 587 e segs. Diversamente, MAGALHÃES COLAÇO, Ensaio..., cit., págs. 101 e segs.

diplomas promulgados (art. 123.o desde 1935) e também dos tratados (após 1971). E a Constituição de 1976, no seu texto il)icial, sem diminuir o âmbito de competência dos tribunais quanto a todas as manifestações de inconstitucionalidade, dispunha que a inconstitucionalidade orgânica ou formal de convenções intemacionais-não impedia a aplicação das suas nortnas na ordem interna portuguesa, salvo se a impedisse na ordem interna da outra ou das outras partes (art. 280.0, n.o 3); e também preceituava que o Conselho da Revolução poderia declarar a inconstitucionalidade com força obrigatória geral de uma norma se a Comissão Constitucional a tivesse julgado inconstitucional em três casos concretos ou, num só, tratando-se de inconstitucionalidade orgânica ou formal (art. 281.0, n.O 2). Após a revisão constitucional de 1982, apenas se manteria a relevância do primeiro aspecto, embora noutros termos (art. 277.0, n.o 2, actual).

Na prática do Tribunal Constitucional observa-se, no entanto, tendência para dar prioridade à inconstitucionalidade orgânica e formal em detrimento da material: não raras vezes quando são arguidas uma e outra, o Tribunal não conhece da inconstitucionabdade material, por achar que, através da apreciação da orgânica e formal, se alcança o efeito útil e normal dos recursos('). É uma postura, quanto a nós, criticável, por assim se enfraquecer a plena gaxantia da Constituiçao.

III - Afigura-se que existem dois vícios quanto ao conteúdo dos actos legislativos (em paralelo com os vícios dos actos administrativos): violação de lei constitucional e desvio de poder legislativo - aquela patenteada através da pura e simples contradição de comandos, este mediante a pesquisa do fim da norma e do fim do acto, aquela consistindo na contradição entre o objecto e o sentido do acto e a norma constitucional, este na contradição entre o seu fim (havendo discricionariedade do legislador) e o fim ou interesse constitucionalmente assumido.

Como escrevia já FFZAS VITAL, o desvio de poder não é vício privativo dos actos praticados por agentes administrativos. 0 Parlamento,

(1) V., por todos, acórdão n.o 244190, de 4 de julho de 1990, in Didrio da República, 2.a série, n.o 18, de 22 de janeiro de 1991.

órgão legislativo por excelência, pode também exceder os seus poderes, usando das faculdades que a Constituição lhe confere na realização de fins diversos dos que a mesma Constituição tinha em vista ao conceder-lhe a competência. Os actos jurídicos não podem apreciax-se desligando-os do fim que os determinou, sejam ou não actos do Parlamento (1) (2).

Deve evitar-se, no entanto, uma transposição mecânica de conceitos do Direito administrativo para o Direito constitucional, porquanto a relação entre a lei e a Constituição não pode assimilar-se à relação entre acto administrativo e lei; daí, alguma resistência de parte da doutrina a aceita-lo.

Mesmo considerando que a administração não se reduz a meia actividade executiva da lei, ninguém contesta a muito maior margem de liberdade de que goza o legislador, sem comparação com a discricionariedade administrativa. Esta liberdade é liber-

(1) Da responsabilidade do Estado no exercício da funçdo legislativa, in Boletim da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra, ano li, 1916, n.o 20, págs. 515-516,

(2) Para estudo desenvolvido, cfr. M. S. GiANNiNi, L'illegittimità degli atti normativi .... cit., loc. cit., págs. 41 e segs.; Livio PALADIN, Osservazioni .... cit., loc. cit., págs. 997 e segs.; GiusEPPE AI3BAMONTE, IllegitiMità costituzionalo ed eccesso di potere, in Studi i-n memoria di Guido Zamobini, obra colectiva, Milão, 1965, 111, págs. 3 C SCGS.; "STANTINO MORTATI, Leggi-provvedimento, Milão, 1968, págs. 244 e segs.; FRANco MODUGNO, Op. Cit., li, págs. 145 e segs.; GIANCARLO ROCCA ' Riforma .... cit., loc. cit., págs. 127 e segs.; VEZIO CRISAFULLI, Lezioni di Diritto Costituzionale, li, Pádua, 1976, págs. 330 e segs.; ALAIN BOCKF-L, Le pouvoir discrétionnaire du législateur, in Itinéraires - Études en 1'honneur de Ldon Hamon, obra colectiva, Paris, 1982, págs. 43 e segs., maxime 55-56; GomF-s CANOTILHO, Constituiçdo dirigente .... cit., págs. 259 e segs., e Direito Constitucional, cit., págs. 739 e SCGS.; JORGE RODRIGUEZ-ZAPATA Y PEREZ, Desviación de poder y discrecionalidad del legislador, in Revista de Administración Publica, n.m 100-102, vol. 1, 1983, págs. 1527 e segs.; ALESSANDRO PIZZORUSSO, Le contrôle de Ia Cour Constitutionnelle sur l'usage par le législateur de son pouvoir d'appréciation discrétiom-naire, in A nnuaire International de justice Constitutionnelk, 1986, págs. 35 e segs.; ROBERTO BiN, op. cit., págs. 263 e segs.; GILMAR FERREIRA MENDES, op. cit., págs. 38 e segs.; Y~AVIER PHiLippE, Le contrôlde proportionnalitd deux les jurisprudences constitutíonnelle et administrativo françaises, Aix-Marselha, 1990.

V. ainda acórdão n.(> 35184 do Tribunal Constitucional, de 4 de Abril de 1984, in Didrio da República, 2.a série, n.o 126, de 31 de Maio de 1984.

dade de iniciativa (de feitura originária da lei, de modificação e de revogação) e liberdade de conformação ou de determinação de conteúdo (') . E ela deriva da própria estrutura das normas constitucionais - relativamente pouco densas, pelo menos no domínio da Constituição social (2) ; da necessária abertura de muitas a diferentes concretizações (3); enfim, da legitimidade política imediata detida pelo legislador, ao contrário do que sucede com os órgãos administrativos.

Feita esta advertência, insista-se na adstrição da lei ordinária aos fins, aos valores e aos critérios da Constituição. Nenhuma lei, seja qual for a matéria de que se ocupe, pode deixar de ser conforme com esses fins. Parafraseando um Autor, dir-se-á que a liberdade de conformação do legislador, a sua discricionariedade, começa onde acaba a interpretação que lhe cabe fazer das normas constitucionais (4).

Por sua banda, os órgaos de fiscalização da constitucionalidade

devem raciocinar não tanto com base em juizos lógico-foimais quanto em juízos valorativos, procurando soluções constitucionalmente adequadas; e há-de ser através destes juízos, descendo ao fundo das coisas e não se contentando com quaisquer aparências, que os órgãos de fiscalização devem apreciar a constitucionalidade das leis concretizadoras de normas constitucionaás programáticas ou, por exemplo, das que contendam com os princípios da igualdade e da proporcionalidade e com os limites e restrições a direitos fundamentais (5).

(1) Cfr., por todos, as perspectivas de HESSE, Op. Cit., PágS. 17 e segs., e de GomEs CANOTILHO, A concretização da Constituição pelo legislador e pelo Tribunal Constitucional, in Nos Dez Amos da Constituição, págs. 347 e segs., maxime 364 e segs.

(2) Há quem fale até numa #vocação ascética de intemporalidade)) das normas constitucionais (VIEIRA DE ANDRADE, Os direitos fundamentais..., cit., pág. 265).

(8) Cfr. supra.

(4) ANDRÉ GONÇALVES PEREIRA, Erro o ilegalidade .... cit., pág. 217.

(5) É o mesmo tipo de raciocínio que se tem de fazer para se averiguar se um decreto-lei autorizado respeita ou não o sentido assinado na lei de autorização legislativa ao abrigo da qual foi emitido (art. 168.0, n.O 2, da Constituição) e, porventura, para saber se um decreto-lei de desenvolvi-

li-

Nunca estara em causa, aqui como em quaisquer outras áreas, apreciar a oportunidade política desta ou daquela lei. Nem a interpretação das realidades de facto. Estará ou poderá estar em causa a correspondência (ou não descorrespondência) de fins, a harmorúzação (ou não desarmonização) de valores, a inserção (ou não desinserção) nos critérios constitucionais (1) (2).

IV - Há ainda quem sustente que o juízo de constitucionalidade não pode deixar de compreender o recurso à razoabilidade (3); quem acrescente, portanto, à disfunção teleológica uma disfunçao lógica revelada através da contradição interna da lei ou da inadequação do seu conteúdo com o seu fim; quem proponha, para lá do princípio da proporcionalidade ~), um princípio de coerência das normas.

É, porém, bastante duvidosa esta doutrina pelos riscos em que incorre de transformar o juízo de constitucionalidade em juízo de mérito em que se valora se a lei cumpre bem ou mal os fins por ela própria estabelecidos (5). Se a razoabilidade não for

mento respeita a correspondente lei de bases (arts. 201.0, n.o 1, alínea c), e 115.0, n.o 2).

(1) Como escreve GomEs CANOTILHO, Constituição dirigente .... cit., págs. 262 e 263), os princípios juridico-constitucionais afirmam-se positivamente como determinantes heterónomos comandando a satisfação dos fins constitucionais através dos actos legislativos. A legitimidade substancial das leis não dispensa a averiguação dos pressupostos justificativos, dos motivos primários invocados e dos resultados obtidos, como elementos vinculados da validade das normas legais.

(2) Sob pena de se expropriar a função ordenadora da Constituição, degradando-a a mero sistema de normas orgânicas (como dissemos em Inviotabilidade de domicílio, cit., loc. cit., pág. 415).

(3) Assim CARLO LAVAGNA, Ragionevolezza e legittimità costituzionale, in Studi im memoria di Carlo Esposito, obra colectiva, rir, Pádua, 1973, págs. 1573 e segs., que analisa o juízo de razoabilidade em quatro momentos: de correspondência, de finalidade, de pertinência e de congruência.

(4) Sobre a proporcionalidade, v. Manual.... iv, págs. 274 e 275, e autores citados.

(r» GOMES CANOTILHO, Direito Constitucional, cit., pág. 741. Cfr. ANGEL CARRASCO PERERA, El «juicio de razoabilidad» en Ia justicia constitu-

uma razoabilidade ditada pela ratio Constitutionis, mas uma razoabilidade imanente da lei, o problema só poderá ser um problema de interpretação, e não de garantia da constitucionalidade da lei.

. V - Por seu turno, a inconstitucionalidade formal (ou a inconstítucionalidade orgânica e formal) apresenta-se sob várias faces:

- umas vezes tem dimensão meramente processual ou técnica;

- outras vezes repercute-se na vida individual e na dinâmica política - é bem o caso da violação da reserva de competência legislativa da Assembleia da República (arts. 164.0, 167.o e 168.0);

- outras vezes, ainda, convola-se em inconstitucionalidade material - é o caso, por exemplo, de impostos criados pelo Governo sem autorização legislativa, com ofensa do direito fundamental dos cidadãos de não pagarem impostos que não tenham sido estabelecidos em harmonia com a Constituição (art. 106.0, n.o 3) (1) (2) ou de decretos legislativos regionais que não respeitem os limites aos poderes das regiões autónomas ou vedações do

cional, in Revista Espaítola de Derecho Constitucional, Maio-Agosto de 1984, págs. 39 e segs.

(1) Assim, TEixF-iRA RIBEIRO, Os Princípios constitucionais da fiscalidade portuguesa, cit., loc. cit., pág. 11; PESSOA JORGE, Poderão os impostos ser criados por decreto-lei?, Lisboa, 1968, págs. 19 e segs.; CARDOSO DA COSTA, Curso de Direito Fiscal, 2.a ed., Coimbra, 1972, págs. 180 e segs.; declaração de voto do vogal AmÂNcio FERREIRA no atrás citado acórdão n.o 211 da Comissão Constitucional. Contra, insistindo em inconstitucionalidade formal (que determina, contudo, inexistência), MIGUEL GALvÃo TELES, Eficdcia, cit., pág. 215, nota.

(2) No entanto, essa inconstitucionalidade material só pode valer na vigência da mesma Constituição, não na sucessão de duas Constituições: exactamente por ter na sua raiz um vício de forma (como na hipótese de impostos criados por regulamento antes da Constituição vigente). Neste sentido, acórdão n.o 446, de 6 de Maio de 1982, da Comissão Constitucional, in apêndice ao Didrio da República, de 18 de janeiro de 1983, ou acórdão n.O 313/85, do Tribunal Constitucional, de 18 de Dezembro de 1985, in Didrio da República, 2.a série, n.o 85, de 12 de Abril de 1986. Cfr. supra.

art. 230.o (1), ou~ porventura, de leis dimanadas de órgãos de soberaiúa aplicaveis apenas numa região sobre matérias não reservadas, de interesse específico desta (arts. 115.0, n.o 3, e 229.o, n.o 1, alínea a)).

§ 2.o

A garantia da constitucionalidade em geral

85. Norma jurídica e garantia

1 - Não é a gaxantia, antes a virtualidade de garantia que integra o conceito de norma jurídica. Pode aquela faltar, não ser admitida, ou não conseguir agir que, nem por isso, deixa de ser jurídica a norma; a sua obrigatoriedade não advém disso.

É à efect,ividade da norma que se liga a gaxantia, e a

virtualidade que qualquer norma tem de a receber assenta na necessidade de observância (ou de um grau satisfatório de observância) sem o qual não tem razão de ser. Pois que a norma por natureza pode não ser cumprida, por natureza pode (ou deve) ser garantida.

A garantia tem de estar de fora da norma, porquanto ela é de alguma norma, não a própria norma garantida. Representa-se como algo de acessório, que se acrescenta, que reforça a norma, que lhe imprime um poder ou um alcance maior. Consistindo num acto ou num conjunto de actos ou de actividades, em faculdades de fazer ou de exigir, numa função (consoante os prismas que se adoptem), a garantia traduz-se num mecanismo ao serviço da norma jurídica.

Mas, considerada em si mesma, garantia implica necessariamente norma jurídica: primo, porque ela não existe senão em conexão com certa e determinada norma (ou certo e determinado complexo de normas) a que tem de se adequar; secundo, porque qualquer garantia (ou melhor, qualquer meio de garantia - político ou jurisdicional, contencioso ou gracioso) não tem realidade senão enquanto, por seu turno, prevista numa norma jurídica.

(1) Cfr. o parecer n.o 1179, de 16 de janeiro de 1979, da Comissão Constitucional, in Pareceres, vii, págs. 145 e segs.

Ou seja: o conteúdo e o sentido de uma norma não se garantem de per si, garantem-se através do conteúdo e do sentido de outra ou outras normas. Donde, normas jurídicas garantidas e normas jurídica de garan tia (estas ainda susceptíveis de ser garantidas), dispostas lado a lado e, embora nem sempre da mesma fonte ou do mesmo escalão, todas sujeitas a interpretação sistemática.

Garantia postula coordenação de normas.

II - 0 que assim se diz aphca-se de pleno às normas constitucíonais e à sua garantia. As normas constitucionais substantivas, passíveis de serem infringidas por acção ou por omissão do poder político, são acompanhados por normas constitucionais adjectivas (1). À inconstitucionalidade correspodde garantia da constitucionalidade (2).

(1) Normas adjectivas a qualificar de materialmente constitucionais,

ainda que formalmente possam não o ser.

(2) Cfr. JELLINEK, op. cit., págs. 591 e segs.; M. HAURIOU, Op. Cit., págs. 266 e segs.; KELSEN, La Garantio..., cit., e La Giustizia Costituzionale, trad., Milão, 1981; C. SCHMITT, Teoria..., cit., págs. 131 e segs., e Der Hüter der Verfassung, trad. castelhana La Defensa de Ia Constítución, Barcelona, 1931; JOSÉ CARLOS MOREIRA, Fiscalização judicial da Constituiçdo, cit., loc. cit., págs. 1 e segs. e 354 e segs.; GiusFPPF- CHIARELLI, Appunti sulle Garanzie Costituzionali, in Studi in onore di Emilio Crosa, obra colectiva, Milão, 1960, 1, págs. 527 e segs.; SALVATORE ROMANO, L'ordinamento giuridíco ed i/ sistema positivo della giurisdiziono im generale e della giurisdizione costituzionalo in particolare, Milão, 1961; EUGENF- RoSTOw, The Sovereign Prerogative, New Havem e Londres, 1962; GiusEPPE FERRARI, Guarentigie Costituzionali, in Enciclopedia del Diritto, viii, págs. 44 e segs.; OTTO BACHOF, jueces y Constitución, trad., Madrid, 1963; THEMISTOCLEs BRANDÃO CAVALcANTi, Do controle da constitucionalidade, Rio de janeiro, 1966; JORGE MIRANDA, Contributo .... cit., págs. 209 e segs.; GEORGEs BURDEAU, Traité..., cit., iv, págs. 365 e segs.; PABLO LucAs VERDU, Garantias constitucionales, in Nueva Enciclopedia juridica, x, 1976, págs. 541 e segs.; GUSTAVO ZAGREBELSKY, La giustizia costituzionate, Bolonha, 1977; PHILIP BOBI3IT, CONStitutional Fate-Theary of the Constitution, Nova Iorque-Oxónia, 1982; GomEs CANOTILHO, Direito Constitucional, cit., págs.

693 e segs.; KLAus STERN, op. cit., págs. 370 e segs.

86. Garantia da constitucionalidade e garantia da Constituição

I - A garantia da constitucíonalidade, tal como a inconstitucionalidade, afere-se perante cada comportamento de órgãos do poder político ou, mediatamente, perante cada relação ou situação da vida subordinada à Constituição; e significa que nesta relação ou situação prevalece a norma constitucional que sobre ela incide, e não qualquer outra norma ou decisão do poder.

Porém, a garantia da constitucionalidade reverte em garantia da Constituição como um todo. Se, como salientámos, inconstitucionalidade relevante pressupõe violação directa e específica de uma norma constitucional, não menos seguro é que os seus efeitos e as suas repercussões, maiores ou menores, se projectam no contexto global da Constituição. E, assim sendo, a garantia da constitucionalidade também aí se há-de recortar. Do cumprimento ou incumprimento das normas constitucionais - em qualquer caso, avulso - depende a integridade ou não da Lei Fundamental.

Passando de considerações teóricas gerais para o exame do Direito positivo, torna-se ainda mais evidente esta verificação. Não há meio de garantia, nem sistema de garantia no ordenamento jurídico de qualquer Estado à margem das concepções gerais que o enformam e comandam. Não há garantia da constitucionalidade desprendida da respectiva Constituição - formal e material - ou incongruente com os seus princípios.

II - Entretanto, da ~,arun.fia da cmstiti~cionalidade como garantia da efectividade de normas constitucionais (de todas e de cada uma delas) importa distinguir as garantias da Constituição no seu conjunto ou deste ou daquele instituto em que consistem as formas de defesa da Constituição, por um lado, e as sanções constitucionais, por outra banda.

Como formas de defesa ou garantia preventivas refiram-se, entre outras, o juramento de titulares de cargos públicos, a vedação de associações ou partidos contrários à Constituição, o estado de excepção ou de necessidade e regras de organização adequadas na vigência deste estado: em Portugal, hoje, o juramento do Presidente da República (arts. 130.0, n.o 2, e 123.0), a proibição

de organizações de ideologia fascista (art. 46.0, n.o 4) (1), o estado de sítio e o estado de emergência (art. 19.0) e a proibição de dissolução do Parlamento e de revisão constitucional em estado de sítio ou em estado de emergência (axts. 175.0, n.os 1 e 2, e 289.0). E delas podem aproximar-se a proibição de partidos regionais (art. 51.0, n.o 4) e as incompatibilidades de titulares de cargos políticos (arts. 120.0, n.o 2, e 157.0) (2).

As sanções constitucionais ou garantias repressivas atingem os titulares de órgãos do poder pela prática de actos ilícitos ou, pelo menos, inconstitucionais ou ilegais, no exercício das suas funções: responsabilidade civil e criminal em geral (art. 120.0, n.o 1), perda do cargo de Presidente da República por ausência do território nacional (art. 132.0, n.o 3), perda do mandato de Deputado nos casos previstos na Constituição (axt. 163.0, n.o 1), dissolução dos órgãos das regiões autónomas por prática de actos contrários à Constituição (art. 236.0), dissolução dos órgãos das autarquias locais por acções ou omissões ilegais graves (art. 243.0, n.o 3) (3).

87. Garantia e fisc~o

I - A garantia em geral de uma norma jurídica pode ser operada através de meios individuais, inorgânicos ou não instituci onais: os direitos de garantia da área privatística (os mais estudados dos

quais são os direitos reais de garantia) disso dão exemplo; e, no Direito público, ao longo dos séculos, o direito de petição e o direito de resistência. Mas, a par ou para além deles, suprindo as suas deficiências e progressivamente subalteriúzando-os, há meios institucionais cada vez mais desenvolvidos.

0 problema particular da garantia constitucional reside em que ela se dirige à subordinação de comportamentos prove-

(1) Sobre o assunto, v. vol. iv deste Manual..., págs. 277 e segs. Cfr., na Alemanha, a proibição de partidos contrários à ordem constitucional democrática e liberal (art. 21.0, n.o 2, da Constituição de]3ona).

(2) Recorde-se ainda, no domínio da Constituição de 1933, entre 1951 e 1959, a apreciação da idoneidade política dos candidatos à Presidência da República pelo Conselho de Estado (art. 84.0, alínea a)).

(3) Sobre o conceito de sanções constitucionais, cfr. Cont-ributo.... cit., pág. 211, nota, e LUIGI VEN-ruRA, Le Sanzioni Costituzionali, Milão, 1981.

níentes de órgãos do poder à Constituição. papel dos cidadãos a necessária adeouacão

Sem menosprezar o de meios a este fim

impõe que sejam outros órgãos a levar a cabo a função de garantia e o Estado constitucional será tanto mais Estado de Direito quanto mais forte e aperfeiçoada vier a ser a acção duns órgãos relativamente a outros.

Contra o poder só o poder ~), em último termo, consegue prevalecer. Logo, a garantia constitucional implica não apenas coordenação de normas mas também coordenação de órgãos (2).

II - Quando a garantia se exerce através de meios institucíonais, assume a forma de fiscalização.

Contudo, o conceito de fiscalização surge em Direito constitucional ora aproximando-se, ora afastando-se do conceito de garantia. A garantia é mais que a fiscalização, assim como a fiscalização existe para mais do que para a garantia. Pode haver uma fiscalização ao serviço da garantia - é a fiscalização da constitucionalidade (para empregar a expressão correctamente consagrada no título i da parte iv da Constituição portuguesa). Pode haver uma fiscalização independente da garantia - assim, a fiscalização de um órgão sobre outro, em especial quando os seus titulares são perante ele responsáveis (como é a do Presidente da República e a da Assembleia da República, aliás em moldes diferentes, relativamente ao Governo, nos termos do art. 193.0). Ali, a fiscalização releva de normas adjectivas, aqui de normas substantivas (3).

A garantia de uma norma comporta qualquer meio habilitado a conferir-lhe efectividade ou maior efectividade. A fiscalização é um meio institucionalizado, um sistema, um aparelho orgânico ou um processo criados a título mais ou menos específico para tal fim. A garantia é um fim mais que um meio, a fiscalização

Parafraseando MoNTEsQulEu.

0 que permitirá ainda enfrentar a clássica pergunta quis eustodiet custodes?

(3) A meio caminho entre fiscalização política e fiscalização-garantia encontra-se talvez o poder do Presidente da República de demitir o Governo

#quando tal se torne necessário para assegurar o regular

funcionamento das instituições democráticas* (art. 198.0, n.o 2).

um meio, e nunca um fim em si; a garantia é um resultado (hipotético ou almejado), a fiscalização reside, antes de mais, numa actividade (1).

III - A fiscalização da constitucionalidade reveste diversas modalidades. Fomos encontrando-as na digressão comparativa e histórica que fizemos no volume i. Cabe agora examiná-las conjuntamente.

Há grandes contraposições a enunciar. Respeitam ao objecto da fiscalização, aos órgãos, ao tempo, às circunstâncias, aos interesses relevantes no processo e à forma processual. E, enquanto que as três primeiras ligam-se a opções do Direito constitucional substantivo, a terceira e a quarta relevam de pleno do Direito constitucional adjectivo. Assim como se impõem interrelações visto que este ou aquele tipo de fiscalização postula ou exclui outro (2).

88. Critérios substantivos de fiscalização

I - A fiscalização da constitucionalidade define-se, em primeiro lugar, pelo objecto sobre que incide - pelo tipo de comportamento, positivo ou negativo, sujeito a apreciação no confronto da Constituição ou (quando se trate de inconstitucionalidade por acção) pelos elementos ou vícios do aci o de que se cura.

(1) Sobre fiscalização em geral, cfr. ViNcF-Nzo RODOLFO CASULLI, Controllo, in Novissimo Digesto Italiano, iv, págs. 728 e segs.; SERIO GALEoTTi, Introduzione alla teoria dei controlli costituzionali, Müão, 1963, maximo págs. 93 e segs. e 133 e segs.; K. LoEwBNsTEiN, Teoria .... cit., págs. 29 e segs. e 68 e segs.; M. S. GiAxNiNi, Controllo: nozioni o problemi, in Rivista Trimestrale di Diritto Pubblico, 1974, págs. 1263 e segs.; AUNUEL ARAGÓN, El control como elemento i-nseparable del concepto de Constitución, in Revista Espaúola de Derecho Constitucional, 1987, págs. 15 e segs.

(2) Sobre as formas ou os tipos de fiscalização da constitucionalidade, v., por exemplo, KELSEN, La Garantie .... págs. 16 e segs.; JORGE MIRANDA, Contributo..., cit., págs. 253 e segs.; MAURO CAPPELLETTI, Il COntrollo .... cit., págs. 1 e segs.; 3URCELLO CAETANO, Direito Constitucional, i, cit., págs. 403 e segs.; MARCELO REBELO DE SOUSA, Direito Constitucio-nal-I, cit., págs. 373 e segs.; GomEs CANOTILHO, Direito Constitucional, cit., págs. 702 e segs.

Por conseguinte, fiscalização de actos ou s6 de normas, fiscalização de diplomas na sua globabilidade ou de normas uma a uma, fiscalização de inconstitucionalidade material, orgânica e formal ou fiscalização só de inconstitucionalidade material, de inconstitucionalidade orgânica ou de inconstitucionalidade formal.

II - Quanto aos 6rgãos (ou sujeitos) da fiscalização, há que apontar três grandes classificações: fiscalização por órgãos comuns e por órgãos especiais; fiscalização por órgãos políticos e por órgãos jurisdicionais ou, eventualmente, por órgãos políticos, por órgãos jurisdicionais e por órgãos administrativos; fiscalização difusa e concentrada.

Na fiscalização por órgãos comuns, são órgãos que se definem por competências diversas das de garantia ou, não especificamente, de garantia (o Parlamento, os tribunais comuns, judiciais ou administrativos, porventura o Rei ou o Presidente da República) que recebem também competências de fiscalização da constitucionalidade.

Na fiscalização por órgãos especiais, são órgãos ex Professo criadas para isso (jurias, con-iissões, tribunais constitucionais), ainda que, muitas vezes, com competências complementares.

A fiscalização é política, jurisdicional ou, eventualmente, também administrativa, consoante efectuada por órgãos, políticos, por tribunais e por órgãos administrativos - quer dizer, por órgãos correspondentes às três funções fundamentais do Estado, os quais possuem formas próprias de intervir e se orientam segundo critérios bem diferenciados (1).

A fiscalização difusa é a que compete a uma pluralidade de órgãos dispersos, a fiscalização concentrada a que compete a um só órgão (ou, eventualmente, a um número muito reduzido de órgãos, v. g., os supremos tribunais das ordens de jurisdição existentes). Na primeira, o poder de apreciar a inconstitucionalidade distribui-se por todos esses órgãos. Na segunda, fica sendo competência específica de algum ou alguns órgãos.

A fiscalização difusa dá-se quando todos os tribunais (ou todos os tribunais judiciais ou todos os tribunais comuns) recebem o

(11) Cfr. Funç6es, õrgdos e Actos..., cit., págs. 19 e segs.

poder de conhecimento da inconstitucíonalidade. No entanto, teoricamente nada impede que seja exercida por órgãos não jurisdicionaís: pode, assim, perguntar-se se os órgãos de Administraçao, em certas condições, não deverão também a ela ser chamados. A fiscalização concentrada, essa pode ser confiada quer a um órgão juris,dicional quer a um órgão político.

A fiscalização jurisdicional pode, por conseguinte, tanto ser difusa como concentrada; a fiscalização política é (ou tende a ser) sempre concentrada; a fiscalização administrativa (a existir) é sempre difusa.

III - Quanto ao tempo ou à sua relação com a fonnação dos comportamentos ou dos actos, a fiscalização ora aparece como preventiva ora aparece como sucessiva.

É preventiva a que se exerce antes de concluído o processo de formação ou antes do momento de consumação da obrigatoriedade ou, eventualmente, da executoriedade do acto. É sucessiva a que se exerce sobre comportamentos ou actos já perfeitos e eficazes. Quando se trate de actos norinativos, o ponto de separação paxece ser a publicação, e não a entrada em vigor das normas ~).

IV - Quanto às circunstâncias ou ao modo como se manifesta, a fiscalização vem a ser ou concreta ou abstracta.

É fiscalização concreta a que surge a propósito da aplicação de normas ou de quaisquer actos (ou conteúdos de actos) a casos concretos, trate-se de solução de lides ou de providências administrativas ou outras providências. É fiscalização abstracta ou em tese a que se dirige aos comportamentos dos órgãos do poder público ou às normas, em si, por aquilo que significam na ordem jurídica, independentemente da sua incidência em quaisquer relações ou situações da vida.

A fiscalização concreta redunda em garantia da constitucionalídade no espaço comunitário quotidiano. A fiscalização abstracta insere-se no equilíbrio global dos órgãos do Estado -e pode ser entendida como expressão qualificada de um Ponvoir d'empécher.

(11) Cfr. infra.

89. Critérios processuais de fiscalização

I - Em razão dos interesses subjacentes à fiscalização, determinantes da iniciativa do respectivo processo, a fiscalização pode ser subjectiva ou objectiva(').

Diz-se subjectiva, quando se prende a um interesse directo e pessoal de alguém, quando tem por causa ou por ocasião a repercussão da ofensa da Lei Fundamental nas esferas jurídicas de certas e determinadas pessoas, quando a ofensa da Constituição se repercute em lesão ou ameaça de lesão de direitos ou interesses destas pessoas. Diz-se objectiva, quando, à margem de tal ou tal interesse, tem em vista a preservação ou a restauração da constitucionalidade objectiva, quando o que avulta é a constante conformidade dos comportamentos, dos actos e das normas com as regras constitucionais.

Fiscalização subjectiva não equivale, todavia, à existência de qualquer direito subjectivo à constitucionalidade (tal como não há qualquer direito subjectivo à legalidade). Em si mesma, esta é, por definição, objectiva. De que se trata é tão-só de uma particular relevância dos direitos e interesses dos cidadãos e de, por. meio dela, se abrir caminho à garantia da constitucionalidade (2).

De resto, deve frisax-se que há sempre uma face subjectivista e uma face objectivista em toda a fiscalização. Acontece é que cada sistema propende para certo sentido, realça mais uma face sem realçar a outra, estrutura-se com o centro ou nos direitos ou posições constitucionais dos sujeitos ou na constitucíonalidade como valor em si ~).

II - No plano do objecto do Processo (do objecto do processo de fiscalização, nwxime, do jurisdicional), a fiscalização pode ser incidental ou principal.

Apresent,a-se como mcidental a fiscalização ínserida em pro-

(1) À semelhança do que acontece, como se sabe, no contencioso administrativo.

(2) V. Contributo.... cit., págs. 274 e segs.

(3) Cfr. AUSSIMO VILLONE, Interessi costituzionali protetti o giudizio sulie leggi. Logiche e politiche della Corte Costituzional, Milão, 1974.

cesso que converge para outro resultado que não a garantia da Constituição; e nele a inconstitucionalidade é questão prejudicial ou seja, questão de Direito substantivo de que depende a decisão final a tomar no processo (1). Diz-se principal a fiscalização em que a garantia é o fim principal ou único e a inconstitucionalidade, elevada a questão principal, o objecto do processo.

Observe-se que uma coisa é falar em questão prejudicial, outra coisa - noutro plano - falar em incidente de inconstitucionalidade. A questão de inconstitucionalidade não é uma questão incidental ou de Direito processual, é uma questão prejudicial ou de de Direito constitucional substantivo; mas é suscitada incidentalmente em processo que tem por objecto uma questão diferente (2) (3).

III - Pode ser também distinta a forma Processual: há fiscalização por via de excepção e fiscalização por via de acção.

A excepção é uma iniciativa enxertada num processo já em curso, seja um meio de defesa indirecta propiciado ao réu (ou ao autor reconvinto) para obter a improcedência do pedido (ou da reconvenção), seja um instrumento ao dispor do Ministério Público (4), a acção latissímo sensu é a tradução processual do direito ou do poder de desencadear um processo com vista a determinado fim (5).

Para Ia desta distinção, fica o conhecimento oficioso da inconstitucionalidade pelo juiz.

Na generalidade dos casos, a fiscalização incidental corres-

(1) Cfr., por -codos, MIGUEL TF-IXEIRA DE SOUSA,

Prejudicialidade o limites objectivos do caso julgado. in Revista de Direito e Estudos Sociais, 1977, págs. 304 e seg., maxíme 306.

(2) Cfr. arts. 96.o e 97.c> do Código de Processo Civil.

(8) Cfr. L~UURO CAPPELLETTI, La pregiudizialità costituzionale mel Processo civilo, Milão, 1957; JORGE MIRANDA, Contributo .... págs. 257 e segs.; VEZIO CRISAFULLI, In tema di instaurazione dei giudizi incidentali di costuzionalità deite leggi, in Studi im memoria de Carlo Esposito, iv, págs. 2790 e segs.; GIROLANO MONTELEONE, Gi-udizio incidentale suíte leggi e giurisdizione, Pádua, 1984, págs. 1 e segs.

(4) Cfr., por todos, EDUARDO COUTURE, Introd-uçjo ao Estudo do Processo Civil, trad., lisboa, 1952, págs. 25 e segs., e Contributo .... cit., págs. 260 e segs.

(3) Cfr., por todos, JOÃO DE CASTRO MENDES, 0 direito de acçdo judicial, Iisboa, 1959.

ponde a fiscalização por via de excepção, e a principal a fiscalização por via de acção. Mas não necessariamente sempre.

Com efeito, pode haver fiscalização incidental desencadeada por acção: é possível alguém dirigir-se a tribunal, invocando um direito fundamental seu, e sustentar o seu pedido na inconstitucionalidade da norma legislativa e no princípio geral da tutela jurisdicional de direitos (arts. 20.o e 268.0, n.o 5, da Constituição).

De todo o modo, nesta I-iipótese, a questão principal é a rel~Ltiva ao direito constitucionalmente garantido e a questão prejudícial a relativa à inconstitucionalidade da norma legislativa - assim como a decisão do tribunal no sentido da inconstitucionalidade só produz efeitos na causa, no caso concreto. 0 juiz limita-se a declarar o direito invocado, aplicando a norma constitucional, a qual prevalece sobre a norma infraconstitucional.

IV - A excepção carrega-se sobretudo de uma intenção subjectivista, mas é de sentido objectivista quando provenha do Ministério Público.

A acção de inconstitucionalidade tanto pode ser de sentido subjectivo como de sentido objectivo. É subjectiva a acção stricto sensu, a acção directa para defesa ou para realização de um direito ou interesse constitucionalmente protegido das pessoas(), como sucede no amparo espanhol e de outros países hispânicos, na Verfassungsbeschwerde dos Direitos germânicos e em figuras anãIogas (2). É objectiva a acção Popular ou acção que é proposta por qualquer cidadão para garantia da constitucíonalidade ~), e

(1) Cfr. o art. 2.o do Código de Processo Civil.

(2) Cfr., por exemplo, FERNANDO BERMUDF-Z, La Procéduro l'Amparo contro los A ctes et les Lois contraires à ta Constitution du Méxique, Paris, 1914; 3UURO CAPPELLETTI, La giurisdizione costituzionale delta libertà, reimpressão, Milão, 1976; GARCIA Ruiz, El recurso de amparo e-n el derecho espa,gol, Madrid, 1980; MICHEAL SINGER, The Constitutional Court of the German Federal Republic: juridiction over individual complaints, in The International and Comparativo Law Review, 1982, págs. 331 e segs.; ADELB ANZON, Il ricorso individualo di costituzio-nalità in Germania Federate, Austria o Spagna, in Politica dei Diritto, 1989.

(3) Cfr. ROBIN DE ANDRADE, A acçdo popular no Direito Administrativo Português, Coimbra, 1967; JOSÉ AFONSO DA SiLvA, Acçio popular constitwional - Doutrina e processo, São Paulo, 1968.

ainda a acçjo Pública ou acção promovida por um órgão do Estado ou por entidade assimilada para o efeito.

A legitimidade - relação necessária entre a titularidade do

direito processual e a titularidade de um direito ou interesse substantivo a prosseguir - molda-se, conforme os casos, em termos completamente diferentes.

Por último, o conhecimento ex officio da inconstitucionalidade não pode deixar de assumir carácter objectivo.

V-Suscitada a questão de inconstitucíonalidade por qualquer das formas indicadas, há que a decidir.

Na fiscalização incidental, existem, a esse respeito, dois regimes possíveis: ou o tribunal decide a questão segundo o processamento geral da causa ou, em certos sistemas, verificada a sua pertinência, envia-a (faz subir em separado o incidente) ao órgão, político ou jurisdicional, que seja considerado competente para a decisão.

Quando compete ao tribunal da causa decidir, ainda outra disjuntiva se oferece no tocante a recursos: ou o recurso da decisão sobre a inconstitucionalidade segue os trâmites dos recursos ordinários ou segue uma tran-útação específica em tribunal ou outro órgão localizado fora do aparelho ou da ordem de tribunais em que se integra o tribunal a quo. E os recursos adquirem uma carga subjectivista ou objectivista, conforme as entidades legitimadas para recorrer (as partes ou o Ministério Público).

Diversamente, quando a questão de inconstitucionalidade é, desde logo, decidida por um órgão específico de fiscalização - seja a título incidental, seja a título principal -da sua decisão não cabe recurso para nenhuma outra instância.

90. Fiscalização difusa e fiscalização concentrada

I - A fiscalização dífusa é concreta, predominantemente subjectiva e incidental. A fiscalização concentrada é, de regra, abstracta, objectiva e principal.

Na fiscalização difusa, a inconstitucionalidade é apreciada por via de excepção (salvo o que há pouco se disse acerca da fis.calização incidental). Na fiscalização concentrada, por via de acção

ou de recurso. E pode haver enlace entre a,mbas, sendo a fisca~. lização difusa no suscitar da questão e concentrada na decisão.

Pela natureza das coisas, a decisão do tribunal em fiscalização difusa esgota-se no caso concreto e é sempre inter Partes. Já na fiscalização concentrada a decisão tanto pode ser de efeitos gerais, erga omnes, como (quando seja ainda concreta e subjectiva) i~ partes.

II -Mais do que um autor tem contestado a presença no conhecimento difuso de uma ideia ou função de garantia da constitucionalidade, reduzindo-a, por exemplo, ora a uma situação de neces,sidade perante um conflito de normas, ora a um pressuposto de actividade jurisdicional, ora a uma genérica tutela(').

Nunca perfilhámos tal postura negativista, até porque os sistemas jurídicos positivos, incluindo o português, demonstram a importância da atribuição aos tribunais do poder de apreciax e não aplicar normas inconstitucionais e como o seu aparecimento representa uma mudança qualitativa na história do Estado de Direito.

Não pode, contudo, deixar de se admitir que - independentemente das vantagens e dos inconvenientes, dos avanços e dos riscos que comporte - é apenas em fiscalização concentrada que a garantia avulta em plenitude e chega a recortar-se (como, não raro, se diz) como um verdadeiro poder do Estado a par dos demais poderes, com todos os problemas que isso acarreta. E isto ocorre ainda com maior nitidez quando a concentração se da em tribunal constitucional e este, em fiscalização abstracta, declara a inconstitucionalidade com força obrigatória geral.

Qual seja a natureza destas decisões do tribunal constitucional

é outrossim controvertido. KELSEN sustenta ser ela legislativa, pois anular uma lei seria ainda editar uma norma geral, editá-la com sinal negativo (2). A benefício de uma análise variável de

(1) São as teses, respectivamente, de SCHMITT, ESPOSITO e CRIARELLI, que examinámos em Contributo .... cit., págs. 214 e segs.

(2) La Garantie..., cit., págs. 28-29. Com esta explicação, julga também KELSEN afastar o risco de a justiça constitucional conduzir um órgão judicial a interferir em actos de um órgão legislativo: seriam ambos órgãos legislativos, o fiscalizado e o fiscalizador, só que o segundo com estatuto jurisdicional.

Cfr. entre outros, CARLO CERETI, Funzione legislativa o controllo di

ordenamento para ordenamento, não parece correcta essa qualificação: desde que o tribunal não possa conhecer de qualquer questão de inconstitucionalidade senão a requerimento de outra entidade (princípio do Pedido), desde que não possa modificax as suas decisões e desde que os seus titulares tenham o estatuto e gozem das garantias de independência dos juizes, deve reconhecer-se-lhe natureza jurisdicional.

III - Seja como for, o conhecimento da inconstitucionalidade em tribunal constitucional - por via de acção, por subida de questão suscitada noutro tribunal ou por recurso - exige uma organização e um processo peculiares a estabelecer pela Constituição e pela lei.

A um sistema de fiscalização por tribunal constitucional, corresponde, pois, um autêntico processo constitucional, com regras próprias; e daí aquilo a que pode chamar-se Direito Processual constitucional, a acrescentar ao Direito processual civil, ao Direito processual penal e ao Direito processual administrativo().

§ 3.0

Consequências da inconstitucionalidade

91. Inconstitucionalidade e valores jurídicos

I - Porque fundamento do poder político, a Constituição é o fundamento de validade, substancial e formal, de todos e de cada um dos actos dos seus órgãos, projecta-se sobre eles, determina, directa ou indirectamente, a sua subsistência (2) -eis o postu-

legittimità, in Studi ín o-nore di Emilio Crosa, obra colectiva, i, Mlão, 1960, págs. 495 e segs., ou IGNACIO DE OTTO, op. cit., pág. 286. E também a respeito do Conselho Constitucional francês há quem defenda a sua natureza legislativa: JEAN CHRISTOPRE BALAT, La nature juridique du contrôle de constitutionualité dos lois dans de cadro de l'articlo 61 de Ia Constitution de 1958, Paris, 1983.

(1) Sobre as concepções, processualística e constitucionalística, do Direito processual constitucional, v. JÕRG LUTHER, Idee e storie di Giustizia Costituzionale nell'ottocento, Turim, 1990, págs. 3 e segs.

(2) Sobre validade jurídica, cfr., por exemplo, FRANcEsco CARNE-

lado em que assentamos e que o art. 3.0, n.o 3, da Constituição portuguesa proclama (1).

Mas, se todos os actos de Direito interno inconstitucionais devem ter-se por inválidos, nem por isso se apresentam idênticos a posição e o alcance que obtêm na dinâmica jurídica. Condicionam-nos certos factores: os requisitos que as normas constitucionaás estabeleçam, o sentido e a função sistemática destas normas à luz da

Constituição material, a gravidade maior ou menor da infracção, as estruturas de garantia predispostas. Quer dizer:

valores jurí-

a invalidade compagina-se com uma pluralidade de dicos (negativos) (2) dos actos inconstitucionais.

Mais do que qualquer outro aspecto torna-se aqui patente como o juizo de inconstitucionalidade não se reduz a algo de lógico-formal ou süogístico; como, para além da subsunção, avulta a ponderação do acto frente à norma constitucional, bem como das relações e situações da vida que visa conformar. E tal juizo ainda mais complexo se recorta, quando recai sobre um acto normativo -então a noima, que é um dever ser ou um valor, é também objecto de um juizo de valor.

II -Tomando o acto (normativo ou não norinativo) em si mesmo, há diversos requisitos - correspondentes a pressupostos e a elementos (3) - que deve satisfazer para estar em

LUTTI, Teoria General del Derecho, trad. cast., Madrid, 1955, págs. 407 e segs.; ROGÉRIO SOARES, Interesse público..., cit., págs. 39 e 270 e segs.; Guy HÉRAUD, La validité juridique, in Méla-nges offeirts à jacques Maury, obra colectiva, ii, Paris, 1960, págs. 477 e segs.; KELSEN, Teoria Pura...

cit., i, págs. 18 e segs., e ii, págs. 149 e segs.; RUGGERO MENF-GHFLLI, Il problema dell'effectivivítà -nella teoria della validità giuridica, Pádua, 1964;

HERBERT HART, Op. Cit., PágS. 111 e segs.; TÉRCIO SAMPAio FERRAZ JÚNIOR, Legitimidade na Constituiçdo de 1988, cit., loc. cit., págs. 22 e 23.

(1) Sobre este preceito (primitivo art. 115.0), v. Didrio da Assembleia Constituinte, n.o 107, reunião de 3 de Fevereiro de 1976, págs. 3512 e segs.

(11) 0 conceito foi introduzido na ciência jurídica portuguesa por PAULO CUNHA.

Há também quem fale em desvalores jurídicos.

(3) Cfr., Funç6es, órgãos e Actos .... cit., págs. 139 e segs.

conformidade com a Lei Fundamental e, por conseguinte, para perdurar e produzir efeitos. já a eles nos referimos mais de uma vez.
Por via descendente são três essas categorias de requisitos:

a) Requisitos de qualificaçjo -requisitos de identificação ou.de recondução do acto a qualquer dos tipos constitucionais de acto (lei de revisão constitucional, lei, decreto-lei, decreto legislativo regional, referendo, etc.);

b) Requisitos de validade stricto sensu -requisitos de perfeição do acto ou de plena virtualidade de produção dos correspondentes efeitos jurídicos (ou, tratando-se de acto normativo, requisitos de plena integração da norma no ordenamento positivo);

c) Requisitos de regularidade - requisitos de adequação do acto a regras constitucionais, independentemente da produção dos seus efeitos.

Naturalmente, os requisitos de qualificação prevalecem sobre os demais: só cabe indagar dos requisitos de validade stricto sensu ou dos de regularidade depois de verificados os requisitos de qualificação. E, assim, a pleterição destes acarreta inexisténcia jurídica de acto (no mínimo, enquanto acto de certo tipo); a dos requisitos de validade invalidade stricto sensu; e a dos requisitos

de regularidade meia irregularidade.

Em região diversa, ficam os requisitos de ~ficácia ou requisitos de realização prática dos efeitos do acto, através de condições positivas que se ofereçam ou da superação de obstáculos. A validade é ainda uma susceptibilidade, a eficacia traduz-se já na ocorrência ieal e actual dos efeitos (e pode haver acto válido e ineficaz ou acto eficaz e inválido).

III - Entretanto, se se partir da norma constitucional para o acto que lhe está sujeito, encontram-se diferentes graus de apreciação ou de assimilação decorrentes quer da relevâdcia da norma constitucional quer dos meios e das formas processuais de defesa organizados.

Quanto mais próxima do cerne da Constituição material se situar a norma violada, mais forte será a reacção contra o acto inconstitucional. Quanto mais valioso for o seu conteúdo - seja um direito fundamental, seja um princípio de participação política,

de organização económica ou de interdependéncia de órgãos de soberania-menor valor será atribuído ao comportamento que lhe seja desconforme. Quanto mais intangível se almejar, menor protecção será dada aos eventuais efeitos que em concreto do acto tenham resultado.

0 destino do acto inconstitucíonal ou dos seus efeitos depende, por outro lado, do sistema de garantia: o agir sobre um ou sobre outros, destruindo-os ou, porventura, transigindo com eles não pode apreender-se à revelia dos regimes de fiscalização da constitucionalidade. São distintas as consequências - substantivas de inconstitucíonalidade consoante esses regimes.

Em fiscalização difusa, nenhum tribunal pode declarar a inconstitucionalidade com força obrigatória geral, ao contrário do que acontece em fiscalização concentrada. Em fiscalização difusa a não aplicação do acto (ou da norma) pressupõe a não conformação pelo acto (ou pela norma) da relação material sub judice, ao passo que em fiscalização concentrada mostra-se possível tanto a declaração com eficácia ex tunc (retroactiva) quanto a declaração com eficácia ex munc.

IV - Valores jurídicos da inconstitucionalidade, ou do acto inconstítucional (1), são, pois, os diferentes graus de apreciação da inconstitucionalidade pelo ordenamento ou, doutro ângulo, os diversos graus de assimilação jurídica do acto, tendo em conta os factores acabados de referenciar (2).

(1) 0 problema não se póe, obviamente, a respeito da inconstitucionalidade por omissão,

(2) V. P. LABAND, Le Droit Public de I'Empire A llemand, trad. franc., ri, Paris, 1901, págs. 321 e segs.; ROCHA SARAIVA, Construção jurídica do Estado, i, Coimbra, 1912, págs. 63 e segs.; GASTON JÉZF-, Les principos gén& raux du droits administratif, 9.a ed., Paris, 1925, págs. 68 e segs.; josFPH BARTRÉLEMY e PAUL DUEZ, Traité Élémentaire de Droit Constitutionml, Paris, 1926, págs. 273 e segs.; C. ESPOSITO, La Validità .... cit., págs. 231 e segs.; GARTANO AZZARITTI, I-nvalidità delta legge per motivi di forma o di sostanza, in Rivista Trimestralo di Diritto Pubblico, 1951, págs. 114 e segs.; ANDRÉ C SUZANNE TuNc, Lo Système Constitutionnei des États-Unis damérique, ri, Paris, 1954, págs. 294 e segs.; AUURO CAPPELLETTI, La pregiudizialità costituzionalo nei processo civik, cit., págs. 37 e segs. e 84 e segs., e Il controllo giudiziario della legge im diritto comparato, Müão, 1970,

0 conceito abrange a ínexisténcia jurídica, a ínvalídade e a irregularidade. Contudo, a invalidade desdobra-se classicamente em nulidade e anulabilidade, revestindo, não raro ainda, configurações

mistas, poliédricas ou atípicas; assim como nada impede que a Constituição venha a considerar feridos de inexistência jurídica actos que, embora perfaçam os requisitos de qualificação, ofendam, de modo muito nítido, normas constitucionais de importância mais elevada.

0 Direito positivo de cada país e de cada momento possui, porém, o seu quadro de valores jurídicos negativos e é no interior da respectiva Constituição que se tem de procurar o que significam.

V-Em termos muito perfunctórios, sem embargo de uma necessária localização e aproveitando, na medida do possível, a lição das ciências do Direito privado (1) e do Direito admiiústra-

págs. 105-106; ALMMDO BUZAID, Da acçcto directa de declaraçao da inconstitucionalidado no Direito brasileiro, São Paulo, 1958, págs. 128 e segs.; KF,LsF,N, Teoria Pura..., cit., ii, págs. 159 e segs.; FRANCO PIBRANDREI, Corte Costituzio-nale, Milão, 1962, págs. 898 e segs.; BIAGGIO DE GiovANNi, La muilità nella logica dd diritto, Nápoles, 1964; JORGE MIRANDA, Aspectos de uma teoria da inconstitucionalidadé, cit., págs. 210 e segs.; ERNST FRiEsENHANH, La giurisdiziono costituzionalo netia Repubblica Federate Tedesca, Mlão, 1965, págs. 76 e segs.; MIGUEL GALvÃo TELFS, Eficdcia de tratados .... cit., págs. 196 e segs., Direito Constitucional Português Vigente, cit., págs. 101 e segs., e Inconstitucionalidade pretérita, cit., loc. cit., págs. 310 e 326 e segs.; FFLICE DELFINO, La dichiarazione di illegittimità costituzionate delle leggi, Nápoles, 1970, págs. 101 e SegS.; I~URCELLO CAETANO, Direito Constitucional, cit., i, págs. 406 e 407; VEZIO CRISAFULLI, Lezioni..., ii, cit., págs. 349 e segs.; l~RCELo REBELO DE SOUSA, Direito Constitucional, cit., págs. 381 e 391 e segs., e 0 valor juridico .... cit., págs. 144 e segs.; VITALINO CANAS, Introduçdo .... cit., págs. 81 e segs.; GomEs CANOTILHO, Direito Constitucional, cit., págs. 728 e segs. e 815 e seg.; Rui MBDFIROS, Os valores jurídicos..., cit., loc. cit.; REGINA FFRRARI, Efeitos da declaraçdo de inconstitucionalidade, 2.a ed., São Paulo, 1990, págs. 82 e segs.

(1) Cfr., por todos, 1:~AúL VENTURA, Valor jurídico do casamento, Lisboa, 1951; PONTES DE MIRANDA, Tratado de Direito Privado, iv, 2.a ed., Rio de janeiro, 1954, págs. 8 e segs.; PAULO CUNHA, Teoria Geral da Relaçdo jurídica, ii, policopiada, Lisboa, 1959-1960, págs. 242 e segs.; Rui DU ALARcÃo, A confirmaçdo do negócio anuldvel, i, Coimbra, 1971, págs. 33 e segs.; OLIvEiRA ASCF-NSÃO, 0 Direito, cit., págs. 592 e segs.

tivo (1), os quatro valores jurídicos (negativos) enunciados distinguem-se pelo seguinte:

a) Inexistência jurídica - o acto inconstitucional não produz nenhuns efeitos desde a origem, sem necessidade de declaração por parte de qualquer órgão com competência específica, as autoridades públicas não o podem executar e os cidadãos não estão adstritos a acatá-lo;

b) Nulidade -o acto não produz efeitos desde a origem ou desde que o seu conteúdo colide com a noima constitucional, mas é necessária uma decisão, embora de natureza declarativa, pelo órgão de fiscalização;

c) Anulabilidade - o acto só deixa de produzir efeitos depois da decisão do órgão de fiscalização, a qual tem, portanto, natureza constitutiva; e pode ainda ser prevista a sanação do vício;

d) Irregularidade - a inconstitucionalidade não prejudica a produção de efeitos pelo acto, se bem que possa, lateralmente, trazer outras consequências (como responsabilidade política ou até sanções) (2).

92. Os valores jurídicos da inconstitucionalidade no Direito português

actual

I - A Constituição portuguesa fulmina de inexistência jurídica actos juridico-constitucionais a que faltem determinados requisitos: actos da Assembleia da República ou do Governo a

(1) Cfr., por todos, ROGÉRIO SOARES, Interesse público..., cit., págs. 259 e segs.; SURCELLO CAETANO, Manual de Direito Administrativo, i, 10.a ed.,
Lisboa, 1973, págs. 512 e segs.; FRE1TAS Do AMARAL, Direito Administra-
tivo, ii, policopiado, Lisboa, 1989, págs. 324 e segs.

(2) Observe-se que a doutrina portuguesa (como a de outros países) não coincide inteiramente no elenco dos valores jurídicos negativos da incons-

titucionalidade. Assim, GomEs CANOTILHO (Direito Constitucional, cit.,
págs. 733 e segs.) distingue nulidade - inexistência, nulidade, ineficácia e irregularidade; 3URCELo REBELO DE SOUSA (0 valor jurídico..., cit.,
págs. 155 e segs.) inexistência, invalidade, nulidade atípica, irregularidade e ineficácia; Rui MF-DEIROS (Os valores..., cit., loc. cit., págs. 496 e segs.)
anulabilidade, nulidade, ineficácia e irregularidade.

que faltem a promulgação ou a assinatura (1) e actos do Presidente da República a que falte a referenda ministerial (art. 143.0, n.o 2). É assim por considerar a promulgação, a assinatura presidencial e a referenda formalidades essenciais na perspectiva da interdependência dos órgãos de soberania (art. 114.0); elas não são simples requisitos de eficácia como a publicação (art. 122.0, n.o 2) (2); inserem-se, pelo contrário, ainda dentro dos processos complexos de formação daqueles actos (3).

De igual sorte, são juridicamente inexístentes o acto de dissolução de qualquer órgão colegial baseado no sufrágio directo sem ser marcada a data de novas eleições, a realizarem-se nos noventa dias subsequentes e pela lei eleitoral vigente ao tempo da dissolução (art. 116.0, n.o 2) e o decreto de dissolução da Assembleia da República nos seis meses posteriores à sua eleição, no último semestre do mandato do Presideitte da República ou na vigência de estado de sítio ou de estado de emergência (art. 175.0, n.o 2) - por estarem em causa agora não só a separação e a interdependência de órgãos do poder mas também o respeito de direitos, liberdades e garantias dos cidadãos.

Nem são estes os únicos casos de inexístência jurídica que importa reconhecer. Outros há decorrentes da não integração destes ou daqueles comportamentos em concreto em qualquer dos tipos normativos previstos na Constituição ou da total impossibilidade, pela natureza das coisas, de surtirem quaisquer efeitos ou de os produzirem no escopo aparentemente pretendido por quem aparece como seu autor. E não é sequer preciso que se apele para uma norma como a do art. 3.0, n.o 2, da Constituição de 1911, segundo a qual só obrigava a lei «promulgada nos termos da Cons-

(1) E o mesmo deve entender-se, por paridade de razão, relativamente a actos de assembleia legislativa regional ou de governo regional a que falte a assinatura do Mnistro da República (art. 235.0).

(2) Entre 1976 e 1982 cominava-se, porém, a inexistência para a falta de publicação (tal como no art. 81.0, n.o 9, da Constituição anterior). Cfr. supra.

(8) Contra: Rui l~ftDEIROS, Os valores jurídicos..., cit., Zoe. cit., págs. 537 e segs.

tituição»; a própria objectividade das situações impõe-ft por si mesma (1).

Além da inexistência jurídica da pretensa lei de revisão constitucional feita com preterição de qualquer dos requisitos de qualificação, podem acrescentar-se mais estas situações:

-incompetência absoluta (v. g., lei dimanada do Presidente da República ou nomeação de um Nlb:iistro pelo Provedor de justiça);

-não aprovação constitucional (lei ou resolução aprovada sem quorum ou não aprovada de acordo com a regra geral da maioria relativa do art. 119.0, n.o 3, ou, quando tal seja exigido, não aprovada pela maioria qualificada do art. 139.0, n.o 3, ou pela do art. 171.0. n.O 6) (2);

-em caso de veto por inconstitucionalidade, promulgação, assinatura ou ratificação com desrespeito do art. 279.0;

-invasão de espaço jurídico (v.g., decreto legislativo regional pretensamente aplicável fora da respectiva região autónoma).

II - Inversamente, detectam-se não poucas hipóteses de irregularidade, quer dizer, de infracções de normas constitucionais que, por virtude da conjugação ou da influência de outros interesses ou princípios constitucionais, não obstam à produção de efeitos, no todo ou em paxte, dos respectivos actos.

(1) Com maior ou menor amplitude, a doutrina, ao longo das três Constituições republicanas, tem, por isso, convergido na admisdbüidade desta inexistência jurídica por natureza (como, às vezes, se diz). V. SUGALHÃEs CoLAço, Ensaio .... cit., págs. 101 e segs., maximo 104-105 e 106; FEZAS VITAL, jurisprudência crítica, in Boletim da Faculdade de Direito do Universidade de Coimbra, ano 6.0, págs. 587 e segs.; AiroNgo QuEiltó, 0 wntrote da constitucionalidade das leis, ibidem, 1950, pág. 218; MIGUICL GALvíÇO TELES, Eficdcia .... cit., págs. 136-137, e Direito Constitucional PortugWs Vigente, Cit., Pág. 101; JORGE MIRANDA, Cigncia Política..., li, cit., pág. 520; Gomp-s CANOTILHO, Direito Constitucional, Cit., pág. 734; MARCELO REBELO DE SOUSA, 0 valor jurídico .... cit., págs. 164 e 3 13; Itui MEI)EIROS, Os valores jurídicos .... cit., Zoe. cit., págs. 528 e 529 (emb= falando em -nulidade).

(2) A inexistência jurídica tanto pode ser total como parcial; é parcial a que ocorre se de lei que vem a ser promulgada consta uma norma que não chegou a ser aprovada pelo órgão competente - conforme já aconteceu, ainda na vigência da Constituição de 1933 (v. Didrio das Sessões da Assembleia Nacional, 1971, n.o 98, págs. 1952-1953, e Lei n.o 6171, de 8 de Novembro).

A título não exaustivo apontem-se:

- Decreto-lei com conteúdo de acto administrativo (1);

- Lei sobre matérias não respeitantes especificamente a uma região autónoma sob proposta da sua assembleia legislativa regional (art. 170.0, n.o 1) (2);

- Lei sobre matérias das alíneas a) a f), h), n) e P) do art. 167.c> ou da alínea s) do n.o 1 do art. 168.o aprovada na especialidade em comissão (art. 171.0, n.o 4);

- Decreto-lei ou decreto de aprovação de convenção internacional não aprovado em Conselho de Mnistros (art. 203.0, n.o 1, alínea d»;

- Promulgação de lei orgânica antes de decorrido o prazo do a~t. 278.0, n.- 6 e 7;

- Promulgação ou assinatura para além dos prazos do art. 139.0, n.09 1, 2 e 4, e do art. 235.0, n.- 2, 3 e 4;

- Inconstitucionalidade orgânica ou formal de tratado internacional regularmente ratificado, <~uando as suas normas sejam aplicadas na ordem jurídica da outra parte e a inconstitucionalidade não resulte de violaçao de uma disposição fundamental (art. 277.0, n.o 2).

III -A inexistência jurídica e a irregularidade colocam-se nos pontos extremos dos valores jurídicos; são valores negativos quer de actos normativos quer de actos não normativos; sobretudo, têm de comum reportarem-se só a vícios formais e orgânicos, não a vícios materiais -porque a inconstitucionalidade material, por um lado, não se compadece com o regime da inexistência em todos os seus aspectos (desde logo, pela bem maior dificuldade de diluc,idação objectiva) e, por outro lado, nunca pode ser tão pouco grave que se cinja à irregularidade, simplesmente.

Não ignoramos que uma forte corrente de opinião estende a inexistência jurídica a vícios de conteúdo: estende-a à violação de direitos, liberdades e garantias - já que os cidadãos têm o direito de resistir a ordens que os infrinjam (art. 21.0) - e à criação inconsti~ucional de impostos - já que os cidadãos não são obrigados a pagar impostos que não sejam criados nos termos da Constituição (art. 106.0, n.o 3) ~); ou estende-a o mesmo à inexist,ência de identi-

(1) Assim, Rui B&EI)EIROS, Os valores jurídicos .... cit., loc. cit., pág. 530. Cfr. Funções, órgãos o Actos..., cit., págs. 193-194.

(2) Ibidem, pág. 543.

(3) MIGUEL GALvÃo TELF-S, Eficdcia..., cit., págs. 135-136, e Direito Constitucional Portugtds Vigente, cit., págs. 101-102; GomEs CANOTILHO,

ficabilidade material ndfflma, a situações de desconformidade total em relação à Constituição material ~). Todavia, não cremos hoje possível acolher esta postura.

Na verdade, a inexistência jurídica desenha-se em face do acto jurídico-público como expressão de vontade imputável ao Estado; não tem que ver com o seu conteúdo ou sentido. 0 que importa para o acto existir juridicamente, produzindo ou não certos efeitos, é que haja uma vontade subsumível na previsão de uma norma constitucional; não é que essa vontade se conforme ou oriente desta ou daquela maneira.

Relevam ainda outros motivos, talvez mais importantes, a impelir-nos para a rejeição: 1:) o conceito de Constituição material é um conceito doutrinal, cuja única base firme se encontra na Constituição formal; alargar a violação do ceme da Constituição material a inexistência jurídica seria excessivo e perigoso para a segurança e a certeza do Direito; 2.0) também o âmbito dos direitos, liberdades e garantias se oferece tão vasto em Constituições como a portuguesa que acabar-se-ia por consumir na inexistência jurldica praticamente toda e qualquer infracção de dezenas e dezenas de preceitos constitucionais, com consequências absurdas; 3.0) o direito de resistência, apesar de revelar uma valorização, consistência ou força jurídica mais intensa dos direitos, liberdades e garantias (arts. 18.o e 19.o da Constituição), não serve de alternativa ou de sucedâneo à declaração jurisdicional.

Mas, quase de imediato, voltaremos a considerar o estatuto dos direitos, liberdades e garantias.

IV - A inconstítucionalídade - material, orgânica e formal dos actos normativos não reverte apenas em inexi,-,tência juiídica ou em irregularidade. Ela está submetida a um regime multifacetado, que reflecte o papel de diferentes princípios e institutos e a variedades das situações da vida.

Direito Constitucional, cit., pág. 734; e também nós próprios em Aspectos de uma teoria .... cit., págs. 236 e segs., e em CMncia

Política .... ii, pág. 520.

(1) MARCELO REBELO DE SOUSA, 0 valor jurídico .... cit., págs. 168 e segs. (contra, contudo, em Dir.-ito Constitucional, cit., págs. 391 e segs.).

Os contornos principais deste regime podem ser esquematizados assim (devolvendo-se para lugares próprios adiante algum aprofundamento):

a) Não aplicação pelos tribunais, nos feitos submetidos a julgamento, de normas inconstitucionais (art. 207.0);

- b) Não atribuição (ou não atribuição, em princípio) de idêntico poder aos outros órgãos do Estado, políticos e adnúnistrativos, e, pelo contrário, imposição de aplicação, sem faculdade autónoma de apreciação;

c) Obrigatoríedade também das normas inconstitucionais para os cidadãos até decisão judicial em contrário, salvo nas duas hipóteses aludidas de direito de resistência (arts. 21.o e 106.0, n.o 3);

à) Possibilidade de impugnação a todo o tempo, sem qualquer limite, das normas ínconstitucionais, através da fiscalização sucessiva abstracta (art. 281.0);

e) Não sanação da inconstitucionalidade nem por decisão do Tribunal Constitucional, nem por superveniente revisão constitucional;

f) Efeitos, em princípio, ex tunc da declaração de ínconstituçionalídade - ou seja, a partir da entrada em vigor da norma inconstitucional (na ínconstitucionalidade originária) e a partir da entrada em vigor da nova norma da Constituição (na ínconstitucionalidade superveniente) (art. 282.0, n.os 1. e 2);

g) Repristinação, em principio (na inconstítucionalídade originária), da norma anterior à norma declarada inconstitucional (art. 282.0, n.o 1);

h) Garantia, porém, dos casos julgados, excepto quando a norma ínconstitucional respeitar a matéria penal, disciplinar ou de ilícito de mera ordenação social e for de conteúdo menos favorável ao arguido (art. 282.0, n.o 3);

,i) Possibilidade de fixação dos efeitos da inconstitucionalidade pelo Tribunal Constitucional (e, porventura, pelo tribunal da causa, na fiscalização concreta) com alcance mais restrito, quando o exigirem a segurança jurídica, razões de equidade ou interesse público de excepcional relevo (art. 282.0, n.o 4);

j) Regime a se das normas violadoras de direitos, liberdades e garantias ínsusceptíveís de suspensão em estado de sítio (art. 19.0, n.o 6), as quais as autoridades adn-únistrativas podem (ou devem)

recusar-se a aplicar e relativamente às quais nem há ressalva de casos julgados, nem conformação de efeitos.

V - Os elementos carreados inchnam-nos a qualificar como nulidade - se se quiser, uma nulidade sui generis peculiar ao Direito constitucional - o valor jurídico dos actos normativos de Direito interno ínconstitucionais, que não sejam ínexistentes ou irregulares (1).

Verifica-se que a norma inconstitucional é ab imitio inválida; que não consegue regular (ou regular até ao fim) as relações e situações de vida; que, em vez dela, é (em inconstitucionalidade originária) a norma anterior, que ela revogara, que vem a aplicar-se; que a decisão judicial à sombra do art. 207.o isso mesmo pressupõe; que a declaração com força obrigatória geral pelo Tribunal Constitucional retroage à ocorrência da inconstitucionalidade.

Não deve entender-se incongruente com a natureza declaratíva das decisões dos tribunais a obrigação de todas as autoridades de darem cumprimento a quaisquer normas jurídicas (salvo o art. 19.0, n.o 6) e de todos os cidadãos de lhes darem obediência (salvo o art.

21.o e o art. 106.0, n.o 3). Está aí, precisamente, uma característica da nulidade: que a norma (a norma a reputar nula) obriga na medida em que nao for declarada inconstitucional ou até ser declarada i-nconstitucional.

E não vulnera ainda a qualificação a salvaguarda dos casos julgados. Como frisa MIGUEL GALvÃo TELES, esta salvaguarda diz respeito exclusivamente aos efeitos da declaração de inconstitucionalidade, sem contender com as consequências substantivas da

(1) Também no sentido da nulidade, GomF-s CANOTILIlo e VITAL MOREIRA, op. Cit., ii, págs. 490 e 541; GomF-s CANOTILHO, Direito Constitucional, cit., pág. 736 (v., contudo, Constituiçjo dirigente..., cit., pág. 206); MARCELO REBELO DE SOUSA, 0 valor .... cit., págs. 233 e segs. e 341 e segs. (referindo-se a nulidade atípica); OL=IRA ASCENSÃO, 0 Direito, cit, págs. 264 e segs.

Contra, VITALINO CANAS, Introduçjo..., cit., págs. 82 e segs. (sustentando que pode haver diversas formas de valorar o acto inconstitucional) e Rui MEDEIROS, Os valores jurídicos .... cit., loc. cit., págs. 531 e segs. (referindo-se, em geral, a anulabilidade).

inconstítucionalídade. Quando o art. 282.0, n.<> 3, ressalva os casos julgados, não está a permitir que, no plano substantivo, um acto inconstitucional produza efeitos. Aquilo que faz é, num segundo grau, salvaguardar juízos precedentes sobre a inconstitucionalidade diferentes do juízo que veio a prevalecer na decisão com efeito geral (').

De mais difícil explicação se antolha o poder de fixação dos efeitos da inconstitucionalidade. Mas, como nota de novo MIGUEL GALvÃo TELES, se o acto nulo em princípio não é apto a desencadear efeitos conformes com o seu conteúdo, excepcionalmente, em particular por razões de protecção da confiança e da boa fé, pode produzi-los. De Pulatividade parece ser a situação, pois a emissão de uma lei, ainda que inconstitucional, pode determinar expectativas razoáveis e, na base delas, com-oortamentos. É a consideração de expectativas dessas, sejam das particulares sejam dos próprios órgãos do Estado ou de pessoas de direito público, que o n.o 4 do art. 282.o visa salvaguardar (2).

Em suma, o art. 282.0, n.o 4, implica uma atenuação do valor jurídico negativo, não uma alteração qualitativa. 0 Tribunal Constitucional recebe uma faculdade, aliás sujeita a limites (3), não mais. E se, exercendo-a, constitui efeitos, não constitui, nem deixa de constituir a invalidade.

Não se trata, portanto, de anulabwdade. Bem pelo contrário, o que cabe sugerir é a contraposição de dois escalões ou subvalores: uma nulidade radical (4) ou fundamental (sem chegar à inexistência jurídica), correspondente à violação de preceitos constitucionais atinentes aos direitos, liberdades e garantias mencionadas no art. 19.0, n.o 6; e uma nulidade ndo fundamental, abrangendo os demais casos.

(1) Inconstitucionalidadé pretérita .... cit., loc. cit., pág. 329. E acrescenta: para a jurisdição, o direito substantivo converte-se sempre numa incógnita e a autonomia de cada decisão torna possível que essa incógnita seja resolvida de maneira diferente.

Cfr., no mesmo sentido (a despeito de posição geral contrária), Rui ?ílEDEIROS, Os valores jurídicos .... cit., loc. cit., pág. 510, nota.

(2) Ibidem. pág. 330.

(11) Cfr. infra.

C) A não confundir com a nulidade radical de Direito administrativo.

93. Inconstitucionalidade e responsabilidade civil do Estado

I -Além de envolver inexistência jurídica, nulidade, anulabilidade ou irregularidade, o acto ínconstitucional pode ser gerador de responsabilidade civil do Estado (art. 22.o da Constituição). Ou seja: a inconstitucionalidade podo não apenas atingir o acto enquanto tal mas também constituir uma relação jurídica obrigacional entre o Estado e um particular que, por causa desse acto, tenha um seu direito ou interesses ofendido e sofra um prejuízo,

passível (mesmo se não patrimoníal) de avaliação pecuiiíária.

Esta-se, nesta altura, a raciocinar não tanto do prisma da invahdade quanto do prisma da ilicitude: a inconstitucionalidade

será um pressuposto de responsabilidade civil a acrescer a outros, entre os quais um específico dever de actuação (ou de não actuação) por parte do Estado. E também pode acontecer que, limitando o Tribunal Constitucional os efeitos da inconstitucionalidade ao abrigo do art. 282.0, n.o 4, da Constituição, o direito a iládemnização se revele um sucedâneo necessarío da plena produção de efeitos.
0 fenômeno da responsabilidade civil do Estado por actos

de função legislativa tem aqui as suas manifestações mais interessantes. Mas não se esgota na ínconstitucionahdade. Pode haver responsabilidade por actos não inconstitucionais e lícitos, designadamente por requisição e expropriação por utilidade pública (art. 62.0, n.o 2) e por intervenção e apropriação colectiva de meios, de produção (art. 83.0) (1).

II - A par da responsabilidade por actos inconstitucionais, e mais ou menos conexa com ela, pode haver responsabilidade civil do Estado por omissões inconstitucionais, maxime por omissões legislativas.

(1) Sobre o assunto, v., entre nós, AFONSO (_)UEIR<5, Teoria dos Actos do Governo, Coimbra, 1948, págs. 181 e segs., e Rui MEDEIROS, Ensaio sobro a responsabilidade civil do Estado por actos legislativos, dissertação inédita, Lisboa, 1991.

CAPITULO Il

Sisteutas de fiscalização da constitucionalidade

A fiscaezação da constitucionalidade em Direito comparado

94. Imução lúztórica

I-Os grandes pressupostos da fiscalização da constitucionalidade das leis e dos demais actos jurídico-públicos revelam-se, primeiro, a existência de uma Constituição em sentido formal, e, em segundo lugar, a consciência da necessidade de garantia dos seus princípios e preceitos com a vontade de instituir meios adequados.

Não é preciso que haja Constituição formal para que se produza inconstitucionalidade e, muito menos, que a Constituição seja rígida. Basta que haja Constituição em sentido material, e não apenas em sentido institucional. Mas em Constituição material e flexível, como a britânica (e, de certo modo, também em Constituição formal e flexível), a inconstitucionalidade não se configura violação jurídica autónoma e, de qualquer sorte, não se propiciam condições para a organização de uma fiscalização (1).

(1) Vale a pena transcrever DicEY, traduzido por Rui BARBOSA (op. cít., págs. 41-42): «A expressão inconstitucional aplicada a uma lei tem, pelo menos, três acepções diferente&, variando segundo a natureza da Constituição a que aludir. - Empregada em relação a um acto do Parlamento inglês, significa simplesmente que esse acto é, na opinião do indivíduo que o aprecia, oposto ao espírito da Constituição inglesa; mas não pode significar que esse acto seja infracção da legalidade e, como tal, nulo. - Aplicada a uma lei das câmaxas francesas, exprimiria que essa lei, ampliando, suponhamos, a extensão do período presidencial, é contrária ao disposto na Constituição. Mas não se segue necessariamente daí que a lei se tenha por vã; pois não é certo que os tribunais franceses se reputem obrigados a desobedecer às leis inconstitucionais. Empregada por franceses, a expressão, de ordinário, se deve tomar como simples termo de censura . ... Dirigido a um acto do Congresso, o vocábulo iiinconstitucional» quer dizer que esse acto excede os poderes do Congresso e é, por consequéncia, nulo. Neste caso a palavra não importa necessariamente reprovação. 0 americano poderia,

Em contrapartida, não é suficiente a emanação deu ma Constituição em sentido formal para que o sistema se dote de um aparelho de fiscalização e, muito menos, de uma fiscalização jurisdicional -porque, lógica e historicamente, não se confundem inconstitucionalidade e fiscalização da inconstitucionalidade. É necessário, além disso, que a supremacia da Constituição se revele um princípio julídico operativo (1).

II - 0 constítucionalismo liberal europeu não possuiu uma clara consciência da necessidade de garantia constitucional por três razões principais-por, no seu optin-úsmo, acreditar numa espécie de harmonia política e na força, ao mesmo tempo, obrigatória e dissuasora das Constituições escritas; por a Constituição não ser tomada rigorosamente como fundamento ou como critério de validade das leis; por a lei ser entendida como razão, e não como vontade.

Não deixou de haver então garantias graciosas e políticas - desde o direito de petição à vigilância do cumprimento da Constituição pelas Câmaras e à predisposição, embora esporádica, de um ou outro órgão político com essa função. Em alguns países, na prática, os tribunais invocaram ou tentaram invocar um poder de não aplicação de normas inconstitucionais - assim, na Grécia desde 1859 (2), na Noruega desde 1890, em Portugal. Mas, afora isso e sem embargo de outros antecedentes C), o século xix não conheceu sistemas de controlo jurisdicional devidamente estruturados. Para tal concorreram ainda uma visão rígida e mecariicista da separação dos poderes ou (contraditoriamente, mas com resultados idênticos) a concepção jacobina da unidade da soberania e da democracia absoluta.

sem incongruência alguma, dizer que um acto do Congresso é uma boa lei, beneficia o país, mas, infelizmente, peca por inconstitucional, isto é, ultra vires, isto é, nulo*.

(1) Sobre toda esta matéria, v. Contributo..., cit., maxime págs. 77 e segs.

(2) Cfr. ANTONIS 3UNITAKIS, Fomdement et légitimité du contr6k juridictionnel des lois en Grèce, in Revue internationalo de droit comparé, 1988, págs. 39 e segs.

(8) Cfr. JÕRG LUTHER, op. cit., pág. 26.

De modo diferente, se passaram as coisas nos Estados Unidos por causas e em circunstâncias igualmente bem conhecidas (1).

III -Ao invés, no século xx não só se perde o optimismo liberal acerca da Constituição e se adquire a convicção de que ela só podera

servir de garantia - de garantia dos direitos das pessoas ou da ordem social e política - se for garantida como alguns poderosos factores elevam a inconstitucionalidade a núcleo de toda a problemática do Direito constitucional e, quiçá, do Direito público.

Assim, verificam-se:

- No plano da realidade constitucional, o imperativo de melhor defesa dos direitos dos indivíduos e dos grupos perante o dilatar da acção do Estado e da penetração da sociedade pelo político, a crise da lei e as experiências totalitárias e autoritárias, vividas
i
ou temidas;

- No plano da organização política, as transformações e as novas exigências de divisão de poderes, bem como a expansão das formas de Estado regional e de Estado federal;

- No plano conceitual, o aprofundamento do princípio da legalidade da administração, homólogo do princípio da constitucionalidade dos actos legislativos e de governo, a difusão das noções (kelsenianas e não kelsenianas) da estrutura escalonada da ordem jurídica e o prevalecer das tendências normativistas sobre as decisionistas;

- No plano valorativo, a revivescência do jusnaturalísmo,

de diversas inspirações (2).

(1) V. Co-ntributo..., cit., págs. 53 e segs.

(2) Cfr., quanto à estrutura escalonada, mais uma vez KELSEN, La Garantie .... cit.; e quanto à revivescência jusnaturalista, por todos, O. BACHOP, JUeCeS y ConStitUCión, cit., págs. 25 e segs., ou, doutra perspectiva, GEORG.US VF-DEL, Lá Conseil Constítutionnel, gardien du droit Positif ou défenseur de Ia transcenda~ des droits de 1'homme, in Pouvoirs, 1988, n.o 45, págs. 149 e segs.

Duas linhas de força vão conduzir à formação e à difusao, na Europa (e também fora da Europa) de sistemas de fiscalização jurisdicional ou jurisdicionalizada da validade das leis e de outros, actos jurídico-públicos.

Uma, endógena, resulta do desenvolvimento dos institutos meios do Estado de Direito, crescentemente aperfeiçoados, de maneira a eliminar ou a diminuir as imunidades do poder e a. permitir o controlo tanto concreto como abstracto das normas jurídicas. A outra, exógena, liga-se ao incremento das tarefas do Estado e das demais entidades públicas, à passagem do Estado' liberal para o Estado social e à resposta às violações ou às tentativas de violação de direitos, liberdades e garantias; e prende-se ainda à exigência de formas de solução de conflitos jurídicos em ordenamentos plurílegislativos (regionais e federais).

95. Os grandes modelos ou siártemas típicos

I-A observação histórico-comparativa revela três grandes modelos ou sistemas típicos de garantia da constitucionalidade (1).

(1) Cfr. ANDRÉ BLONDF-L, Lo contr6k juridictionnei de Ia constitutionnalité dos lois (étudé critique comparativo: États-Unis - Fra~),

Paris, 1928; CHARLEs G. HAINF-S, The american doctrimo of judicial supremacy, 1932 (reimpressão, Nova Iorque, 1973); ?&ARio BATTAGLINI, Contri-
buti alla storia del controllo di costituzionalità delle leggi, Mlão, 1957, e Contributo allo studio comparato del controllo di costituzionalità, in Rivista Trimestralo di Diritto Pubblíco, 1962,

págs. 663 e segs.; EDWARD MCwHINNnY

judicial Review i% the E-nglish Speaking World, Toronto, 1960; 13ISCARETT, Di RUFFIA e STEPAN ROZMARYN, La Constitution comme loi fondam~ale,

cit., págs. 69 e segs. e 107 e segs.; JORGE MIRANDA, Contributo..., cit., págs. 84 e segs.; IVIAURO CAPPELLETTI, Il controlo giudiziario .... Cit.; MIGUEL GALvÃo TELES, A concentraçdo de competéncia para o conhecime~ jurisdicoinal

da inconstitucionalidade das leis, in 0 Direito, 197 1, págs. 173 e segs.; A ctualitá du Contr61e juridictionnel dos Lois, obra colectiva, cit.; HENRY RoussILON, Le Problème du contrdk de Ia constitutionnalité dos lois dans tos pays socialistes, in Revue du droit publie, 1977, cit., págs. 55 e segs.; AmANcio FERREIRA, Controlo da constitucionalidado, in Fronteira, ano i, n.o 2, Abril de 1978,

págs. 67 e segs.; AUURO CAPPELLETTI e WiLLiAm ConFN, Comparativo Constitutional Law-Cases a-nd Materials, Nova Iorque e Charlottesville, 1979; Yoici-ii HiGucHi, Êvolution rjcente du co-ntr61o d-- Ia constitutionnalim sons Ia Constitution japonaise do 1946, in Rovue inkrnationak de droit compard,

No volume i, ao considerarmos a experiência políticoconstitucional, já os pudemos surpreender e já pudemos observar como brotaram e como se desenvolveram as suas principais manifestações.

1979, págs. 21 e segs.; IIECTOR Fix-ZAMUDio, Los tribunales constitucionales y los~ derechos humanos, México, 1980; n.o 13, de Pouvoirs, 1980; NicoLÁs, GoNzÁLEz-DELEiTo DOMINGO, Tribunalos Constitucionales - Organización y fumionamiento, Madrid, 1980; LESLIE ZINES, High Court and the Constitution, Sidney, 1981; Cours Constituttionnelles Européennes et Droits Fondamentaux, obra colectiva, Paris, 1982; ALESSA.NDRO PIZZORUSSO, I sistemi di giustizia costituzionalo; dai modelli allo prassi, in Quaderni Costituzionali, 1982; BURT NEui3oRNE, judicial Review and Separation of Powers in Franco and the Umited States, in New York U-niversity Law Review, 1982, págs. 363 e segs.; o n.o 3 do ano ii de Q-uaderni Costituzionali, Dezembro de 1982; J.-P. LEBRETON, Los particularités de Ia juridiction constitutionmlle, in Rovue du droit publio, 1983, págs. 4 19 e segs.; ANDREAs AUER, La juridiction constitutuionnelle em Suisse, Basileia, 1983; PAoLo CARETTI e ENzo CHELI Influenza dei valori costituzionali stdla forma di governo: il ruoto d--Ila giustizia costituzionak, in Quaderni Costituzionali, ano iv, 1984, págs. 17 e segs.; JOSÉ ALFREDO OLIVEIRA BARACHO, PROC--SSO Constitucional, Rio de janeiro, 1984; JOHN AGRESTO, The Supremo Court and Constitutional Demoeracy, Itaca e Londres, 1984; La Corte Costituzionalo tra norma giuridica e realtà sociale, obra colectiva, ed. por NicoLA OCCHIOCUPO, Pádua, 1984; P. BON, F. MODERNE e Y. RODRIGUEZ, La justice constitutionnello em Espagne, Paris, 1984; Costituziono o Giustizia Costituzionalo mel Diritto Comparato, obra colectiva, ed. por GiORGIo LOMBARDI, Milão, 1985; LFSZEK GARLICK e WITOLD ZAKPZEWSKY, La protection juridictionnelk de Ia Constitutio-n dans lo monde contemporain, in A nnuairo Internationalo de justico Constitution mello, 1985, págs. 17 e segs.; RONALD D. ROTUNDA, JOHN E. NOVAK e NELSON YouNG, Treatise om Constitutional Law - Substance and Procedure, S. Paulo (Minesota), 1986; JINGzHou TAO, Le contr61e de constitutionnalité em République Populairo de Chino, in Rovue du droit publie, 1987, págs. 579 e segs.; PF-DRO CRUZ VILLALÓN, La formación del sistema europeo de control de constitucionalidad (1918-1939), Madrid, 1987; 7.a Conferência dos Tribunais Constitucionais Europeus, justiça Constitucional o Espécies, Conteúdo e Efeitos das DecisJes sobro a Constitucionalidade d-- Normas, Lisboa, 1987;

Richterliche Verfassungskontrolle in Laneinamerika, Spaniem und Portugal,
obra colectiva, ed. por HANs-RuDoLiip HORN e ALBRECHT WEBER, Baden-Baden, 1988; KONRAD LANAERTS, Lo jugo et Ia Costitution aux États-Unis d,Am&ique et dans 1'ordro juridique européen, Bruxeles, 1988; ALLAN IR. BRE%"R-CARIAS, judicial Review in Comparativo Law, Cambridge, 1989; GILMAR FERREIRA MENDES, Op. Cit., PágS. 117 e segs.

Desde 1985 publica-se um A nnuairo Inter-national de justice Constitutionn61k, sob a direcção de Louis FAvoRzu.

São esses modelos:

1.0) 0 modelo de fiscalização política, dito habitualmente de tipo francês (por ligado aos dogmas do constitucionalismo francês - e, portanto, europeu - dos séculos xviii e xix, embora tenha tido também aplicação em sistemas de índole de todo em todo contrastante, como os marxistas-leninistas);

2.0) 0 modelo de fiscalizaçjo judicial (judicial review) nascido nos Estados Unidos em 1803;

3.0) 0 modelo de fiscalização jurisdicional concentrada em Tribunal Constitucional ou de matiz austríaca (por ter por paradigma o tribunal instituído pela Constituição austríaca de 1920, sob influência de KELSEN).

II - No modelo político, deve subdistinguir-se entre:

a) Fiscalização pelo próprio Parlamento, pelo órgão legíslatívo qua talo - é o que se encontra, primeiro, em quase todos os países europeus no século xix e, depois, no constitucionalismo marxista4eniiústa do século xx e em alguns novos Estados do Terceiro Mundo sob influência deste ou com constitucionalismo embrionário.

b) Fiscalização por órgão político especialmente constituído para o efeito, seja ligado ao Parlamento (Comité Constitu~ cional francês de 1946 a 1958, Comissão Constitucional romena de 1965 a 1989, Comité de Supervisão Constitucional críado na União Soviética em 1989), seja dele independente ou órgão a se. (juria constitucional de Sieyès, Senado Conservador napoleónico, Conselho Constitucional francês de 1958).

III - Em diferentes sistemas constitucionais, com concentração de poderes no Chefe do Estado - desde a monarquia constitucional com poder moderador (na linha de BENJAMIN CONSTANT) e a monarquia limitada aos sistemas de governo representativo simples - entende-se que lhe cabe a garantia da Constituição(').

Também, no primeiro após-guerra, ao mesmo tempo que surgia o

(1) V. Contributo..., cit., págs. 46 e segs.

modelo jurisdicional concentrado de Tribunal Constitucional -tendo KELSF,N por principal teórico - houve quem preconizasse a atribuição ao Chefe do Estado (na Alemanha de Weimar, ao Presidente de oreich#) da função de 4guardião da Constituição* - foi a tese de SCHMITT (1); e a controvérsia ficaria célebre (2).

Uma forma institucional como esta não entra, porém, no modelo político de fiscalização de tipo francês, até porque a garantia da Constituição pelo Chefe do Estado não consiste propriamente na garantia da constitucionalidade norma a norma, mas sim na defesa global do regime, dos seus fundamentos ou do equilíbrio entre os respectivos órgãos de poder.

IV -0 modelo judícialista baseia-se (repetimos) no poder normal do juiz de recusar a aplicação de leis inconstitucionais aos litígios que tenha de dirimir.

No seu estado puro de fiscalização difusa, concreta, incidental e, em princípio, por via de excepção, surgiu e desenvolveu-se por costume constitucional nos Estados Unidos e foi adoptado - por osmose ou não - em vários momentos, em diversos países: além da Grécia, da Noruega e de Portugal, em países anglo-saxónicos dotados de Constituições escritas, em países latino-americano s, na Dinamarca, na Roménia (nas primeiras décadas do século xx), na Alemanha de Weimar, no Japão desde 1946, na Itália entre 1948 e 1956, na Suécia.

Em alguns casos, a adaptação ou o funcionamento do sistema levou à concentração em supremos tribunais (3), através de recurso obrigatório ou de outras formas, com reserva ou primado de apreciação da inconstitucionalidade: Suíça (desde 1874, quanto às -leis cantonais, únicas susceptíveis de controlo jurisdicional), alguns países do Commonwealtls e da América Latina, Irlanda, Filipinas.

V - 0 modelo de Tribunal Constitucional dir-se-ia Prima facie agregar elementos do modelo político e elementos do modelo

(1) Principalmente em Der Hüter der Verfassung (trad. castelhana La Defensa de Ia Constitución, cit.). Cfr. de KELSEN, La Giustizia Costituzionale, cit., maximo págs. 229 e segs.

(1) V. NICOL6 ZANON, La polémique entre Hans Kelson et Carl Schmitt seu Ia justico constitutionnelle, in Annuairo I-nternational de justice Constitutio-nnelle, 1989, págs. 177 e segs.

(3) Não se devendo, porém, esquecer a importância do precedente nos Estados Unidos e nos dçmais países de Common Law.

judícialista, por o Tribunal ostentar características

de órgão juris-

dicional, mas não ser um tribunal como os outros -antes de mais, pela sua composição e pelo modo de recrutamento dos juíz~s.

Mais correcto afigura-se - quer a nível de conceitos, quer a nível de experiência - defini-lo como um tertium ge-nas, entender que se trata de um tribunal em que se esgota uma ordem de jurisdição diferente tanto da dos tribunais judiciais como da dos tribunais administrativos, de um tribunal com competência especializada no campo do Direito constitucional.

Pensado inicialmente paxa exercer fiscalização abstracta, principal e por via de acção, a breve trecho (desde 1929, na Áustria e, pouco depois, noutras Constituições) passou a intervir na fiscalização concreta, mediante a subida obrigatória de incidentes de inconstitucionalidade provenientes de quaisquer tribunais (firmando-se, pois, uma comunicação entre eles).

Como Tribunais Constitucionais mais significativos e com papel mais activo na conformação e na concretização das próprias Constituições, mencionem-se os da Áustria, da Checoslováquia (Constituição de 1921), da Espanha (Constituições de 1931 e de 1978), da Itália (Constituição de 1947), da República Federal da Alemanha (Constituição de 1949). Com alguma precariedade, indiquem-se os de Chipre (Constituição de 1960), da Turquia (Constituições de 1961 e 1982), da jugoslávia (Constituições de 1963 e 1974), do Equador (Constituição de 1978) e do Peru (Constituição de 1979) (1). Recentemente, foram implantados Tribunais Constitucionais na Polónia, na Checoslováquia (de novo) e na Hungría.

VI - São bem conhecidos e quase clássicos os argumentos favoráveis e contrários à fiscalização judicial difusa e à fiscalização concentrada.

Em abono da primeira, diz-se que só ela confere aos tribunais a sua plena dignidade de órgãos de soberania, responsabilizados no cumprimento da Constituição; que, com ela, a questão de

(11) Também noutros países da América, da Ásia e da África, tem havido tentativas mais ou menos efémeras de criação de Tribunais Conátitucionais: V. FIX-ZAMUDIO, Op. Cit., PágS. 137 e segs. e 157 e s'egs.

ínconstitucionalidade se põe naturalmente como questão jurídica, e não política (pois jura novit curia); que ela permite a maior eficácia possível da garantia da Constituição, já que, sem haver que aguardar pela decisão de qualquer órgão central, o tribunal que julga no caso concreto deixa de aplicar a lei inconstitucional.

. Contra a fiscalização difusa invocam-se a possibilidade de desarmonia de julgados, com o consequente risco de desvalorizaçao dos julgamentos de inconstitucionalidade e da própria Constituição; e a diluição do poder de controlo pelas centenas de tribunais existentes, com o consequente risco de não acatamento das decisões pelos órgãos políticos, legislativos e administrativos.

Em favor da fiscalização concentrada apontam-se a certeza do direito, mormente quando haja eficácia geral das decisões sobre inconstitucionalidade; o aprofundamento das questões, ligado às especialidades da interpretação constitucional, com a consequente formação de uma jurisprudência enriquecedora do conteúdo da Constituição; a sensibilidade às implicações políticas ou comuriitárias globais dos problemas; o realçar da autoridade do órgão fiscalizador a pax dos órgãos legislativos e de governo (o que significa que, se a concentração diminui a posição de cada um dos restantes tribunais, em contrapartida reforça a dos tríbunais no seu conjunto, do Poder judicial ou do tribunal de concentração no confronto dos demais órgãos de soberania).

Contra a fiscalização concentrada alegam-se o perigo de um exagerado poder do órgão fiscalizador ou a sua vulnerabilidade às pressões vindas dos órgãos com poder efectívo no Estado; a rigidez do funcionamento do sistema, os riscos de cristalização jurisprudencial e, muitas vezes, a sua desproporção frente às necessidades de decisão jurídica a satisfazer; o acabax por se subtrair, na prática, a Constituição, a sua interpretação e os seus valores aos tribunais judiciais.

Pode supor-se que estes argumentos - de política constitucional - se neutralizam reciprocamente. Em última análise, porém, por reais que sejam os méritos e os deméritos que apresentem, fiscalização difusa e fiscalização concentrada hão-de valer mais ou menos consoante os sistemas jurídico-políticos em que venham a ser integradas e aplicadas.

A lição do Direito comparado é muito clara: 1.0) que a fis-

calização jurísdícional difusa s6 adquire total autenticidade e efectividade em sistemas judicialistas como os anglo-s"<5nicos (com forte autoridade social dos juízes, consciência de constitucionalidade na comunidade jurídica e mecanismos de harmorúzação de julgados), ao passo que o tribunal constitucional se mostra mais idóneo para levar a cabo a fiscalização nos sistemas continentais; 2.0) que a fiscalização difusa pode existir com diferentes sistemas políticos (pelo menos, teoricamente) e é sempre uma salvaguarda potencial da constitucionalidade, mas que -a fiscalização concentrada apenas tem sentido num sistema de divisão do poder político, do qual vem a ser uma das peças mais relevantes.

96. Sistemas atipicos e mistos

I - Além dos modelos típicos de fiscalização, existem ou têm existido sistemas atípicos (como será, quando muito, o sistema de Defensor da Constituição), bem como sistemas mistos, intermédios e complexos, ora como divisão, ora com concorrência de competências.

A este propósito refiram-se:

- No Brasil, fiscalização concreta difusa e fiscalização. abstracta cometida ao Supremo Tribunal Federal, mas suspensão da lei declarada inconstitucional dependente do Senado Federal (por último, na Constituição de 1988, arts. 102.0-1, alínea a), e 52.-x).

- Em Espanha, na Lei Orgânica do Estado de 1966, recurso de conhwfuero, com tramitação complexa em que intervinham o Co~o do Reino, um órgão jurisdicional ad hoc e o Chefe do Estado;

- Em Cabo Verde, Guiné-Bissau e S. Tomé e^ Príncipe, c<~ncia dos tribunais para conhecimento da inconstitucionalidade nos feitos submetidos a julgamento, mas ficando a decisão a cargo do Parlamento (arts. 89.0, 98.o e 111.o das respectivas Constituições actuais);

- Na Polónia, competência do Tribunal Constitucional criado em 1985 para verificar a existência de inconstitucionalidade, mas sendo a decisão submetida ao Parlamento ou, no caso de acto não legislativo, ao órgão donde tenha emanado.

Também em Portugal, sistemas mistos ou com elementos múltiplos, tèm-se sucedido nas últimas décadas, como iremos mostrar.

II -Por seu turno, os supremos tribunais de alguns dos países seguidores do modelo judicialista apresentam não poucas

semelhanças - pelo seu modo de composição e pela concentração e extensão de competências - com os tribunais constitucionais -europeus (1).

97. As mais recentes tendências da fiscalizaoo da constitucionalidade

Nos últimos anos tem-se registado um crescente alargamento da fiscalização da constitucionalidade, mormente da fiscalização jurisdicional.

1 ~ Difusão do modelo de Tribunal Constitucional na Europa e na América Latina;

-Tendência acentuada para a transformação do Conselho Constitucional francês em órgão jurisdicional aproximável (apesar de só exercer fiscalização preventiva) de um tribunal constitucional (2) (3);

- Criação de um Tribunal Supremo Especial na Grécia (pela Constituiç40 de 1975) encarregado de resolver conflitos de jurisprudência cons-titucionais (4);

- Criação de um Tribunal de Arbitragem na Bélgica em 1984, para garantia da repartição de competências legislativas entre o Estado, as comunidades linguísticas e as regiões (r,);

- Criação na União Soviética em 1989 de um Comité de Supervisão Constitucional, a eleger pelo Congresso dos Deputados do Povo, com com-

(1) Cfr., quanto ao Brasil (apesar da limitação referida no texto), õscAR DIAS C.ORRÊA, 0 Supremo, Tribunal Federal, Corte Constitucional do Brasil, Rio de janeiro, 1987.

(2) Cfr. n.o 13, de 1980, de Pouvoirs; Louis FAvoREu e Lolc PHiLip, Les Grandes Dkisions du Conscil Constitutionnel, 4.a ed., Paris, 1986; LÉo HAmoN, Les juges de Ia loi. Naissance et rdk d'um coiztemporain: k Conseil Constitutionml, Paris, 1987.

(3) Em contrapartida, malogrou-se o projecto (de 1990) de um regime de excepção de ihconstitucionalidade das leis já promulgadas, com subida ao Conselho Constitucional. Sobre o assunto, v. o n.o 4, de 1990, da Revue française de droit constítutionnei.

Curiosamente, nas primeiras décadas deste século, já a maioria dos juspublicistas franceses preconizara, sem êxito, sistema semelhante: v. a referência em Contributo..., cit., págs. 85 e 86.

(4) Cfr. VIRGINIA 1:)ERIFANAKi ROTOLO, La C~ Suprema Specíale nelta Costit-uziono Greca del 1975, in Rivista Trimestralo di Diritto Pubblico, 1979, págs. 183 e segs.

(15) Cfr. FRANcis DELPÉRÉE e* Ai~NE-PAssoN RoLAND,'Recueil d'ét-udes ,-sur Ia Cour d'Arb.itrage, Bruxelas, 1990.

peténcia para apreciar a constitucionalidade dos projectos de lei submetidos ao Congresso e dos actos do Soviete Supremo, do Conselho de Ministros e dos órgãos das repúblicas federadas e determinando o parecer no sentido da inconstitucionalidade a suspensão da executoriedade do acto (1);

- Criação de Conselhos Constitucionais na Argélia e em Moçambique (Constituições de 1989 e 1990).

98. Estado de Direito e fi~zação jurisdicional

I - Não surpreende que nos regimes de democracia representativa e pluralista o aprofundamento do Estado de Direito seja maxeado pela presença de mecanismos jurisdicionais, difusos ou concentrados, de garantia da constitucionalidade (2) C); ou que, inversamente, em regimes doutro tipo, a criação ou a proposta de criação de tais mecanismos seja sinal seguro de mudança ou transição.

Não quer isto dizer, no entanto, que o princípio da fiscalização jurisdicional não enfrente dificuldades ou resistências, por se temer o ((governo de juízes* ou, pelo menos, a politicização da justiça, em vez da judicialização da política.

Basta recordar a postura de ScHmilT- para quem a esséncía do Estado é a decisão política ~); a de LoEwENsTEiN - se se entrega aos tribunais o direito de frustrar uma decisão política do Governo ou do Parlamento, corre-se o perigo ou de a decisão dos tribunais não ser acatada ou de a decisão política do Goveiüd-Eê -~úb-stituída por um acto judicial que, embora revestido jurídico-constitucionahnente, não é senão um acto político de pessoas sem man-

(1) Cfr. ~UEL B. GARciA ALvAREz, Reforma de ta Constituci6n y controi de constitwionalidad en Ia URSS, in Revista de Estudios Politicos, n.O 57, julho-Setembro de 1987, págs. 31 e segs.; PATRICE GÉLARD, L'actualité constitutionneito en URSS, in Revue française de droit constitutionnei, n.o 6, 1991, págs. 355 e segs.

(2) Mesmo na Grã-Bretanha questiona-se a introdução de mecanismos de fiscalização: cfr. NEIL H. ANDREWS, Should England adopt an e-ntrenched Bill of Rights with judicial review of primary kgistation?~ in Annuairo Inter-national de justice Constitutionnello, 1989, págs. 15 e segs.

(3) Poucos são os países cujas Constituições impedem a fiscalização da constitucionalidade pelos tribunais, como a holandesa (art. 120.0).

(4) La Defe-nsa..., cit., págs. 32 e segs.

dato democrático('); a de BuRDFAu -a autoridade com poder de fiscalização é quem fixa o conteúdo de uma política através da interpretação da Constituição; a Constituição não é feita para os juízes, é feita paxa os governantes; a política do juiz só pode ser negativa (2); ou a de ALFRED GROSSER - é difícil a posição dos tribunais constitucionais frente a conflitos de valores ou a antagonismos que atinjam os pontos mais sensíveis dos cidadãos ou os fundamentos éticos da sociedade ~).

Estas e outras visões críticas têm sido afastadas não só em nome dos grandes princípios mas também em função de necessidades e de soluções políticas de equilíbrio ~). E, por outro lado, não pouco tem concorrido paxa a sua superação a emergência, por obra legislativa ou jurisprudencial, de formas muito dúcteis de actuação dos tribunais,

em que sobressaem a autocontenção (judicial self-restraint) perante a liberdade de conformação do legislador e a limitação dos efeitos da inconstitucionalidade ~).

II - De igual sorte não são poucos ou pouco árduos os problemas que, em especial, levanta a inserção dos tribunais constitucionais na estrutura do Estado e não é líquido ou pacífico o seu relacionamento com os supremos tribunais há muito existentes e com os órgãos legislativos e governativos.

(1) Teoria .... cit., págs. 321 e segs.
(2) Traité.... cit., iv, págs. 370 e segs. e 481 e segs.
(8) Cours Costitutionnelles et valeurs de référence, in Pouvoirs, n.<> 13, págs. 117 e segs.
(4) Cfr., por exemplo, recentemente, ALEXANDER M. BICIML, ThO least dangerons branch. The Supremo Court at the bar ofpolities, 2.a ed., New Haven, 1986; MICHEL TROPF-R, justice ConstitutionneUe et DJmocratio, in Revw fraiçaise de droit constitutionmelk, 1990, págs. 31 e segs.; CRISTINA QuEiRoz, Os Actos Políticos .... cit., págs. 205 e segs.
Anote-se que, num dos seus últimos escritos, BuRDEAu alterou a sua opinião sobre a justiça constitucional, admitind que tudo se passaria como se o soberano tivesse estabelecido uma autoridade constituinte secundária sob a forma do juiz de constitucionalidade, embora autoridade supletiva, derivada e sem poder ultrapassar certos quadros (Constitution, Droiss de I'Hommo et *Cha"mewt*, in Seriti in onffe di Vezio Crisafuili, v, págs. 119 e segs., maxime 126).
~) Cfr. infra.

Há sobretudo problemas de legitimidade ou de reconhecimento e problemas concementes aos parâmetros nortnatívos de decisão. As respostas doutrinais oscilam entre concepções reducionistas e concepções ampliativas, aquelas apontando para o formalismo ou para o apagamento diante do legislador ordinário, estas tendendo a conferir aos tribunais constitucionais a missão de guarda de uma ordem de valores à margem ou acima da Constituição. E, mais uma vez, muito depende do enquadrament,0 politico-constitU-, cional identificador de cada país (1).

(1) Cfr. ALDO SANDULLI, Stdla *POSiZiOM» &lia C~ COSti"onalá nel sistema degli organi supremi dello Sta4o, in Rivista Trimestrak di DiriUo Pubblico, 1960, págs. 705 e segs.; PAOLO BARILE, La Corte Costitudonak organo sovrano, in Studi im onore di Emilo Crosa, i, págs. 527 e ~.; WALTER LEISNER, La conception du «politique solon Ia jurisprudemo de ta Cour Constitutionnelle alkmande, in Rovue du droit public, 1961, págs. 754 e segs.; F-RNST FRI£SENHAHN, La Giurisdiziono Costituzionate mella Repubblira Federak Todesca, Milão, 1965; GiovANNi BoGxETTI, La Corte Costítuziondo Italiana e Ia sua pa~ipazione aUa funziono di indirizzo Politico d--Ilo Stato nel presente momento storico, in jus, 1967, págs. 109 e segs.; GF-HRARDT LFiBRoLz, El Tribunal Constitucional de Ia Republica Federal de A kmania y el problema de Ia apreciaci6n judicial de Ia politica, in Probkmas fundamentalos de Ia democracia moderna, trad., Madrid, 1971, págs. 147 e segs.; OTTO BAcHop, Estado de Direito o Poder Político: os Tribunais Constitucionais entre o Direito e a Política, trad., Coimbra, 1980; GARCIA DE ENTERRIA, La posición juridica del Tribunal Constitucional em el sistema espafiol, posibtlidado y perspectivas, in Revista Espagola de Derecho Constitucional, 1981, págs. 35 e segs.; GARCIA PEYAyo, El «statusi, de Comtitucional, ibidem, 1981, págs. 11 e segs.; JAVIER SALAS, El Tribunal Constitucional Espagol y su competencia desde Ia perspectiva de ta forma do gobierno, ibidem, 1982, págs. 141 e segs.; PAOLO CARETTI e ENzo CHELI, Influenza dei valori costituzionali suua forma di governo: il ruoío della giustizia costituzionale, in Quader-ni Costituzionali, 1984, págs. 24-25 e 36;

PABLO PÉREZ TREMPS, Tribunal Constitucional y Poder judicial, Madrid, 1985; ALESSANDRO PACE, Corte Constituzionalo o «altris giudici, tra «garantismos o «sensibilità politica», in Scritti in onore di Vozio Crisafulli, i, pág. 587 e segs.; GomEs CANOTILHO, Para uma teoria PI-uralista da jurisdiç£To constítucional, in Revista do Ministário Público, 1988, págs. 9 e segs.; OTTO KimmiNicH, A jurisdiçdo constitucional o o princípio da divisdo de Poderes. in Revista de Informaçdo Legislativa, n.o 105, janeiro-Março de 1989, págs. 283 e segs.; CRisTiNA QuEiRoz, Os Actos Políticos..., cit., págs. 163 e segs.

III - Quanto a nós, procurando ser coerentes com o desígnio do Estado de Direito democrático (de síntese entre Estado de Direito e democracia), encaramos a instituição à luz das seguintes coordenadas: a) 0 Tribunal Constitucional é um órgão constitucional, um órgão instituído por certa Constituição material positiva, submetido às suas normas e aos seus princípios e funcionando em conjugação com outros órgãos (a que não é superior, nem inferior); b) A legitimidade do Tribunal Constitucional é exactamente a mesma dos demais tribunais e órgãos políticos - é - a que advém da Constituição; e, se esta Constituição resultar de um poder constituinte democrático, essa legitimidade será, forçosamente, uma legitimidade democrática; c) 0 Tribunal Constitucional é um órgão de garantia da Constituição, e só dela - não de outra ordem normativa (o que não significa que, se a Constituição incorporar valores e critérios éticos transpositivos, os não deva ipso facto salvaguardar); d) As decisões do Tribunal Constitucional, conquanto assentes em juízos jurídicos de conformidade e desconforniidade, adquirem ou podem adquirir uma dimensão política, na medida em que a realizaçã o da Constittúção envolve o reponderax do político, seu objecto, e a interdependência dos órgãos de soberania (art. 114.o da Constituição portuguesa); e) 0 Tribunal Constitucional (de juro condendo, pelo menos) estará tanto mais habilitado a exercer as suas faculdades com autonomia, em relação aos outros órgãos de poder quanto mais directamente reflectir a sua pluralidade e estará tanto mais habilitado a atender às pressões da vida social conformada pela Constituição quanto mais aberto se revelar ao pluralismo de correntes jurídicas.

§ 2.0

A fiscalização da constitucionalidade em Portugal

99. Períodos de evolução

1 1 - No ecinstitucionalismo português podem ser assilnalados três grandes períodos na evolução e no desenvolvimento da fiscalização da constitucionalidade (1):

1.0) De 1822 a 1911 -na vigência das três Constituições monárquicas - a fiscalização é puramente política, a cargo das. Cortes (2), ainda que com tentativas, nas décadas finais, de abertura a certa intervenção dos tribunais;

2.0) De 1911 a 1976 -na vigência das Constituições de 1911 e 1933 e das leis constitucionais revolucionárias de 1974 e 1975 -, domina, em princípio, o modelo de fiscalização judicial difusa, mas atenuada por elementos de fiscalização política e, sobretudoi com pouca aplic ação prática;

3.0) A partir de 1976-na vigência da Constituição de 1976prevalece a fiscalização jurisdicíonal concentrada, mas integrada com fiscalização judicial difusa e, entre 1976 e 1986, com fiscalização política, dentro de um complexo sistema misto.

II - Se o primeiro período se apresenta relativamente homogéneo, já os dois subsequentes exigem ainda subdivisões.

No segundo período, sucedem-se três fases:

a) Entre 1911 e 1933, só fiscalização judicial difusa;

b) Entre 1933 e 1974, fiscalização judicial difusa, mas limitada;

(1) Sobre a fiscalização da constitucionalidade no Direito português, v. MAGALnXEs CoLAço, op. cit.~ págs. 43 e segs.; F. M. LOUREIRO, Lo problè~de 1'inconstitutionalité des lois au Portugal, in Revue du droit publio, 1936,págs. 441 e segs.; JORGE MIRANDA, Contributo..., cit., págs. 111 e segs., eAs Constituições Portuguesas, cit., págs. xL e segs.; MIGUEL GALV.KO TELES, A - concentração .... cit., págs. 191 e segs.; M. REBrLi~o DE SOUSA, 0 valor jurídico..., cit., págs. 39 e segs.

, (2) Constituição de 1822, arts. 102.0-11 e 118.-Iv; Carta Constitucional, arts. 15.0, § 7.0, e 139.0; Constituição de 1838, arts. 37.0-11 e 38.0

392 MamW de Direito Constituciond

c) Entre 1974 e 1976, fiscalização judicial difusa, embora comprimida pela competência de órgãos políticos revolucionários. No terceiro período, importa distinguir: a) Entre 1976 e 1982, fiscalização judicial difusa, fiscalização concentrada na Comissão Constitucional (que prefigura um Tribunal Constitucional) e fiscalização política cometida ao Conselho da Revolução; b) Desde 1982, fiscalização judicial difusa e fiscalização concentrada no Tribunal Constitucional.

100. A fiscalização da constitucionalidade nas Constituioes anteriores à de 1976

I - Se as Constituições de 1822, 1826 e 1838, directamente inspiradas no constitucionalismo de matriz francesa, não contemplaram nenhuma forma de apreciação da constitucionalidade pelos tribunais, nas últimas décadas da monarquia constitucional o problema veio a colocar-se com toda a acuidade a propósito dos decretos com força de lei dimanados do Governo estando as Cortes dissolvidas, os chamados decretos ditatoriais. Uma larga corrente doutrinal (1), jurisprudencial e política defendeu então que se concedesse aos tribunais o poder de conhecer da validade, senão de todas as leis, pelo menos dos actos do Poder Executivo; e tal chegou a constar mesmo do art. 10.o da frustrada proposta de lei de reforma da Carta Constitucional de 1900.

Por causa da discussão à volta dos decretos ditatoriais e - neste aspecto como noutros - por influxo da Constituição republicana brasileira de 1891 (que estabelecera um sistema

(1) V. MARNoco E SousA, Direito Político - Poderes do Estado, cit., págs. 781 e segs., maximo 783 (em que se apresentam os clássicos argumentos americanos: a subordinação da função legislativa à função constituinte e o poder dos tribunais de resolver as contradições entre lei constitucional e lei ordinária); ou ARTUR MONTENEGRO, 0 poder judicial, garante da legalidade, in 0 Direito, ano 32, pág. 145. Contra: josé TAVARES, 0 poder govffnamental no Direito Constitucional Português, Coimbra, 1909, págs. 187 e segs., OU PINTO OS6RIo, No Campo da justiça, Porto, 1914, págs. 110 e segs. e 199 e segs.

de fiscalização imitado do americano) (1), seria a Constituição de 1911 a primeira Constituição europeia a prescrever a fiscalização jurisdicional da constitucionalidade das leis. Dela curaria o seu bem conhecido art. 63.o (2).

0 art. 122.o (depois 123.0) da Constituição de 1933 confirmaria o princípio, não sem modificações importantes, umas de sinal positivo, outra que representou um grave retrocesso. Os tribunais - agora todos os tribunais, e não apenas os tribunais ordinários (3) - adquiriram a possibilidade de, oficiosamente, sem necessidade de arguição por qualquer das partes, indagarem da constitucionahdade das normas que tivessem de aplicar aos casos concretos. Deixaram, contudo, de conhecer de todas as manifestações de inconstitucionalidade, pois lhes ficou vedado pronunciar-se sobre a inconstitucionalidade orgânica e formal dos diplomas promulgados, afectando-se assim, a distribuição de competências entre os órgãos e, reflexamente, os direitos dos cidadãos ~).

As leis constitucionais provisórias publicadas depois de 25 de Abril de 1974 fizeram referência a uma fiscalização política da constítucionalidade sem nada disporem acerca da fiscalização jurisdicional. Mas o seu silêncio não devia ser entendido negati-

(1) A influência americana foi expressamente afirmada pelo presidente da Comissão do Projecto de Constituição, o Deputado Francisco Correia de Lemos, in Didrio da Assembleia Constituinte, sessão n.o 15, pág. 17.

(2) Cfr. MARNOCO E SOUSA, Comentdrio .... cit., págs. 581 e segs.; L~UGALHXES COLAÇO, Ensaio..., cit., págs. 54 e segs.; FEZAs VITAL, juris-

prudência crítica, cit., Zoe. cit., págs. 587 e segs.; CAETANO Go~ (ÇALVES, Supremo Tribunal de justiça, Coimbra, 1932, págs. 59 e segs., maxime 72 (contra a fiscalização judicial).

(3) Quanto ao Supremo Tribunal Administrativo, v. arts. 15.0, n.o 4, e 25.0, § 1.0, n.o 3, e § 2.% da respectiva lei org"ca (Decreto-Lei n.<> 40 768, de 8 de Setembro de 1956).

(4) Sobre a fiscalização da constitucionalidade à face da Constituição de 1933, v. AFoNso QuEiRó, 0 controlo da emstitucionalidade das leis, cit., kc. cit., págs. 207 e segs.; MARIO BATTAGLINI, COntribUtO alio studio comparato .... cit., loc. cit., págs. 701-702; ANDRÉ GONÇALVES PEREIRA, Da fiscalizaçtlo da constitucionalidade das leis no ultramar, Lisboa, 1966; MiGuEL GALv;.o TELES, EfiCdCia .... cit., págs. 134 e segs.; MARCELL<> CAETANO, Manual .... li, 6.a ed., cit, págs. 681 e segs.; JORGE MIRANDA, Ciência Política .... li, cit., págs. 499 e segs.; JORGE CAMPINOS, 0 PrOSideitcwismo do Estado Novo, cit., págs. 211 e segs.

vament.e. Não só o art. 123.o da Constituição de 1933 devia ter-se por um,dos preceitos desta ressalvados pelo art. 1.o da Lei n.o 3174, de 14 de Maio, como era lícito afirmar, à luz dos princípios e objectivos do Programa do Movimento das Forças Armadas, que a excepção respeitante à incoiistitucionalidade orgânica e foimal dos decretos promulgados ficara abolida por inerente à índole autoritária do regime caldo().

A experiência portuguesa anterior à Constituição actual foi, pois-salvo quanto à fiscalização no ultramar entre 1933 e 1974, concentiada em graus variados no Conselho Ultramarino (2), embora de duvidosa constitucíonalidade até 1971 (3) - uma experiência de fiscalização difusa, na esteira do modelo norte-americano. Não quer isto dizer, no entanto, que, pela sua prática e pelos seus frutos, pudesse aproximax-se do sistema vivido nos Estados Unidos. Muito longe disso.

II-Apesar do domínio da regra de fiscalização difusa-e paxa a corrigir ou paxa a substituir - houve, tanto na fase preparatória da

Lei Fundamental de 19 11 como na vigência da de 1933, projectos vários, tentativas e ensaios de fiscalização concentrada num supremo tribunal ou num órgão à maxgem dos tríbun;~i~-judiciais-~).,

(1) Foi o que sustentámos na altura: v. A Revoluçdo de 25 de Abril .... cit., págs. 99-100. Sobre a subsistência do controlo judicial da constitucionalidade, v., por todos, acórdão do Supremo Tribunal Administrativo, 1.a secção, de 8 de Abril de 1976, in Acórddos Doutrinais, ano-xv, n.o 179, Novembro de 1976, pág. 1371.

(2) Art. 199.o da Carta do Império Colonial de 1933, base xlviii da Lei Orgânica do Ultramar de 1953, base Lvii da Lei Orgânica de 1963 e base Lxvi da Lei Orgânica de 1972. 0 incidente de inconstitucionalidade levantado em qualquer tribunal ultramarino subia em sepaxado, para decisão, ao Conselho.

(8) V. Contributo.... cit., págs. 205 e segs., e autores citados.

(4) Por paxadoxal que pareça, foi um disploma destinado a impedir a apreciação judicial das leis que, primeiramente, introduziu no Direito português uma forma de concentração de competência atinente à inconstitucionaudade: foi o Decreto de 11 de julho de 1907 (Didrio do Governo, n.o 152, de 12 de julho), publicado porque um juiz de 1.a instância se tinha negado a reconhecer força obrigatória à primeira medida da ditadura dejoao Franco. E essa providência consistia em permitir a revisão pelo

Todos falharam, excepto a acabada de citar, concentração no Conselho Ultramarino.

Foram eles:

-Durante a discussão do que viria a ser o art. 63.o dá Constituição de 1911, o Deputado Goulart de Medeiros propôs - a substituição, do preceito vindo da Comissão que elaborou o projecto de Constituição, por este: «0 Supremo Tribunal de justiça, como primeira instância, jul-gará qualquer reclamação contra a promulgação de leis inconstitucionais. Deste tribunal há recurso para a Nação, que será consultada directamente»(') - o que seria uma forma algo original de referendo sobre inconstitucionalidade.

- Também o Deputado Antônio Macieira, frisando o perigo de divergência entre os juizes, propôs um § único dizendo: «As decisões sobre constitucionalidade das leis não produzirão esses efeitos sem confirmação do Supremo Tribunal de justiça até o qual haverá sempre recursos.

- 0 Deputado José Barbosa apresentou um Projecto de Constitukdo (Lisboa, 1911), em cujo art. 46.0 propunha: ~Ao Supremo Tribunal de justiça compete privativamente suspender, por sentença, as leis que forem, contráxias à Constituição da República».

- No seu ensino, o Prof. MarceRo Caetano pronunciou-se sempre * favor da concentração de competência e preconizou que na metrópole, * incidente de inconstitucionalidade subisse ao Tribunal áe Conflitos (2).

- 0 Deputado Afonso Pinto apresentou, em 1959, um projecto de revisão do corpo do art. 123.o da Constituição, de 1933, em que,se cometia. ao Supremo Tribunal de cada uma das ordens de jurisdição (Supremo Tribunal de justiça, Supremo Tribunal Militar e Supremo Tribunal Adffiinistrativo) a competência de apreciação da inconstitucionalidade (3).

Supremo Tribunal de justiça, reunido em tribunal pleno por iniciativa obri-' gatéria do Ministério Público e facultativa de qualquer das partes, das' decisões judiciais que recusassem força legal aos decretos do Poder Executivo. Cfr. PINTO OS6RIO, Op. Cit., PágS. 175 e, segs. (em que se acha transcrito um dos acórdão do Supremo, ao

abrigo do decreto -a págs. 235 e segs. - interessante por fundamentar largamente a incompetência dos tribunais para conhecerem da inconstitucionalidade na vigência da Carta).

0 decreto viria a ser declarado nulo pelo art. 95.-trgs da Lei de 9 de Setembro de 1908 (Didrio do Governo, n.o 205, de 12 de Setembro).

Didrio da Assembleia Nacional Constituinte, sessão n.O 49, de 15 de Agosto de 1911.

(2) V. Manual de Ciência Política o Direito Constitucional, 5.a ed., págs. 622 e segs.

(3) V. Didrio das SèssJes da Assembkia Nacional, 1959, n.O 90, pág. 415; n.o 118, pág. 913; n.o 123, pág. 1017; e n.o 131, págs. 1061 e 1062.

- 0 Programa para a Democratização da República, obra da Oposição Democrática em 1961, propôs que no Supremo Tribunal de justiça houvesse secções de contencioso eleitoral e de garantia das liberdades constitucionais.

- Em 1969, o advogado Ant6nio de Oliveira Braga, candidato pelo Comissão Eleitoral de Unidade Democrática pelo distrito de Braga, propôs que ' se estabelecesse em preceito constitucional que «suscitada a questão de inconstitucionalidade, o incidente sobe em separado ao Supremo Tribunal de justiça a fim de, funcionando em plenário, ser eniitida decisão a qual será obrigatória para todos os tribunais e autoridades administrativass.

- A revisão constitucional de 1971 aditou um § 1.o ao art. 123.0, estipulando que a lei poderia «concentrar em algum ou alguns tribunais a competência para a apreciação da inconstitucionalidade e conferir às decisões desses tribunais força obrigatória geral* (mas tal lei, afora no concemente ao Conselho Ultramarino, não chegou a ser editada) (1); simultaneamente, procurou clarificar a fiscalização parlamentar do cumprimento da Constituição, vinda de muito atrás, dispondo que a Assembleia Nacional poderia «declarar com força obrigatória geral, mas ressalvadas sempre as situações criadas pelos casos julgados, a inconstitucionalidade de quaisquer normas* (art. 91.0, n.o 2, não regulamentado pelo Regimento).

- Por último, em 1972, José de Magalhães Godinho preconizou, em livro (2), a criação de um Tribunal de Garantias Constitucionais.

101. 0 problema da fiscalização entre 1974 e 1976

1 - Depois da Revolução de 1974 dá-se um duplo confronto entre a fiscalização jurisdicional e a fiscalização política e entre a fiscalização difusa e a fiscalização concentrada- Dele haveria de emergir o sistema de garantia da constitucionalidade do texto inicial da Constituição.

II - No Direito constitucional intercalar, existiram, como há pouco se notou, fiscalização jurisdicional (nos termos descritos) e fiscalização política (a cargo da junta de Salvação Nacional, do Presidente da República e, sobretudo, do Conselho de Estado ou do Conselho da Revolução, este criado pela Lei n.O 5175, de 14 de Março, em substituição da junta e do Conselho de E~o). A junta vigiava q)elo cumprimento do Programa do Movi-

(1) Cfr. MGUEL GALvÃo TELzs, A comentraçtlo .... cit., toe. cit., págs. 198 e segs., e parecer da Câmara Corporativa, in Actas..., n.o 67, de 16 de Março de 1971, cit., págs. 648 e 660 e segs.

(2) Diro", L~dad« o Gara~, Lisboa, págs. 184 e ~.

mento das Forças Armadas e das leis constitucionais (art 10.0. n-O 1, da Lei n.o 3174, de 14 de Maio)». 0 Conselho de Estado - como sucessor,
aspecto, da Assembleia Nacional - podia declarar com força obrigatória geral a inconsütucionalidade de quaisquer no~ (". 13.<>, no 1, 3.o).

A 1.a Plataforma de Acordo Constitucional, de 13 de Abril de 1975. reduzia drasticamente a fiscalização jurisdicional, numa linha de acumu. lação do poder no Conselho da Revolução, de esvaziamento da função normativa da Constituição e de desconfiança perante a magistratura (dec~. tída por conservadora). Ao Conselho passaria, por regra, a competir apreciar a inconstitucionalidade das leis e de outros diplomas legislativos e aos tribunais apenas era deixado o poder de conhecer da i tu * idade fonnal (3.2, b».

A despeita disso, porém, foi preconizada, nesse ano de 1975, em dois livros a criação de um tribunal constitucional (1) e os projectos de Constituição levados à Assembleia Constituinte pelo Centro Democrático Social, pelo Partido Popular Democrático e pelo Partido Socialista ainda tentaram tornar o mais presente possível, no espaço não preenchido pelo Conselho da Revolução, a componente j~cional

Assim, no projecto do C. D. S. (cuja parte iv era dedicada à *defesa e revisão da Constituição#) chegava-se a prever um tribunal constitucional (arts. 133.0 e segs.). No projecto do P. P. D. pretendia-w extrair do sistema de fiscalização pelos tribunais judiciais o máximo de compressão dos poderes do Conselho da Revolução (art. i da disposições ~s e ~tórias). E, se bem que menos ambicioso no tocante à articulação entre os tribunais e o Conselho da Revolução, no projecto do P. S. instituía-se um Conselho de Defesa das Liberdades e da Garantia Constitucional (arts. 69.o e 70.«», que poderia ter sido o primeiro órgão específico dirigido à fLw.~~ preventiva da constitucionaiidade no Direito português.

III - A Assembleía Constituinte não viria a votar nenhum articulado sobre garantia da Constituição antes dos acontecimentos de 25 de Novembro de 1975.

Do texto da 5.a Comissão (sobre organização do poder político) conatava apenas como elemento de interesse, na ~ do projecto do P. S., um Conselho Consultivo Constitucional, que seria ouvido pelo Presidente da República «especialmente quanto ao respeito e garantia dos direitos e liberdades fundamentais, à defesa da legalidade democrática e à interpretação da Constituição em face do processo revolucionári<» (art 27.0 do texto da 5.a Comissão) (2).

(1) JORGE MIRANDA, Um predmo de Constituiçdo, cit., (aits. 291.0 e segs. e 341.o e segs.), e FRAmcisco LUCAS PIRFS, Uma Constituição Para Portugal, cit., págs. 91, 92, 108, 123 e segs. e 137 e segs.

(2) 0 art. 32.0, alínea e), do texto publicado no Didrio da Assem-

- 0 único debate - e curto e inconclusivo - ocorreria aquando da discussão na generalidade do texto da 6.a Comissão (sobre tribunais e que, aliás, não considerava a problemática da fiscalização). E nele se patenteariam orientações divergentes quanto à fiscalização jurisdicional, havendo então quem se pronunciasse a favor da criação de um tribunal constitucional, desde já, e quem defendesse a fiscalização difusa (1).

- Mas não tornaria a haver outro, porquanto, admitida pelos partidos a conveniência de novo Pacto e admitida também por eles a entrega ao Conselho da Revolução, no período inicial de vigência da Constituição, de uma parcela significativa da função de garantia, a questão ficaria devolvida para as negociações tendentes à sua

celebração; e a Assembleia só se ocuparia do tema para aprovar as cláusulas do Pacto transformadas em disposiçõw constitucionais.

IV - A contraproposta inicial do Conselho da Revolução (2) ia mais longe, em certos aspectos, do que a 1.8 Plataforma. Por uma banda, criava uma fiscalização preventiva e uma fiscalização de inconstitucionalidade por omissão, ali não previstas, e que se traduziam, a primeira, num autêntico veto absoluto por inconstitucionalidade (3.5, d» e, a segunda, na faculdade de, quando os órgãos legislativos continuassem a não adoptar as medidas legislativas recomendades nos prazos fixados pelo Presidente da República, o Conselho da Revolução se lhes substituir e emitir ele próprio tais medidas (3.4, b), e 3.6, c». Por outra banda, atribula ao Conselho da Revolução o julgamento das questões de inconstitucionalidade de quaisquer actos, fosse a título de questões prévias (verificada a sua viabilidade pelos tribunais)l fosse a título de questões principais, quando a lei permitisse a impugnação directa dos actos e o fundamento daquela residisse na inconstitucionalidade (3.4, c), e 3.7).

Todavia, junto do Conselho funcionaria numa Comissão Constitucional, de que dois terços dos membros seriam magistrados judiciais eleitos pelo Supremo Tribunal de justiça e pelo Supremo Tribunal Administrativo e um terço designado pelo Conselho da Revolução de entre juristas de reconhecida competência (3.8). A Comissão - cujo papel não era sem lembrar o tribunal constitucional no projecto de Constituição do C.D.S. ou o Supremo Tribunal de justiça no projecto do P. P. D. - daria parecer na fiscalização preventiva e na da inconstitucionalidade por omissão, diri-

bleia Constituinte (n.o 85, de 22 de Novembro de 1975), relativo ao Conselho da Revolução, pouco mais fazia que reproduzir a 1.a Plataforma.

(1) No primeiro sentido, Deputado Jorge Mranda; no segundo, Deputados José Luís Nunes e Barbosa de Melo. V. Didrio, n.o 96, de 17 de Dezembro de 1975, págs. 3099, 3100 e 3104 e segs.

(2) Publicada em Fontes o Trabalhos Preparatórios da Constituição, cit., ii,,págs. 1212 e segs.

giria os processos perante o Conselho da Revolução e submeter-lhe-ia os projectos de acórdão (3.9).,

Os moldes (não tanto as modalidades) de fiscalização preconizados pelo Conselho da Revolução não foram bem acolhidos pelos partidos, nomeadamente pelo P. P. D., que lhes formulou objecções e apresentou alternativas.

Advogou então o P. P. D. os seguintes princípios: - «I. Nos feitos submetidos a julgamento não podem os tribunais aplicar normas que,infrinjam o disposto nesta Constituição ou ofendam os princípios nela consignados~

2. No caso de a norma aplicável constar de lei, decreto-lei ou diplo~na legislativo equiparável, haverá recurso obrigatório da decL-Ao de não apli. cação para julgamento definitivo do caso concreto. - 3. 0 recurso referido no número anterior será interposto para um tribunal constituído pelo Provedor de justiça, por cinco juízes do S. T. J., cinco juízes do S. T. A. e um membro do C. R., que será o Presidente e terá voto de qualidade. - 4. Se uma mesma norma legislativa deixar de ser aplicada, com funda~mento na sua inconstitucionalidade, em três casos concretos, o tribunal referido no número anterior submetê-la-á ao C. R. para que este aprecie a sua conformidade com a Constituição e, sendo caso disso, declare a sua invalidade com força obrigatória geral. - S. A verificação de inconstitucionalidade orgânica das normas referidas no número dois será comunicada ao C. R., o qual poderá proceder imediatamente à declaração da sua invalidades.

0 regime acordado finalmente (Plataforma, 3.7 a 3.12) seguiria no essencial a proposta do P. P. D. Só lhe introduziria três modificações: em vez do recurso obrigatório logo, a necessidade de esgotamento dos recursos ordinários; em contrapartida, a prescrição de recurso obriga tório das decisões que aplicassem uma norma anteriormente julgada inconstitucional pelo tribunal de constitucionalidade; e a natureza mista deste tribunal que seria a Comissão Constitucional proposta pelo Conselho da Revolução.

A Assembleia Constituinte votaria praticamente sem discussão e quase por unanimidade o regime de fiscalização vindo da Plataforma de 26 4~9 Fevereiro de 1976 (1), convertendo-o no que viria a ser o título i da parte Iv da Constituição.

102. 0 sistema de fiscalização no texto inicial dá Constituição

I - Tivemos oportunidade já, no volume i, de mostrar como

o sistema de fiscalização da constitucionalidade adoptado em 1976 era um sistema bastante ambicioso, por pretender cobrir, todas

(1), V. Didrio, n.O 116, de 10 de Março de 1976, págs. 3827 e segs.,

ou quase todas as modalidades possíveis de controlo, e um sistema misto, por compreender os tribunais, o Conselho da Revolução e, entre aqueles e este, a Comissão Constitucional. E facilmente nos apercebemos de como a subsistência da fiscalização judicial era uma homenagem ao principio arreigado desde 1911 e uma afirmação do caxácter jurídico da garantia, a presença do Conselho da Revolução uma manifestação ou consolidação do elemento revolucionário e a criação da Comissão Constitucional como que a prefiguração de um tribunal constitucional(').

II - A fiscalização preventiva tinha por objecto, por um lado, as leis da Assembleia da República, os decretos-leis do Governo, os tratados * os acordos internacionais e, por outro lado, os decretos regionais (arts. 277.<> * 235.0, n.o 4). Aqueles eram sempre enviados ao Conselho da Revolução, simultaneamente com o seu envio ao Presidente da República para promulgação ou assinatura, mas o processo específico de fiscalização dependia de deliberação do Conselho ou de decisão do Presidente (sob a forma de requerimento). Ao invés, os decretos regionais apenas eram submetidos ao Conselho da Revolução quando o Ministro da República para a respectiva região autónoma suscitasse a questão de inconstitucionalidade, abrindo-se então necessariamente o processo.

A fiscalização consistia em parecer da Comissão Constitucional e em resolução do Conselho, a pronunciar-se ou não pela inconstitucionalidade. 0 prazo para o Conselho resolver era de 20 dias e podia ser encurtado, por urgência, pelo Presidente da República (art. 277.0. n.o 4).

Se o Conselho da Revolução se pronunciasse pela inconstitucionalidade, registar-se-ia veto vinculado do Presidente ou do Ministro da República. Mas havia que distinguir, consoante se tratasse de acto da Assembleia da República ou (por analogia) de uma das assembleias regionais ou de decreto do Governo. No primeiro caso, o acto poderia ainda vir a ser promulgado ou assinado, se fosse confirmado por maioria de dois terços dos Deputados presentes. No segundo caso, o decreto não poderia ser promulgado e o veto era absoluto (art. 278.0).

(1) Cfr. Gomzs CANoTiLHo e VITAL MoREiRA, op. cit., 1.8 ed., págs. 477 e segs. e 494 e segs.; ANDRÉ THOMASHAUSEN, op. cit., loc. cit., págs. 486 e 487; ANTÓNIO DE OL=IRA BRAGA, Os Direitos do Homem o a Constituição, in Revista da Ordem dos Advogados, 1977, págs. 447

e 448; M. RE13ELO DE SOUSA, Direito Constitucional, cit., págs. 385 e segs.; GOMES CANOTILHO, Op. cit., 2.8 ed., i, págs. 459 e segs.; LUCAS PIRES, Teoria da Constituição de 1976, cit., págs. 258 e segs.; ARMINDO RIBEIRO MENDES, 0 Conselho da Revolução o a Comissão Constitucional ma fiscalização da constitucionalidadé das leis, in Portugal - 0 sist--ma político o constitucional - 1974-1987, págs. 925 e segs.

Se o Conselho da Revolução não se pronunciasse pela inconstitacionalidade, o decreto seria submetido a promulgação ou a assinatura nos te~ gerais, podendo ainda o Presidente da República (mas não, parece, o Ministro da República) exercer veto político (arts. 139.o e 235.0, n.- 2 e 3).

III - A fiscalização a posteriori, diversamente da fiscalização a priori, versava já sobre normas e não sobre diplomas e podia ser concreta e abstracta, difusa e concentrada.

A fiscalização concreta assentava na competência difusa dos tribunais (art. 207.0), a fiscalização abstracta na competência concentrada do Conselho da Revolução (art. 281.0). Mas havia comunicação quer entre a fiscalização difusa e a fiscalização concentrada, quer entre a fiscalização concreta e a fiscalização abstracta - e esse era o elemento assaz inédito do sistema.

Comunicação entre a fiscalização difusa e a concentrada, na medida em que a Comissão Constitucional funcionava como tribunal de recurso obrigatoriamente quando o último tribunal para que coubesse recurso ordinário julgasse inconstitucional nortna constante de qualquer acto legislativo, decreto regulamentar ou diploma equiparável ou quando qualquer tribunal aplicasse norma julgada anteriormente inconstitucional pela Comissão (art. 282.% n.w 1 e 2). Comunicação entre a fiscalização concreta e a fiscalização abstracta, na medida em que, se a Comissão Constitucional julgasse três vezes inconstitucional materialmente uma norma, ou uma vez orgânica ou formalmente, o Conselho da Revolução podia (não devia) declarar a inconstitucionalidade com força obrigatória geral (1).

Mantinha-se, por conseguinte, o princípio da apreciação dispersa por todos os tribunais, judiciais e não judiciais, sem acepção (ao contrário da Constituição de 1933) de espécies de inconstitucic>nalidade. Todavia, ele só valia plenamente para normas não inseridas em leis, decretos regulamentares e diplomas equiparáveis (art. 282.0, n.o 3). Para as outras normas, as mais importantes do ordenamento jurídico, a fiscalização difusa sofria a compressão decorrente da existência da Comissão Constitucional - a fiscalização difusa, não a fiscalização jurisdicional, pois que a Comissão, como órgão de julgamento, era um verdadeiro tribunal (arts. 282.o e 283.0, n.O 3) (2).

(1) Não tendo para o efeito de ser emitido, por desnecessário, parerce pela Comissão Constitucional (art. 284.0, a contrario pelo menos).

(9) V. a fundamentação em A Constituiçjo de 1976, pág. 144, e na 1.a edição deste volume do Manual, págs. 645 e segs. Mas parte da douttina era de opinião diferente: CASTANI-IEIRA NEvEs, A Revolução o o Direito, cit., pág. 234, nota; AFONSO QUEIR6, Liç6es .... cit., i, pág. 378; CARDOSO DA COSTA, nota prévia a Normas constitucionais inconstitucio-nais? de 0. BACI-IOF, pág. x; e, de certa maneira, VIEIRA DE ANDRADE, Direito Constitucional, policopiado, Coimbra, 1977, págs. 349 e 358; e declarações

Quanto à fiscalização abstracta pelo Conselho da Revolução, o seu regime diferenciava-se bem do regime do citado art. 91.0, n.o 2, da Constituição de 1933 (no texto de 1971) em dois pontos do maior vulto, Enquanto que, na Assembleia Nacional de 1971 (ou no Conselho do Estado de 1974 ou no Conselho da Revolução de 1975), qualquer dos membros a promovia, agora o Conselho não tinha iniciativa, tinha de decidir a instância de certos órgãos (dotados de um direito de acção latissimo sensu) - o Presidente da República, o Presidente da Assembleia da República, o Primeiro-Ministro, o Provedor de justiça, o Procurador-Geral da República e, no tocante aos direitos constitucionais das regiões autónomas, as assembleias regionais. Enquanto que na Constituição de 1933 (quer no art. 91.0, n.o 2, quer no art. 123.0, § único, depois § 2.0), a Assembleia fixava ela própria os efeitos da inconstitucionalidade (salvo o respeito dos casos julgados), agora ao Conselho da Revolução era vedado fixar tais efeitos, isso competia às autoridades com poder de decisão no caso concreto e, em última palavra, aos tribunais('); o Conselho limitava-se a declaxar a inconstitucionalidade com força obrigatória geral; e algo de semelhante se passava com a Comissão Constitucional (art. 44.o ' n.o 1, do estatuto aprovado pelo Decreto-Lei n.o 503-F/76, de 30 de junho).

Enfim, fiscalização a posteriori vinha a ser também a nova figura de fiscalização (não de inconstitucionalidade, naturalmente) criada pela Constituição: a fiscalização da inconstitucionalidade por omissão (art. 279.0), cujo processo era de iniciativa do Conselho da Revolução, compreendia um parecer da Comissão Constitucional e terminava, quando fosse caso disso, com uma recomendação do Conselho ao órgão legislativo competente.

IV -A Comissão Constitucional foi o primeiro órgão específico de garantia da Constituição, o primeiro órgão instituído apenas para isso, em todo o constitucionalismo português (2) e a sua composição era análoga à composição corrente em tribunais constitucionais, pois, dos seus nove membros, quatro eram juízes,

de voto dos vogais EDUARDO CORREIA e AmÂNcio FERREIRA no acórdão n.O 40, de 28 de julho de 1977, da Comissão Constitucional, in apêndice ao Didrio da República, de 30 de Dezembro de 1977, págs. 76 e segs. e 78 e segs.

(1) V. a demonstração no parecer n.o 3178, de 19 de janeiro de 1978, da Comissão Constitucional, in -Pareceres, iv, págs. 229 e segs. Cfr. infra.

(2) Para uma visão geral, v. o nosso artigo Comissão Constitucional, in Verbo, xix, págs. 847 e segs., e, sobre a sua prática, MIGUEL Loi3o ANTUNES, A fiscalização da constit-ucionalidade das leis no Primeiro período constitucional: a Comissão Constitucional, in A ndlise Social, vol. xx (81-82), 1984-2.o e 3.0, págs. 309 e segs.

designados pelo Supremo Tribunal de justiça (um) e pelo Conselho Superior da Magistratura (três), e quatro, não juizes, designados pelo Presidente da República (um), pelo Conselho da Revolução (três) e pela Assembleia da República (um).

Não se tratava, porém, de um tribunal constitucional. Em primeiro lugar, porque desempenhava funções auxiliares de outro órgão, aliás de grande importância como se sabe. Em segundo lugar, porque, mesmo enquanto tribunal com concentração de competência em matéria de inconstitucionalidade, não estava investida de um poder exclusivo (ou prevalecente), nem de um poder genérico de decidir sobre a inconstitucionalidade de normas jurídicas: coexistia a par dos tribunais e só conhecia da inconstítucionalidade de certas normas.

Por causa da sua circunscrita intervenção houve quem tivesse afirmado que a Comissão não teria por razão de ser tanto defender a

Constituição quanto defender o poder legislativo contra o *governo dos juízes~). A explicação bem podia, contudo, ser diversa. 0 que se visaria seria essencialmente submeter a uma instância especializada as questões mais relevantes de inconstitucionalidade; e, para lá disso, abrir caminho, através da conjugação com o art. 281.0, n.o 2, à declaração de inconstitucionalidade com força obrigatória geral das correspondentes normas de Direito ordinário.

103. A fisc~ção da constitudonalidade na revisão constitucional de 1982

I - 0 tema da fiscalização da constítucionalidade foi dos temas fundamentais da revisão constitucional de 1981-1982, em virtude de a prevista extinção do Conselho da Revolução (1) obrigar a reponderar o sistema e haver uma mais ou menos clara

(1) Mesmo naquele projecto de revisão em que não se contemplava a extinção do Conselho - o do Paxtido Comunista Português - não deixava de se falar, em vez dele ou da Comissão Constitucional, em <iórgâo de controlo da constitucionalidade» ou em «órgão superior de controlo da constitucionalidade» (arts. 279 0, n.o 1, e 282.0, n.o 4, da Constituição, segundo esse projecto).

consciència de que o equilíbrio dos órgãos do poder e o sentido das normas constitucionais iriam depender do modo como a gaxantia viesse a se estruturada e posta em acção.

Em teoria, o legislador da revisão gozava de uma grande margem de liberdade para escolher o sistema que considerasse mais adequado, salvo o imperativo de conservação da fiscalizaçao tanto da inconstitucionalidade por acção quanto da inconstitucionalidade por omissão (art. 290.0, alínea m». Na prática, encontrava-se condicionado (como não podia deixar de ser) pelo sistema vindo de 1976 e pelos seus resultados, sem dúvida, largamente positivos.

Não se regressou, pois, pura e simplesmente, ao modelo da fiscalização difusa, nem se substituiu o Conselho da Revolução por um novo órgão político('). Entendeu-se que era altura de formar um Tribunal Constitucional (2) como órgão de contencioso de normas jurídicas que receberia as competências do Conselho, da Comissão Constitucional e, relativamente a actos respeitantes às regiões autónomas (segundo a Lei ii.o 15179, de 19 de Maio), do Supremo Tribunal Administrativo (3). Mas não se moldou o acesso ao Tribunal Constitucional, na fiscalização concreta, em termos idênticos aos que são adoptados na general,:dade dos países em que existe concentração do controlo -exactamente por causa da tradição da fiscalização judicial difusa.

II - Se a criação do Tribunal Constitucional foi aceite quase pacificamente- até por constar de dois projectos de revisão subscritos por Deputados de paxtidos que atingiam a maioria de 2/, ~) - algumas questões graves

(1) Como seria o Conselho Constitucional advogado no projecto de revisão do Movimento Democrático Português (arts. 226.-A e segs. da Constituição, segundo esse projecto).

(2) Conforme sustentámos então: v. Sobre a previsível criaçdo de ium Tribunal Constitucional, Lisboa, 1980.

(3) No texto inicial da Constituição, instituía-se, além disso, uma comissão consultiva para os assuntos das regiões autónomas (art. 236.0), também extinta em 1982.

(4) Projectos da Aliança Democrática e da Frente Republicana e Socialista, além do projecto (depois retirado) da Acção Social-Democrata Independente.

dividiam, à partida, os projectos de revisão submetidos a discussão da Assembleia da República.
Eram elas:

a) A manutenção ou não da fiscalização preventiva - porque o projecto da Aliança Democrática (não qualquer dos outros) preconizava a sua supressao;
b) A manutenção ou não da fiscalização da inconstitucionalidade por omissão, porque também o projecto da Aliança Democrática (não qualquer dos outros) incluía a sua eliminaçao;
C) A manter-se a fiscalização da inconstitucionalidade por omissão saber se deveria competir a um Conselho da República, ouvido o Tribunal Constitucional, por analogia com o sistema de 1976 (como constava do projecto da Frente Republicana e Socialista), ou se devia competir ao Tribunal Constitucional, por analogia com a fiscalização abstracta sucessiva (como era sustentado, embora sem referência ao Tribunal Constitucional, no projecto do Partido Comunista Português);
d) 0 regime de intervenção do Tribunal Constitucional na fiscalização concreta, por, num dos projectos (no da Frente Republicana e Socialista), se propor a subida ao Tribunal de qualquer questão de inconstitucionalidade não manifestamente infundada e não irrelevante para a causa e, nos demais (nos da Aliança Democrática, do Partido Comunista Português e do Movimento Democrático Português), se preferir manter, ou manter com alterações, o regime de recursos de 1976.

No tocante à composição do Tribunal Constitucional, havia diferenças entre os projectos da Aliança Democrática e da Frente Republicana Socialista, mas um ponto comum: a diversidade de origem ou de designação dos juizes. Mais tarde, porém, quase nos termos da revisão, a situação modificar-se-ia por via de acordo extraparlamentar; e, à volta deste ponto, abrir-se-ia também largo debate.

III - Estas cinco questões basicas viriam a ser decididas dos seguintes modos:

a)

Manteve-se a fiscalização preventiva, com algumas

modificações - por ela ser considerada útil no domínio dos diplomas mais importantes da ordem jurídica como forma de evitar factos consumados, por ela ser particularmente necessária paxa os decretos legislativos regionais e por, sendo cometido o podei de iniciativa ao Presidente da República e aos Ministros da Repú-

blíca, traduzir-se numa espécie de veto translativo, afinal de menor gravidade que o veto político de que eles dispunham;
Manteve-se a fiscalização da inconstítucionalidade por omissão -por ser limite material da revisão constitucional;

C) Organizou-se a fiscalização da inconstitucionalidade por omissão por via de decisão declarativa do Tribunal Constitucional - por aproveitamento do esquema paralelo da fiscalização sucessiva de normas e por o Conselho de Estado então criado ou restaurado não ter senão funções consultivas do Presidente da República (novo axt. 148.0 do texto constitucional);
d) Para efeito de fiscalização concreta, configurou-se o Tribunal Constitucional como tribunal de recursos, mas em moldes bastante mais abertos do que, antes, a Comissão Constitucional - por compromisso entre os diversos projectos de revisão;
e) Estabeleceu-se a composição do Tribunal com 10 membros eleitos pela Assembleia da República, por maioria de dois terços, e 3 outros cooptados por aqueles - e devendo 6 dos juízes ser escolhidos de

entre juízes dos restantes tribunais e os demais de entre juristas (').

IV -Imediatamente a seguir à revisão, foi aprovada a lei relativa à organização, ao funcionamento e ao processo do Tribunal: a Lei n.o 28182, de 15 de Novembro (2).

b)

(1) Considerámos, e continuamos a considerar, esta composição criticável por três motivos: 1.0) por não assegurar a pluralidade de origens propiciadora do máximo equilíbrio possível do sistema; 2.0) por ser incongruente com o sistema de governo semipresidencial; 3.0) por a designação parlamentar de juízes de carreira introduzir conotações político-partidárias na magistratura. V. Revisdo Constitucional o Democracia, cit., págs. 184-185 e 240 e segs.

(2) Os textos relativos à elaboração desta lei foram publicados pela própria Assembleia da República, Organizaçdo, funcionamento e processo do Tribunal Constitucional, Lisboa, 1984. Cfr. de BARBOSA DE MELO e CARDOSO DA COSTA, Projecto de lei sobre a organizaçdo, funcionamento e processo do Tribunal Constitucional, Coimbra, 1985.

104. A fiscalização da constitucionalidade na revisão constitucional de 1989

I - A revisão constitucional de 1989 também atingiu alguns aspectos da justiça constitucional, quer no tocante ao Tribunal Constitucional, quer no tocante ao próprio regime substantivo e processual de fiscalização.

Uma primeira modificação foi de ordem sistemática: entendeu-se que se justificava - por causa do papel proeminente do Tribunal Constitucional, pela especialidade das suas funções e até por questões de protocolo de Estado - por um lado, autonomizar o seu estatuto (1) e, por outro lado, transferir para aí as normas organizatórias até então localizadas na parte iv (de #Garantia e revisão da Constituição*) (2). Para tanto, bastaria abrir um novo capítulo no título dos tribunais, mas preferiu-se (menos satisfatoriamente) estabelecer um título a seguir a esse.

Aliás, o art. 211.o ao fixar as (xcategorias de tribunais*, continua a incluir aí o Tribunal Constitucional (ao lado dos tribunais judiciais, dos administrativos e fiscais, do Tribunal de Contas e dos tribunais militares); e, por isso, regras gerais como as da vinculatividade das suas decisões e das garantias e incompatibilidades dos juizos (axts. 208.0 e 218.0) aplicam-se-lhe automaticamente (3).

Nesse mesmo título (o vi da parte iii da Constituição), as principais inovações trazidas pela revisão constitucional frente ao texto anterior a 1989 foram as seguintes:

- A definição do Tribunal Constitucional (axt. 223.0);
- A possibilidade de a Assembleia da República (ou Parlamento) eleger como juízes do Tribunal Constitucional mais de três juizes dos restantes tribunais, e não apenas três como acontecia desde 1982 (art. 224.0, n.o 2);
- A explicitação da possibilidade de funcionamento por secções não só para efeito de fiscalização concreta da constitucionalidade e da legalidade mas também para o exercício de outras competências nos termos da lei (art. 226.(>, n.o 2);
- A previsão de recurso para o plenário do Tribunal Constitucional de decisões contraditórias no domínio da mesma norma (art. 226.0, n.O 3)

(1) Isso mesmo foi afirmado pelos Deputados Almeida Santos e

Rui Machete na comissão eventual de revisão constitucional: v. Didrio da A ssembleia da República, v legislatura, 2.a sessão legislativa, 2.8 série, n.o 90-RC, acta n.o 88, reunião de 10 de Fevereiro de 1989, pág. 653; e n.o 107-RC, acta n.o 105, reunião de 17 de Março de 1989, pág. 2993.

Anteriores arts. 284.o e 285.o

Como diz, por mera redundância, o novo art. 224.0, n.O 5, da Constituição.

~inovaçã.o, como é evidente, destinada a propiciar a harmonia de julgados, superando uma anterior omissão ou deficiência do regime do Tribunal (1).

No título 1 (2) da parte v, para lá de um regime específico de fiscalização preventiva das leis orgânicas e de outras modificações de menor vulto (a considerar nos lugares próprios do próximo capítulo), a revisão veio instituir - ultrapassando a anterior controvérsia ~) - o controlo sucessivo, concreto e abstracto, da legalidade de normas jurídicas frente às «leis de valor reforçado» ou leis ordinárias reforçadas (novos preceitos dos arts. 280.0, n.o 2, alínea c), e 281.0, n.O 1, alínea b» (4).

Em contrapartida, não resolveu a revisão o problema da contradição entre lei e tratado (5). Mas, pouco depois, a alteração feita à Lei n.o 28182 pela Lei n.o 65/89, de 7 de Setembro, admitiu recurso para o Tribunal Constitucional das decisões de tribunais «que recusem a aplicação de norma constante de acto legislativo com fundamento na sua contrariedade com uma convenção inteinacional ou a apliquem em desconformidade com o anteriormente decidido sobre a questão pelo Tribunal Constitucional» (art. 70.0, n.o 1, alínea i), completado pelos novos arts. 75.0-A, n.o 4, 79.0-D, n.o 7, e 80.0, n.o 5) ~) (7).

(1) V. a intervenção do Deputado José Magalhães, in Diário da Assembleia da República, v legislatura, 2.a sessão legislativa, 2.a série, n.o 107-RC, acta n.o 105, reunião de 17 de Março de 1989, pág. 2999.

(2) Doravante, não dividido em capítulos.

(8) Na primeira revisão constitucional, o assunto fora apenas visto de relance: v. Diário da Assembleia da República, ii legislatura, 2.a sessão Iegislativa, 2.a série, supl. ao n.c> 72, pág. 1330(23).

(4) E estas leis não são apenas as leis orgânicas (como se sabe), não se justificando aduzir um argumento a contrario do art. 115.0, n.O 2, 2.a parte: assim, Funções, órgãos e Actos .... cit., pág. 289; e intervenção do Deputado Antônio Vitorino, in Diário da A ssembleia da República, v legislatura, 2.a sessão legislativa, 1.a série, n.o 85, reunião de 22 de Maio de 1989, pág. 4193.

(r» Apesar de um dos projectos de revisão (o dos Deputados do Partido Comunista Português) o contemplar: art. 277.0, n.o 3, 2.a parte prdposto.

(6) Sobre a alteração, v. apenas a referência do Deputado José Magalhães aquando do debate parlamentar (Diário da Assembleia da República, v legislatura, 2.a sessão legislativa, 1.a série, n.o 105, reunião de 12 de julho de 1989, pág. 5163).

(7) Pode-se impugnar - e já o foi (v. Rui MEDEIROS, ReJaç&s entre

II -Não obteve acolhimento a proposta de criação de lima acção directa de constitucionalidade para defesa dos direitos, liberdades e garantias, de uma acçffo constitucionaj de defesa (1).

Para além das dificuldades inerentes à figura (2)~ terão tam,_ bém contribuído para isso - e, parece deverem continuar a contribuir

no futuro - duas importantíssimas facetas do sistema português de garantia: o direito dos cidadãos de recorrerem para o Tribunal Constitucional de decisões dos tribunais que apliquem norma cuja inconstitucionalidade eles hajam suscitado durante o processo (actual art. 280.0, n.o 1, alínea b), da Constituição) e o poder de iniciativa da fiscalização abstracta sucessiva, por acção e por omissão, do Provedor de justiça (arts. 281.0, n.o 2, alínea d), e 283.0, n.o 1), perante o qual os cidadãos podem exercer direito de petição (art. 23.0). São já duas vias de acesso directo ou quabe directo ao Tribunal.

normas constantes de convenções internacionais e normas legislativasna Constituição de 1976, in 0 Direito, 1990, págs. 375-376) -a constitucionahdade da nova alínea i) do art. 70.o da Lei n.o 28/86: o legislador ordinário não poderia conferir ao Tribunal uma competência de controlo que a Constituiçã,o manifestamente lhe não confere.

Todavia, a partir da cláusula geral do art. 225.0, n.o 3 (por força da qual ao Tribunal Constitucional se cometem «as demais funções que lhe sejam atribuídas pela Constituição e pela lei»), será possível encontrar uma fundamentação para aquela alínea, se se considerar que a fiscalização da conformidade das leis com os tratados se não confunde com a fiscalização da legalidade stricto sensu dos arts. 280.o e 281.0. De resto, é também com base nessa cláusula que se compreende a competência do Tribunal relativamente a Macau (de que trataremos infra), até agora nunca contestada.

(1) Art. 20.0-A da Constituição, segundo o projecto do Partido Comunista Português: «1. Haverá acção constitucional de defesa junto do Tribunal Constitucional contra quaisquer actos ou omissões dos poderes públicos que lesem directamente direitos, liberdades e garantias, quando eles não sejam susceptíveis de impugnação junto dos demais tribunais».

V. o debate, in Diário da Assembleia da República, v legislatura, 1.a sessão legislativa, 2.a série, n.o 7-C, acta n.o 5, reunião de 6 de Abril de 1988, págs. 146 e segs.; n.o 67-RC, acta n.o 65, reunião de 7 de Dezembro de 1988, págs. 2037 e segs.; e 1.8 série, n.(> 66, reunião de 19 de Abril de 1989, págs. 2292 e segs.

(2) Cir. GomEs CANOTILHO, Para uma teoria pluralística da jurisdiçclo constitucional, cit., loc. cit., págs. 24-25.

105. Quadro actual de competências de Tribunal Constitucional

I -A Constituição define o Tribunal Constitucional como o (dxibunal ao qual compete administrar a justiça em matérias de natureza jurídico-constitucional)) (art. 223.0).

A amplitude da fórmula destina-se a frisar que o Tribunal Constitucional não se confina a órgão de fiscalização da constitucionalidade e da legalidade -- possui outras competências -, nem é o único órgão de fiscalização - são-no iguamente os tribunais (art. 207.0).

II -São outras competências previstas na Constituição:

a) Competências relativas ao Presidente da República: verificar a morte e declarar a impossibilidade física permanente, verificar os impedimentos temporários para o exercício das suas funções e verificar a perda do cargo nos casos previstos nos arts. 132.0, n.(> 3, e 133.0, n.o 3 (axt. 225.0, n.o 2, alíneas a) e b».

b) Competências relativas a processos eleitorais: admitir as candidaturas para Presidente da República (art. 127.c>, n.o 2), verificar a morte e declarar a incapacidade para o exercício da função presidencial de qualquer candidato a Presidente da República (art. 225.0, n.o 2, alínea d», julgar em última instância a regularidade e a validade dos actos de processo eleitoral (art. 225.0, n.o 2, alínea c».

c) Competências relativas a referendos: verificax previamente a constitucionaiidade e a legalidade dos referendos (nacionais) e das consultas directas aos eleitores a nível local (art. 225.0, n.o 2, alínea f».

d) Competências relativas a partidos: verificar a legalidade, da constituição de partidos políticos e suas coligações, apreciar a legalidade das suas denominações, siglas e símbolos e ordenar a respectiva extinção, nos termos da Constituição e da lei (art. 225.% n.o 2, alínea e».

E competências previstas na lei:

a) Competências relativas a processos eleitorais: competências relativas tanto à eleição do Presidente da República (art. 8.0, alíneas a), b), c) e d), da Lei n.0 28182, de 15 de Novembro) como às eleições para a Assembleia da República, as assembleias legislativas regionais, os órgãos do poder local e o Parlamento Europeu (art. 8.0, alíneas d) e e»; e ainda competência para julgar os recursos interpostos de actos administrativos praticados pela Comissão Nacional de Eleições ou por outros órgãos da administração eleitoral (art. 8.<>, alínea f».

b) Competências relativas a partidos políticos, coligações e frentes (art. 9.0).

c) Competências relativas a organizações que perfilhem a ideologia fascista- declarar que uma organização perfilha a ideologia fascista, nos termos e para os efeitos da Lei n.o 64178, de 6 de Outubro, e decretar a sua extinção (art. 10.0). d) Competências relativas ao controlo público da riqueza dos titulares de cargos políticos, mediante o registo das respectivas declarações (art. 5.o da Lei n.o 4183, de 2 de Abril).

CAPITULO III

Regime actual de fiscalização no Direito Português

§ 1.o

Aspectos gerais

106. Inconstitucionalidade, garantia e fiscalização no texto constitucional

I - 0 art. 277.o da Constituição de 1976 reporta-se a normas jurídicas. Não significa isto, no entanto (como já se notou) que a inconstitucionalidade se circunscreva ao domínio dos actos nortnativos; significa tão-só que o regime de fiscalização ex Professo adoptado na Constituição versa sobre esses actos ~).

('L) Sobre o regime actual da fiscalização da constitucionalidade no Direito português, v. J. M. CARDOSO DA COSTA, A jurisdição constitucional em Portugal, in Estudos em homenagem ao Prof. Doutor Afonso Rodrígues Queiró, obra colectiva, i, Coimbra, 1984, págs. 209 e segs.; VITALINO CANAS, IntroduçcTo..., cit.; 0 Ministério Público o a defesa da Constituiçdo, separata da Revista do Ministério Público, vol. 20, e Os processos de fiscalizaçdo da constitucionalidado e da legalidade pelo Tribunal Constitucional - Natureza o princípios estruturais, Coimbra, 1986; JOSÉ MÁRIO FERREIRA DE ALMEIDA, A justiça constitucional em Portugal, Lisboa, 1985; GomEs CANOTILHO e VITAL MOREIRA, op. cit., ri, págs. 461 e segs.; n.o 314, de Dezembro de 1985, da revista Progresso do Direito (jornadas sobre a justiça constitucional em Portugal); GomEs CANOTILHO, Direito Constitucional, cit., págs. 709 e segs., e Direito, direitos - Tribunal, tribunais, in Portugal 0 siste->na político o

constitucional - 1974-1987, págs. 901 e segs.; OL=IRA ASCENSÃO, Os acórddos e^ força obrigatória geral do Tribunal Constitucional como f~ de Direito, in Nos Dez A nos da Constituiç£To, obra colectiva, Lisboa, 1987, págs. 249 e segs.; NUNES DE ALmnIDA, A justiça constitu-

Este regime tem por órgãos os tribunais em geral (axt. 207.0) e o Tribunal Constitucional em especial (arts. 223.0 e segs. e 278.o e segs. e Lei n.o 28182, com as modificações introduzidas em 1985 e em 1989).

. II - Não são os tribunais, sublinhe-se, os únicos órgãos de garantia da constitucionalidade existentes entre nós. À Assembleia da República -na linha dos Parlamentos das Constituiçoes anteriores - é conferido o poder de <Mgiar pelo cumprimento da Constituição e das leis» (art. 165.0, alínea a».

Simplesmente, a Assembleia se pode - e deve - dscutír e apreciar a constitucionalidade de quaisquer actos - normativos e não normativos - de quaisquer órgãos do Estado, não pode praticar nenhum acto jurídico relevante que os atinja ou os seus efeitos. Não pode declarar a inconstitucíonalidade com força obrigatória geral (1) - o único órgão que o pode fazer é o Tribunal Constitucional (art. 281.0) - ou declarai juridicamente inexistente, nulo ou ineficaz qualquer acto, anulá-lo ou sequer suspendê-lo por ínconstitucional. Mesmo o instituto da ratificação de decretos-leis (e, desde 1989, de decretos legíslativos regionais publicados ao abrigo de autorizações legislativas) serve apenas de controlo de mérito, e não de validade (2).

III - Há órgãos políticos e outros que se inserem no processo de fiscalização: o Presidente da República e os demais órgãos que

cional » quadro das funções do Estado, in justiça constitucional e Espécies, conteúdo o efeitos das decis6es .... 3.a parte, págs. 111 e segs.; DIARCELO l~E13ELO DE SOUSA, 0 valorj-urídico .... cit., págs. 86 e segs.; JORGE MIRANDA, Die Verfassungsgerichtliche hontrolte in Portugal, in Richterliche Verfassungskontrollo im Lateinamerika, Spaniem und Portugal, págs. 81 e segs.; La justice Constitutiom-nelle au Portugal, obra colectiva, Paris, 1989 (espkcialmente a i.& parte, de PIERRF- BON, págs. 21 e segs.).

(1) Ao contrário do que acontecia (como vimos) com a Assembleia Nacional da Constituição de 1933, pelo menos entre 1971 e 1974 (art. 91.0, n.O 2) e com o Conselho de Estado de 1974, depois Conselho da Revolução (art. 13.0, n.o 1, 3.0, da Lei n.o 3/74, de 14 de Maio).

(2) V. a demonstração em A ratificação no Direito Constitucional Português, in Estudos sobre a Constituição, iii, págs. 612 e segs.

podem desencadear fiscalização abstracta - preventiva, sucessiva e de inconstitucionalidade por omissão (arts. 278.0, 281.o e 283.o). Mas trata-se aí, evidentemente, de órgãos de iniciativa, e não de decisão.

IV - Se o regime constitucional de fiscalização toma por objecto exclusivamente actos normativos, em contrapartida toma-os quer no plano da inconstitucionalidade quer no plano da ilegalidade, nos moldes apontados.

107. Objecto da fiscalização: normas ou actos normativos

I - A fiscalização da constitucionalidade e da legalidade é de normas jurídicas (arts. 207.0, 227.o e segs. e 288.0, alínea 1), da Constituição) e norma implica, na acepção comum da Ciência e de

experiências jurídicas, generalidade e abstracção ou, pelo menos (por causa dos chamados leis-medida), generalidade.

Também os actos legislatívos devem ser actos normativos ou leis em sentido material e não apenas em sentido formal, embora sejam admissíveis diferentes gradações de exigência constitucional (1). Se um acto sob forma de lei tiver conteúdo não normativo, maximo se for um acto administrativo, escapa, logicamente, ao regime de fiscalização.

Tal a doutrina que temos sustentado (2) e que não vemos razão para alterar. Não aquela que tem sido, reiteradamente, seguida pela Comissão Constitucional, primeiro, e, hoje, pelo Tribunal Constitucional: uma e outro têm adoptado uma noção «funcíonal» de lei, de acordo com o qual todo o preceito inserido em acto legislativo, me-,mo se individual e concreto, é passível de controlo pelos órgãos específicos de fiscalização (3).

(1) Para desenvolvimento, v. Funções, órgdos o Actos do Estado, cit., págs. 172 e segs.

(2) Declaração de voto anexa ao parecer n.o 3178 da Comissão Constitucional; 2.a ed. deste tomo, pág. 345; Funções, órgãos e Actos do Estado, cit., págs. 195 e 196.

(3) V., por exemplo, parecer n.o 3/78, cit., loc. cit., págs. 229 e segs.; acórdão n.o 157188, de 7 de julho de 1988, in Didrio da República, 1.& série,

Esta jmisprudéncia constante surgiu em resposta a uma (lamentável) orientação restritiva do Supremo Tribunal Administrativo (1), com vista a suprir os meios de controlo jurídico do poder. Mas deixou de ter grande justificação, quando, a partir de 1982, ficou assente a garantia de recurso contencioso contra quaisquer actos administrativos independentemente da sua forma (art. 268.0, n.o 4).

II - Excluídos do controlo do Tribunal Constitucional encontram-se os actos não noimativos típicos que são os actos políticos ou de governo (2)~ os actos administrativos e as decisões judiciais. Há outras formas de fiscalização, mais ajustadas à sua natuieza, a que estão sujeitos -se bem que, quanto aos primeiros, se registe um sensível défice de garantias dos seus eventuais destinatários.

0 programa do Governo - do qual constam as principais orientaçõw políticas e medidas a adoptar nos diversos domínios da actividade governamental (art. 191.0 da Constituição) - não é um acto normativo, nem os homólogos programas de governo regional, nem os planos de actividades de autarquias locais. Só medidas legislativas actuais - constantes de leis e não projectadas no futuro, podem ser objecto de fiscalização da constitucionalidade.

III - Naturalmente, os actos políticos ou de governo devem ser conformes com a Constituição para serem válidos (art. 3.0, n.O 3) e podem ser apreciados pelo Parlamento no âmbito da competência geral acabada de lembrar (art. 165.0, alínea a».

Além disso, há actos políticos portadores de vícios de tal maneira graves que da própria Constituição resulta serem juridicamente inexistente ~), sendo de admitir então a sua arguição

n.O 171, de 25 de julho de 1988; acórdão n.o 168188, de 13 de julho de 1988, ibidem, 1.a série, n.o 235, de 11 de Outubro de 1988.

(1) Cfr. Decreto, cit., págs. 125 e segs.

(2) Cfr., embora produzido no primeiro período constitucional, o parecer n.O 19/80 da Comissão Constitucional, de 17 de junho de 1980, in Pareceres, xii, págs. 227 e segs.

(8) Cfr. supra.

incidentalmente ou por via de #,-xcepção (1), inclusive perante o Tribunal Constitucional (2).

Todavia, nem tudo fica coberto deste modo. Podem ser praticados actos políticos que afectem, inconstitucionalmente, direitos de cidadãos ou situações funcionais de titulares de cargos públicos sem que eles tenham a possibilidade jurídica de reagir (v. g., suspensão de Deputado pela Assembleia da República por causa de voto ou opinião emitida no exercício das suas funções, em contravenção do art. 160.0). E, por conseguinte, o problema do controlo jurisdicional desses actos continua em aberto ~).

IV - Unica excepção diz respeito aos referendos, nacional e local, sujeitos a fiscalização preventiva de constitucionalidade e de legalidade pelo Tribunal Constitucional (art. 225.0, n.o 2, alínea b», embora nos termos das respectivas leis (e não da Constituição ou da lei do Tribunal Constitucional).

Não é acto normativo o referendo nacional, porque, desde logo, o art. 118.0, n.o 2, prescreve que ele recai sobre questões que devam ser decididas pela Assembleia da República ou pelo Governo através de aprovação de convenção internacional ou de acto legislativo ~).

já o referendo local podeiia ser um acto noimativo, porque o art. 241.(>, n.o 3, diz que ele se refere a matirias incluídas na competência exclusiva dos órgãos das autarquias locais, nos casos, nos termos e com a eficácia que a lei estabelecer, e o art. 242.o atribui às autarquias locais poder regulamentar Próprio. Contudo, a Lei

(1) Neste sentido, AFoNso QUEIR6, «A CTOS de gOVerno» e contencioso de anulação, Coimbra, 1970, págs. 28 e 29.

(2) Cfr. CRISTINA QUE1ROZ, Os Actos Políticos .... cit., págs. 188, nota.

(8) 0 projecto de Constituição do Centro Democrático Social, o projecto de FRANcisco SÁ CARNEIRO, Uma Constituiçdo para os Anos 80 (Lisboa, 1979), e os projectos de revisão constitucional de 1987 do Centro Democrático Social e do Partido Comunista Português tentaram estabelecer fiscalização de constitucionalidade de actos políticos, mas os dois primeiros sem cuidarem de um regime diferenciado de arguição.

V. o debate na segunda revisão constitucional, in Didrio da Assembleia da República, v legislatura, 1.a sessão legislativa, 2.a série, n.o 55-RC, acta n.o 53, reunião de 28 de julho de 1988, págs. 1789 e segs.

(4) V. Funções, órgdos e Actos..., cit., págs. 225 e segs.

n.o 49190, de 24 de Agosto, que regula o instituto, apesar de atribuir às consultas eficácia deliberativa (art. 5.0), inculca um sistema semelhante ao do referendo nacional: os eleitores não praticam nenhum acto de âmbito local; deliberam, sim, sobre como os respectivos órgãos locais devem deliberar (art. 2.0); não há regulamentos locais emanados directamente do povo; só há regulamentos locais emanados dos órgãos representativos das autarquias, e são estes os fiscalizáveis, como actos normativos.

V - No que concerne aos actos administrativos, eles poderão ser inconstitucionais, por violação directa de normas da Constituição ou por se fundarem em lei inconstitucional, e como tais impugnáveis - sendo a inconstitucionalidade então violaçjo da lei (1) - mas os tribunais competentes para os julgarem são os tribunais administrativos (art. 214.0), e não o Tribunal Constitucional.

VI - Quanto às decisões judiciais, o meio próprio de impugnação consiste no recurso para tribunal superior.

0 próprio recurso para o Tribunal Constitucional na fiscalização concreta (art. 280.0) não se fundamenta em

inconstitucionalidade ou ilegalidade de uma decisão, mas sim em inconstitucionalidade ou ilegalidade da norma aplicada ou não aplicada. É somente através desta questão, a apreciar de novo, agora pelo Tribunal Constitucional, que releva a anterior decisão judicial (2).

108. Objecto da fiscalização: normas ou actos normativos públicos

I - A fiscalização da constitucionalídade e da legalidade versa sobre normas jurídicas ou actos normativos; e não se trata

(1) Cfr. AFONSO Ç),UEIR6, LiÇõeS .... cit., págs. 323 e segs.
(1) Cfr., entre tantos, acórdão n.o 130/86, de 16 de Abril de 1986, in Didrio da República, 2.a série, n.O 299, de 30 de Dezembro de 1986; acórdão n.o 391/89, de 17 de Maio de 1989, ibidem, 2.a série, n.o 212, de 14 de Setembro de 1989; acórdão n.O 125/90, de 19 de Abril de 1990, ibidem, 2.a série, n.o 204, de 4 de Setembro de 1990.

- em consonância com os conceitos expostos - senão de normas ou de actos normativos públicos, expressão de poder público.
Insusceptíveis de fiscalização são as normas privadas(), sejam as decorrentes da autonomia privada (contratos norinativos, cláusulas ou compromissos arbitrais), sejam as decorrentes da autonomia associativa lato sensu (estatutos de associações e fundaçoes, pactos sociais, regulamentos internos de pessoas colectivas privadas) (2), sejam as fundadas na autonomia colectiva (convenções colectivas de trabalho) 0).

II - Normas ou actos normativos públicos abrangem:
a) Normas constitucionais introduzidas por revisão constitucional ~) ou a lei de revisão, com as suas disposições transitórias ~);
b) Actos legislativos - leis, decretos-leis e decretos legislativos regionais (art. 115.0).
Dentre as leis da Assembleia da República contam-se as de autorização legislativa, que podem estar inquinadas tanto de inconstitucionalidade formal e orgânica quanto de inconstitucionalidade material (se o seu sentido contradisser uma norma constitucional de fundo) ~). Por outro lado, a lei orçamental envolve os mapas anexos, os quais possuem eles próprios natureza normativa ~);

(1) V., por último, acórdão n.o 472189 do Tribunal Constitucional, de 12 de julho de 1989, in Didrio da República, 2.a série, n.o 219, de 22 de Setembro de 1989.
(2) Assim, acórdão n.o 156188 do Tribunal Constitucional, de 29 de junho de 1988, in Didrio da República, 2.a série, n.o 216, de 17 de Setembro de 1988 (embora aí se controvertesse o regulamento de uma empresa pública).
(3) Diferentemente, GomEs CANOTILHO e VITAL MoREiRA, op. cit., ii, pág. 474; e, de certo modo, acórdão n.o 151185, de 31 de julho de 1985 (Didrio da República, 2.a série, n.o 301, de 31 de Dezembro de 1985).
Cfr. supra.
Como aconteceu nas Leis Constitucionais n.o 1182 e n.o 1189.
Cfr., mais vincadamente, o acórdão n.O 107188 do Tribunal Constitucional, de 31 de Maio de 1988, in Didrio da República, 1.a série, n.o 141, de 21 de junho de 1988.
C) TEIXEIRA RIBEIRO, Liç6es de Finanças Públicas, 2.a ed., 1984, págs. 101 e 280; acórdão n.O 317186 do Tribunal Constitucional, de 19 de

c) Actos normativos da Assembleia da República sem -',)rma de lei ou conexos com actos de fiscalização política.

Englobam-se aqui a resolução da Comissão Perman<-,nte de autorização da declaração de estado de sítio ou de emergência, quando a Assembleia não esteja reunida, nem seja possível a sua reunião imediata (arts. 182.0, n.o 3, alínea f), 169.0, n.o 5, e 141.0); a resolução da Assembleia ou, não estando reunida nem sendo possível a sua reunião imediata, a da Comissão Permanente, de autorização da declaração de guerra (arts. 138.0, alínea c), 164.o, alínea n), 169.0, n.os 3 e 5, e 182.0, n.o 3, alínea f) ; e as resoluções da Assembleia da República de suspensão da execução e de recusa de ratificação de decretos-leis e de decietos legislativos regionais publicados no uso de autorização legislaiiva (arts. 165.0, alínea c), 169.0, n.o 5, 172.o e 229.0, n.o 4, 2.a parte).

Estas últimas resoluções não podem deixax de ser alvo de fiscalização, porquanto têm eficácia formal positiva de leí: embora não criem novas nonnas, impedem a continuação da vigência, provisória ou definitivamente, de normas legislativas precedentes (1);

d) Decretos normativos do Presidente da República.

São eles: o decreto de declaração do estado de sítio ou do estado de emergência (arts. 137.0, alínea d), 141.o e 19.0); o decreto de declaxação da guerra e o de feitura da paz (arts. 138.0, alínea c), e 19.0, n.o 5); e o decreto de nomeação dos Ministros e Secretários de Estado, quando determine o número, a designação e as atribuições dos Ministérios e Secretários de Estado e as respectivas formas de cooidenação (arts. 136.0, alínea h), e 186.0, n.o 3);

e) Regimentos das assembleias e dos demais órgãos colegiais do Estado, das regiões autónomas e do poder local (2);

Novembro de 1986, in Didrio da República, I.th série, n.o 11, de 14 de janeiro de 1987.

(1) No sentido da fiscalização, acórdão n.o 405187 do Tribunal Constitucional, de 6 de Outubro de 1987, in Didrio da República, 2.a série, n.o 293, de 22 de Outubro de 1987 (mas com base na consideração de que pode haver fiscalização de preceito individual e concreto, se este tem como parâmetro a Constituição).

(2) Incluindo as normas regimentais da Assembleia da República para o processo de revisão constitucional.

f) Actos normativos da Administração pública.

Nesta categoria compreendem-se quer os regulamentos, de qualquer tipo ou forma('), quer os actos para-regulamentares emanados no âmbito da estrutura interna da Administração, mormente no âmbito de relações de hierarquia (resoluções, instruções, direc~'tivas). Também estes, quando violem directamente a Constituição, hão-de poder ser apreciados em sede de inconstitucionalidade (2).

São ainda actos normativos da Administração e, por isso, sindicáveis, os estatutos de quaisquer pessoas colectivas de Direito público (institutos públicos, associações públicas, Universidades e escolas públicas, etc.);

g) Actos normativos da função jurísdícional, como são os assentos do Supremo Tribunal de justiça e do Tribunal de Contas(s), decisões de tribunais a que a lei confere força obrigatória geral (art. 122.0, n.o 1, alínea g), 2.a parte)

h) Normas consuetudinárias.

(1) Um exemplo de decisão de inconstitucionalidade sobre um regulamento directamente inconstitucional e, portanto, objecto de fiscalização: acórdão n.(> 209187, de 25 de junho, in Didrio da República, 1.a série, n.o 155, de 9 de julho de 1987. Cir., sobre uma resolução do governo regional da Madeira, o acórdão n.0 42185, de 12 de Março, in Didrio da República, n.o 80, de 6 de Abril de 1985.

(2) Neste sentido, GOMES CANOTILHO, Direito Constitucional, cit., pág. 726; PAULO OTERO, Hierarquia Administrativa e Substituição Hierdrquica, dissertação inédita, policopiada, i, Lisboa, 1990, pág. 154.

(3) É a tese que há muito sustentamos: v. Contributo.... cit., págs. 191 e segs. Contra, por último, CASTANHEIRA NEVES, 0 instituto dos «assentos» e a unção jurídica dos Supremos Tribunais, Coimbra, 1983.

(4) Assim, acórdãos n.o 40/84, de 3 de Maio, in Didrio da República, n.O 156, de 7 de julho de 1984; n.o 17186, de 22 de janeiro, ibidem, 2.a série, n.o 95, de 24 de Abril de 1986; n.O 68186, de 5 de Março, ibidem, 2.8 série, n.o 130, de 7 de junho de 1986; n.o 104186, de 19 de Março, ibidem, 2.8 série, n.(> 177, de 4 de Agosto de 1986; n.o 123186, de 16 de Abril, ibidem, 2.a série, n.o 179, de 6 de Agosto de 1986; n.O 210186, de 18 de junho, ibidem, 2.a série, n.O 255, de 5 de Novembro de 1986; n.o 5187, de 7 de julho, ibidem, 2.8 série, n-O 75, de 31 de Março de 1987; n.O 8187, de 13 de janeiro, ibidem, 1.a série, n.o 33, de 9 de Fevereiro de 1987.

III -São, outrossim, susceptíveis de fiscalização:

a) Normas editadas pelos órgãos de governo próprio de Macau, na medida em que a ordem jurídica de Macau faz parte da ordem jurídica portuguesa (como se mostrou) e na medida em que o Tribunal Constitucional tem competência relativamente ao. Território (como se vai mostrax adiante);

b) Normas de Direito estrangeiro aplicáveis em Portugal, por virtude de regras de conflitos (conforme também oportunamente se apontou).

109. Fiscalização da constitucionalidade de normas internacionais

1 - A fiscalização da constitucionalidade de normas internacionais, pelos seus melindres, impõe um cuidado particular (1). Para a apreender importa ter em conta a distinção entre Direito internacional geral ou comum, Direito internacional convencional e Direito derivado de organizações internacionais, maxime Direito comunitário europeu (art. 8.0, n.os 1, 2 e 3) e entre inconstitucionalidade orgânica e formal e inconstitucionalidade material.

II - Quanto às nortnas de Direito internacional geral ou comum, não parece, pela natureza das coisas, que possam infringir a Constituição; e esta não prevê nenhuma forma de controlo - bem pelo contrário, algumas dessas normas são (como se sabe) recebidas pela Constituição (2).

(1) Sobre a questão em Direito Comparado, v., por exemplo, KELSF-N, La Garantio juridictionnel .... cit., págs. 14 e segs.; GEORGES SCF-LLE, De Ia prétendue inconstitutionnalité interne dos traités, in Revue du droit public,
- ANTONio LA PERGOLA, Constituci6n del Estado
1952, págs. 1012 e segs., y Normas Internacionales, trad., México, 1985, págs. 375 e segs.; HELMUT STRINBERGER, Reception of Internationel Rutes and Co-nstitutio-nality Co-ntrol, in Costituzio-ne dello Stato o normo internazionali, obra colectiva, Milão, 1988, págs. 187 e segs.; GiusEPPE BARILE, La rilevanza del parametro di leggittimitd costituzionale delle norme di attuaziono di un trattato emanato con legge ordinaria, in Rivista di Diritto I-nternazionale, 1988, págs. 94 e segs.; jofil RIDEAU, Co-nstitution et droit international dans les États membros dos Communautés Européennes, in Revw française de droit constitutionnel, 1990, págs. 268 e segs.

(2) Cfr. GomEs CANOTiLHo e VITAL MOREIRA, op. cit., ri, pág. 474.

III - Quanto às normas de Direito internacional convencional, não só elas podem contrariar a Constituição como existem preceitos específicos contemplando a sua inconstitucionalidade (arts. 277.0, n.o 2, 278.0, n.o 1, 279.0, n.o 4, e 280.0, n.O 3).

0 art. 277.0, n.() 2, estabelece que ((a inconstitucionalidade orgânica e formal de tratados internacionais regularmente ratificados não impede a aplicação das suas normas na ordem jurídica de outra paxte, salvo se tal inconstitucionalidade resultar de violação de uma disposição fundamental)> (1).

Reconhece-se, à vista desarmada, alguma proximidade do art. 46.o da Convenção de Viena de 1969: tal como ele, pretende assegurar a vigência interna de tratados. Só não se vê bem por que se restringe o alcance da norma aos tratados solenes (únicos que são ratificados), em vez de se dirigir também aos acordos em forma simplificada (2); e será sob este aspecto, mais do que sob qualquer outro, que poderá registax-se discrepância entre os dois textos.

Quanto a saber o que seja «violação de disposição fundamental» -de disposição de competência e de forma, não de fundotal tem de se procurar no contexto da Constituição ou dos grandes princípios político-constitucionais, sem runca perder de vista o objectivo de aproveitamento de tratados regularmente ratificados.

Nesta óptica, cabem na previsão do art. 277.0, n.o 2, três hipóteses:

a) Incompetência absoluta, por aprovação de tratado por órgão sem competência de aprovação de tratados internacionais (v. g., pelo Presidente da República, ou por um Ministro, ou por uma assembleia legislativa regional);

b) Incompetência relativa, por aprovação pelo Governo de qualquer tratado político das categorias indicadas na 2.a parte do

(1) No texto anterior a 1982, o problema era objecto do art. 280.o ' n.o 3, de formulação bastante diferente e deficiente: cfr. a crítica de ANDRÉ GoNçALvEs PF-REIRA, 0 Direito Internacional ma Constituicio de 1976, in Estudos sobro a Constituiçdo, i, pág. 43.

(2) Aqui, o antigo art. 280.o, n.o 3, era preferível. Rui MEDEIROS (Relaçjes..., cit., loc. cit., pág. 370) fala num estatuto menos protegido dos acordos, mas a explicação não é convincente.

art. 164.0, alínea j), da Constituição (tratados de participação em organizações internacionais, de amizade, de paz, de defesa, de rectificação de fronteiras e respeitantes a assuntos militares);

c) Inexistência jurídica da deliberação da Assembleia da República, por falta de quorum ou de maioria de aprovação (art. 119.0, n.os 2 e 3).

Outras hipóteses (como a falta de participação de órgãos das regiões autónomas em tratados que lhes digam respeito ou ratificação de tratado objecto de pronúncia de inconstitucionalidade sem ter havido confirmação da Assembleia, nos termos do art. 279.0, n.o 4) afiguram-se algo duvidosas.

0 art. 277.0, n.o 2, não afecta a fiscalização preventiva da constitucionalidade de tratados, apenas afecta - limitando-a no seu alcance - a fiscalização sucessiva.

E justificar-se-á mesmo de jure condendo a existência em geral de fiscalização sucessiva - abstracta e concreta (arts. 281.0 e 280.0) -da constitucionalidade de normas de tratados? Não compromete a confiança nas relações internacionais a possibilidade de um Estado dizer-se não vinculado ou desvinculado a pretexto da contradição com a sua Constituição? Não será por causa d;,.sso que o sistema de controlo quase não tem funcionado? (1) Não

(1) Na verdade, até agora o Tribunal Constitucional apenas, por duas vezes, foi chamado a ajuizar da constitucionalidade de normas

internacionais: acórdãos n.o 32188, de 27 de janeiro (in Diário da República, 2.a série, n.o 86, de 13 de Abril de 1988), e n.o 168188, de 13 de julho (ibidem, 1.a série, n.o 235, de 11 de Outubro de 1988).

No primeiro acórdão, o Tribunal considerou - e bem - que as resoluções e os decretos de aprovação de convenções internacionais não são actos normativos para efeitos de apreciação da constitucionalidade. Só os tratados e acordos o são, mas apenas podem ser apreciados depois de concluído o respectivo processo de vinculação do Estado (com publicitação do instrumento de ratificação, se forem tratados solenes) - o que não se verificava no caso, pelo que o Tribunal não conheceu do pedido.

No segundo, estavam em causa quatro acordos de Portugal com os Estados Unidos sobre questões de defesa, sendo dois deles aprovados por troca de notas; e contra eles invocavam-se fundamentos materiais (violação do princípio da independência nacional) a razões formais (não observância da forma de tratado solene).

0 Tribunal só tomou, porém, em conta, as razões forinai,; e só declarou

seria melhor reduzir tudo à fiscalização preventiva, eventualmente notória? (1) Eis algumas perguntas que ficam.

IV - Mais difíceis ainda se desenham as relações entre normas de Direito constitucional e normas de Direito comunitário europeu - a mais importante (pela sua extensão, pela sua intensidade e por formar um sistema a se) das categorias de normas emanadas dos órgãos competentes das organizações internacionais de que Portugal seja parte (art. 8.0, n.o 3).

Normas de Direito comunitário podem também infringir normas constitucionais portuguesas e a Constituição não exclui o funcionamento dos mecanismos de fiscalização (embora só sucessiva, não preventiva, pela natureza das coisas e por causa do art. 278.0) quanto a essas normas. Entretanto, o modo como se tem desenvolvido e tem vindo a ser entendido o Direito comuni-

inconstitucional um dos acordos celebrados por troca de notas. Quanto ao outro - aliás, mais importante (acrescente-se), porque relativo à extensão até 1991 das facilidades concedidas nos Açores às Forças Armadas dos Estados Unidos, com base no tratado de defesa de 1951 - o Tribunal decidiu não se pronunciar, considerando que tinha havido a sua re -

cepçao material pelo acordo técnico a respeito da sua execução, o qual fora posteriormente aprovado pela Assembleia da República.

Não aplaudimos a tese assim expendida. Para nós, não é concebível essa pretensa recepção material, até porque os dois acordos foram concluídos em momentos diferentes e versam sobre matérias diferentes. Além disso, mesmo que fosse vontade política da Assembleia, aquando da aprovação do acordo técnico ' aprovar também o acordo sobre as facilidades militares dos Estados Umdos nos Açores, ela não tinha poder para tal: o Parlamento não era competente para decidir (muito menos, retroactivamente) sobre a validade jurídica desse acto.

Neste segundo acórdão, o Tribunal debruçou-se ainda sobre uma questão prévia: saber se os tratados-contratos (como seriam os acordos em apreço) estavam sujeitos ao seu controlo. E respondeu afirmativamente, não só por achar ultrapassada e de difícil concretização prática a dicotomia tradicional de tratado-leis e tratados-contratos mas também por tomar norma de harmonia com a sua linha jurisprudencial.

(1) Assim, MOTA CAmpos, em crítica ao regime actual quer de fiscalização sucessiva quer de fiscalização preventiva das normas internacionais (As Relaçdes da Ordem jurídica Portuguesa com o

Direito Internacional e o Direito Comunitário à luz da Revisio Constitucional de 1982, Lisboa, 1985, págs. 116 e segs. e 209 e segs.).

tário, sobretudo pelo Tribunal, de justiça das Comunidades Europeias, não se concilia com esta posição.

A doutrina portuguesa não ignora a dificuldade('), ainda que até agora não tenha sido suscitada nenhuma questão de inconstitucionalidade de noimas de Direito comunitário perante o. Tribunal Constitucional (2). Em nosso entender, uma solução possível, que não implicaria o primado do Direito comurjitário sobre a Constituição (inadmissível, à face dos princípios), poderia consistir em circunscrever a fiscalização da constitucionalidade material a certas áreas (como as dos direitos fundamentais) (3), adaptando-se para todo o resto algo de semelhante ao art. 277.0, n.o 2.

110. Fiscalização também do Direito anterior

I -A fiscalização da constitucioiialidade é de normas de Direito posterior à Constituição (ou às normas constitucionais)

(1) No sentido da aplicação a normas comunitárias do regime da inconstitucionalidade, JORGE MIRANDA, Manual..., ii, 2.a ed., pág. 346; CASEIRO ALvEs, Sobre o Possível efeito directos das directivas comunitárias, in Revista de Direito e Economia, n.o 9, 1983, pág. 214, nota; ANTÓNIO VITORINO, A adesão de Portugal às Comunidades Europeias, Lisboa, 1984, págs. 55 e segs.; GomEs CANOTILHO e VITAL MOREIRA, Op. Cit., ii, págs. 358 e segs.

Diversamente, ANTÓNIO NADAis, ANTÓNIO VITORiNo e VITALINO CANAS (Constituição da República Portuguesa - Textos e comentários à Lei %.o 1182, Lisboa, 1982, pág. 292), segundo os quais o acquis communautairo, pressuposto na adesão às Comunidades, implica a não competência dos tribunais portugueses para apreciar normas de Direito comunitário; e NuNo PIÇARRA, 0 Tribunal de justiça das Comunidades Europeias como juiz legal e o processo do artigo 177.o do Tratado CEE, Lisboa, 1991, págs. 77 e segs. e 84 e segs., maximo 89.

(1) Há um interessantíssimo acórdão do Tribunal Constitucional que se ocupa de uma questão vizinha: o acórdão n.() 184189, de 1 de Fevereiro de 1989 (in Diário da República, 1.a série, n.o 57, de 9 de Março de 1989). Todavia, nele o que estava em causa não era um regulamento comunitário, mas sim um regulamento português: o regulamento de aplicação ao território nacional do Fundo Europeu de Desenvolvimento Regional anexo à resolução do Conselho de Ministros n.o 44186, de 5 de junho.

(8) Tal como tem propendido a jurisprudência noutros países.

e de normas de Direito anterior - ou seja, é tanto uma fiscalização de inconstitucionalidade originária quanto de inconstitucionalidade superveiúente.

Demonstrámos, no capítulo respeitante à aplicação das normas constitucionais no tempo, a natureza de inconstitucionalidade superveniente, com a consequência de caducidade, em que redundava o destino do Direito anterior contrário a normas constitucionais. Mas tal qualificação, se pode ser necessária, não é suficiente para se extraírem conclusões jurídicas quanto à competência dos órgãos de controlo. Só existe tal competência, quando expressa ou quando resulte do sistema de fiscalização -como se verifica hoje (e já se verificava antes da revisão constitucional) entre nós.

II - 0 problema da apreciação do Direito anterior não oferecia grande interesse nem na Constituição de 1911, nem na de 1933, nem à face das leis constitucionais publicadas entre 1974 e 1976, por, em todas elas, tudo se reduzir ao conhecimento difuso da

constitucionalidade por todos os tribunais('). Teve, pelo contrário, uma enorme importância na primeira fase da actual Constituição, por causa da existência do Conselho da Revolução e da Comissão Constitucional. E como esta não era assimilável e um autêntico tribunal constitucional e a ratio da sua intervenção não se colhia à vista desarmada, a própria Comissão experimentou algumas dificuldades em tão pouco pacífica questão, conquanto sempre se tivesse orientado a favor do conhecimento do Direito anterior (2).

Presentemente, o problema está resolvido: o art. 282.0 enuncia os efeitos da declaração de inconstitucionalidade (e de ilegalidade) por infracção de norma constitucional ou legal anterior, quer dizer vigente ao tempo da emissão do acto normativo impug-

(1) Sem esquecer a atrás referida concentração operada no Conselho Ultramarino.

(2) Sobre o problema, as correntes que se formaram no interior da Comissão Constitucional e a nossa posição, v. A Constituição de 1976, cit., págs. 139 e segs., e 1.a ed. deste volume, págs. 644 e segs.

nado (n.o 1), e por infracção de norma const~tucional ou legal posterior (n.o 2).

III - As razões por que, em nosso entender, o Conselho da Revolução e a Comissão Constitucional podiam e deviam indagar da inconstitucionalidade superveniente são, no fundo, as mesmas que justificam idêntica atribuição de competência ao Tribunal Constitucional.

Antes de mais, logicamente o art. 3.0, n.o 3, da Constituição (que reproduz o art. 115.o inicial), só pode dirigir-se a actos posteriores às normas constitucionais. Mas também normas anteriores à Constituição (criadas por actos normativos anteriores) só podem manter-se em vigor - como diz o art. 290.0, n.o 2 - desde que conformes com a Constituição, da qual recebem igualmente validade; e, portanto, a não serem conformes, serão inconstitucionais (insistimos).

As leis ordinárias anteriores à Constituição (ou a qualquer das suas revisões) contrárias às novas normas constitucionais deixaram de vigorar com a entrada em vigor dessas normas. Nem por isso, contudo, a declaração de inconstitucionalidade é inútil: mesmo se não altera o destino das normas de Direito anterior, pelo menos, desempenha um importantíssimo papel de claxificação jurídica, de accertame-nto dentro do sistema e na vida política e social(').

0 que determina a escolha por este ou aquele sistema de fiscalização não é as normas serem ou não criadas na vigência da Constituição, mas a natureza do juízo de conformidade de qualquer norma com uma norma constitucional. E o que importa é «garantir» a uniformidade na interpretação do «estalão» constitucional vigente; «estalão», constitucional esse, que tanto se apura perante o Direito posterior como perante o Direito anterior.

«Por outras palavras: se admitirmos que o conteúdo da norma constitucional, como o de qualquer outro preceito legal, longe de poder dizer-se, de uma vez por todas, por via geral e abstracta, só vem a revelar-se através das suas renovadas aplicações, não se descobre razão para negar relevância à intervenção do órgão especializado em matéria de constitucionalidade, quando se trata de decidir sobre a conformidade do direito anterior com a Constituição» (2).

Se convém proceder, com a maior eficácia possível, à expurgação do sistema jurídico de normas contrárias à Constituição, ela torna-se ainda

(1) Cfr., KELSEN, La Garantio..., cit., págs. 3940. Embora preconizando o regime de revogação, salienta que, quando de revisões constitucionaás fundamentaás, pode ser mau deixar a decisão às

múltiplas autoridades encarregadas da aplicação das leis, cujas opiniões serão talvez muito vacilantes, e será preferível levar as questões ao tribunal constitucional.

(2) Acórdã(>n.040 da Comissão Constitucional, de 28 de julho de 1977, cit.. loc. cit., pág. 75.

mais necessária para normas anteriores do que para normas posteriores, visto que estas são decretadas por órgãos por ela criados e que devem agir segundo os seus critérios e valores, ao passo que as normas de Direito anterior são resquícios de um sistema ou de uma ideia de Direito que a Constituição erradicou definitivamente. Mas tudo indica que os órgãos especialmente instituídos ou qualificados para garantir a Constituição - a Comissão e o Conselho da Revolução, antes, e o Tribunal Constitucional, hoje - hão-de revelar-se mais adequados para levar a cabo tal taxefa do que os órgãos comuns de aplicação do direito.

Tão-pouco seria de esperar dos assentos proferidos em tribunal pleno (do Supremo Tribunal de justiça, designadamente) a eliminação do Direito anterior inconstitucional. E isso porque, para além de obstáculos de ordem processual que, eventualmente, poderiam colocar-se, de duas uma: ou o assento se pronunciaxia pela não inconstitucionalidade, mas nada impediria que os tribunais, ao abrigo do art. 207.0, não o aplicassem se entendessem que ele (considerado como interpretação de uma norma legislativa ou considerado como norma jurisprudencial a se) importaria em inconstitucionalidade; ou o assento se pronunciaria pela inconstitucionalidade, mas nunca adquiriria força obrigatória geral, pois tal está reservado à declaração do Tribunal Constitucional(').

111. Fiscalização de normas aprovadas e fiscalização de normas publicadas

A fiscalização é de normas aprovadas, embora ainda não publicadas-na fiscalização preventiva; e de normas já publicadas, já juridicamente eficazes (art. 122.0, n.o 2), embora ainda ,não (2) ou jd não em vigor - na fiscalização sucessiva.

Pode haver fiscalização da constilucionalidade de normas revogadas, caducas ou suspensas, visto que, operando a declaração de inconstitucionalidade em princípio ex tune (art. 282.0, n.o 1), ela poderá ter utilidade em relação ao período de tempo

(1) Cfr. o acórdão n.O 68, de 5 de janeiro de 1978, da Comissão Constitucional (in apêndice ao Didrio da República, de 3 de Maio de 1978, págs. 15-16).

(2) 0 art. 282.0, n.o 1, refere-se à entrada em vigor das normas declaradas inconstitucionais ou ilegais. Contudo, não se vê por que motivo uma norma constante de lei já publicada (e, por conseguinte, agora insusceptível de fiscalização preventiva), se bem que ainda não entrada em vigor, não há-de poder ser submetida a apreciação pelo Tribunal Constitucional -obviamente só em fiscalização abstracta-até para se evitar a consumação da inconstitucionalidade.

em que tais normas foram vigentes (ou tidas por vigentes) ou até para depois (por continuarem a produzir efeitos jurídicos) (1).

112. Ãmbito da fiw^ção

I -De quanto se explanou, resulta que o regime de fiscalização de normas jurídicas no Direito português abrange:

a) A inconstitucionalídade (arts. 207.o e 277.o e segs. da Constituição);

b) A ilegalidade, por violação de leis de valor reforçado por

leis ordinárias comuns ou por violação de leis gerais da República por decretos legislativos regionais (arts. 280.o e 281.o e, por coerência do sistema, art. 207.0) (2);

c) A ilegalidade sui ge~ís, por infracção por norma de Direito interno de norma de Direito internacional convencional (art. 70.0, n.o 1, alínea i), da Lei n.o 28182, na versão dada pela Lei n.o 85189).

II - Mas o âmbito da fiscalização, nas suas diversas modalidades, não é idêntico relativamente às normas jurídicas seu objecto:

a) A fiscalização preventiva dirige-se s6 a normas const,antes de convenções internacionais, de actos legislativos e de

(1) Tal a jurisprudência constitucional constante: v., entre tantos, parecer n.cl 3/78, da Comissão Constitucional, cit., loc. cit., pág. 232; parecer n.o 1180, de 1 de janeiro, in Pareceres, xi, págs. 28-29; acórdão n.o 91185 do Tribunal Constitucional, de 18 de junho, in Didrio da República, 2.a série, n.o 163, de 18 de julho de 1985; acórdão n.O 306188, de 20 de Dezembro, ibidem, 1.a série, n.o 17, de 20 de Novembro de 1989.

(2) Na 2.a edição do ri tomo do Manual (pág. 351) escrevemos que a fiscalização é, por analogia, fiscalização de legalidade. 0 termo pode ser correcto quanto ao Tribunal Constitucional, não quanto aos tribunais em geral: seja porque jura novit curia; seja porque, por maioria de razão, se os tribunais podem conhecer da constitucionalidade, também sempre hão-de poder conhecer da legalidade. E os recursos previstos no art. 280.0, n.- 2 e 5, pressupõem decisões no âmbito do art. 207.0

decretos regulamentares regionais de leis gerais da República (art. 278.0, n.00 1 e 2); b) A fiscalização sucessiva, concreta e abstracta, da inconstítucionalidade por acção abrange quaisquer normas (arts. 207.o, 280.o e 281.0); c) A fiscalização da ínconstítucionalidade por omissão refere-se apenas a normas legislativas (art. 283.0).

III - Por outro lado:
a) A fiscalização preventiva é (como se sabe) apenas de ínconstitucionalidade (art. 278.0, n.os 1 e 2); b) A fiscalização concreta é de inconstitucionalídade e de ilegalidade (arts. 207.o e 280.0); c) A fiscalização sucessiva abstracta é de inconstítucíonalidade e de ilegalidade, mas não abrange (conforme se explicará adiante) a desconformidade de normas legislativas com normas de Direito internacional convencional; d) A fiscalização de inconst~tUCíonalídade por omissão não pode ser estendida à ilegalidade (art. 283.0).

IV -0 regime de fiscalização não abrange: a) A ilegalidade sui generis, por infracção por norma de Direito interno de nortnas de Direito comunitário; b) A ilegalidade de normas regulainentaxes nas hipóteses não contempladas na Constituição (infracção directa de estatuto político-administrativo regional por regulamento emanado de órgão de soberania ou de órgão regional e infracção directa de lei geral da República por regulamento regional). Quanto à violação do Direito comunitário por norma de Direito ordinário interno português, os mecanismos de fiscalização são os próprios do Direito comunitário. Ainda que os tribunais em geral possam aí intervir, não aplicando a norma de Direito português, por certo está excluída a intervenção do Tribunal Constitucional (1).

(1) Cfr. a intervenção do Deputado A.NTÓNIO ViToRiNo, in Didrio da

Assembleia da República, v legislatura, 1.a sessão legislativa, 2.a série,
n.o 55-RC, acta n.o 53, reunião de 28 de julho de 1988, págs. 1779: a des-

Quanto à ilegalidade de normas regulamentares, os mecanismos de fiscalização são os do contencioso administrativo. Até há pouco tempo os decretos regulamentares e outros regulamentos eram ínimpugnáveis directamente frente ao Supremo Tribunal Adnúffistrativo (art. 16.0, § único, da lei orgânica de 1956). Mas o -estatuto dos tribunais administrativos e fiscais (Decreto-Lei n.o 129/84, de 27 de Abril) introduziu a possibilidade de declaração de ilegalidade com força obrigatória geral de quaisquc-r normas regulamentares, incluindo quaisquer normas provenientes do Governo ~). É um bom avanço do Estado de Direito.

113. Fiscalização só pelos tribunais

I-A fiscalização da constitucionalidade e da legalidade cabe aos tribunais em geral e ao Tribunal Constitucional em especial, mas apenas no exercício da função jurisdicional; não, quando, porventura, exerçam competências não jurisdicionais (v. g., as do Tribunal Constitucional enunciadas no art. 225.0, n.o 2, alíneas a), b) e d), da Constituição).

Entre os tribunais contam-se os tribunais arbitrais (art. 211.0, n.o 2).

conformidade entre Direito interno e Direito comunitário não está, na lógica da integração, dependente de qualificação de Direito interno.

(1) A norma regulamentar tem de ter sido julgada ilegal por qualquer tribunal em três casos ou desde que os seus efeitos se produzam imediatamente, sem dependência de acto administrativo ou jurisdicional de aplicação. A competência é do Supremo Tribunal Administrativo (secções do contencioso administrativo ou do contencioso tributário), quando os regulamentos sejam da Administração pública central (arts. 26.0, n.o 1, alínea i), 32.0, n.o 1, alínea e), 33.0, n.o 1, alínea e), e 51.0, n.o 1, alínea i), do Decreto-Lei n.o 129/84) e dos tribunais administrativos de círculo e dos tribunais tributários de 1.a instância, quando sejam da Administração pública regional e local (arts. 51.0, n.o 1, alínea e), e 62.0, n.o 1, alínea d».

A declaração de ilegalidade pode ser pedida por quem seja prejudicado pela aplicação da norma ou venha a sê-lo presumivelmente em momento próximo, e sê-lo-á obrigatoriamente pelo Ministério Público quando este tenha conhecimento de três decisões de quaisquer tribunais transitadas em julgado, que se recusem à aplicação da norma com fundamento em ilegalidade (arts. 63.o e 66.0, n.o 1, da lei de processo, Decreto-Lei n.(> 267185, de 16 de julho).

Pelo contrário, não pode haver fiscalização da constituciona] idade através dos instrumentos e formas de composição não jurisdicional de conflitos que a lei poderá institucíonalizar (art. 205.0, n.o 4, após 1989).

II - Pode perguntar-se se os órgãos administrativos (não os agentes adnúffistrativos) não têm, por seu turno, o poder - e dever - de não aplicar normas contrárias à Constituição, ao Direito internacional, a leis reforçadas ou a leis gerais da República - até porque actos administrativos inconstitucionais ou ilegais são nulos ou anuláveis e não se justificaria obrigar a Admínistração a praticá-los (sobretudo, em caso de contraste manifesto) para vê-los, de seguida, impugnados contenciosamente (1).

E deveria ser tanto mais assim à face de uma Constituição como

a portuguesa, que proclama o princípio da subordinação dos órgãos e agentes administrativos tanto à lei como à Constituição (art. 266.0, n.o 2), que vincula aos preceitos constitucionais respeitantes aos direitos, liberdades e garantias todas as entidades públicas (art. 18.0, n.o 1) e que estipula que a prevenção dos crimes, incluindo a dos crimes contra a segurança do Estado, só pode fazer-se com respeito por estes direitos (art. 272.0, n.o 3).

A despeito disto não cremos, todavia, possível reconhecer aos órgãos administrativos um poder de controlo - necessariamente concreto - análogo ao dos ttibunais (2) , a não ser, porventura, em três situações.

(1) Cfr., recentemente, VIEIRA DE ANDRADE, Os direitos fundamentais .... cit., pégs. 260 e segs.; VITALINO CANAS, Introdução .... cit., pág. 84, nota; GomEs CANOTILHO, Direito Constitucional, cit., págs. 462 e segs.; Rui MEDEIROS, Valores jurídicos - negativos..., cit., Zoo. cit., págs. 505-506, 532 e 533; PAULO OTERO, Hierarquia administrativa o substituiçdo hierdrquica, cit., págs. 219 e segs.

Sobre a evolução do nosso pensamento, v. Contributo..., cit., págs. 219-220; 0 regime dos direitos, liberdades e garantias, in Estudos sobre a Constituiçdo, iii, págs. 76-77; Manual..., ii, 2.a ed., págs. 355-356, e iv, págs. 287 e segs.

(2) Neste sentido, acórdão n.o 304185 do Tribunal Constitucional, de 11 de Dezembro, in Didrio da República, 2.a série, n.o 83, de 10 de Abril de 1986.

Por um lado, a estrutura da Administração directa e indirecta, (ligada ao Governo e aos governos regionais) não se compara com a estrutura, marcada pela independência, dos tribunais e seria pouco adequada ao desenvolvimento da garantia. Por outro lado, ao invés, a estrutura plurifacetada da Administração autónoma (art. 202.0, alínea d), 2.a parte) poderia trazer graves inconvenientes de insegurança e ineficácia. Não é por acaso que falta no título ix da parte ii da Constituição preceito equivalente ao art. 207.o (1).

Se a Constituição afirma o dever de conformação da actividade administrativa pelos preceitos e princípios constitucionais e se são nulos, e não anuláveis (por conseguinte, não sanáveis) os actos administrativos ofensivos de direitos, liberdades e garantias, têm de ser os tribunais a decidir sobre essa conformação; e têm de ser os tribunais administrativos, e não os órgãos da Administração dita activa, a apreciar e a não aplicar leis inconstitucionais e a anular ou a daclarar a nulidade de actos adnúfflstrat~vos inconstítucionais.

As hipóteses que admitimos ressalvar, com alguma margem de apreciação e de não aplicação pela Administração, são apenas as seguintes:

a) A chamada por alguns ~ustiça adminístrativa», através da qual a Administração pública, no desempenho de funções administrativas, é chamada a proferir decisões essencialmente baseadas em critérios de justiça material (2);

b) A violação por lei de direitos insusceptíveis de suspensão mesmo em estado de sítio (art. 19.0, n.o 6) - direitos esses, cuja especialíssima valorização const~t,ucional, e não um poder aut6-

(1) E que se estabelece que o dever de obediência dos funcionários e agentes do Estado só cessa quando o cumprimento das ordens ou instruções implique a prática de um crime (art. 271.0, n.o 3).

(2) DioGo FREITAS Do AMARAL, Direito Administrativo,

policopiado, ri, Lisboa, 1988, págs. 180 e segs. Alude à notação dos funcionários públicos pelos superiores hierárquicos, à graduação da pena em processo disciplinar, à classificação dos alunos em exames escolares e à dos candidatos nos concursos públicos de recrutamento ou provimento, à classificação das propostas em concurso público para adjudicação de contrato, à apreciação de queixas e reclamações de particulares, à decisão de recursos hierárquicos e tutelares.

nomo de garantia, se vem projectar sobre a actuação dos órgãos administrativos;

c) 0 desrespeito por lei anterior à Constituição e desinserida da sua ideia de Direito de outros direitos, liberdades e garantias - situação que poderá tomar necessário certo ajustamento de actividade executiva da Administração.

III - Muito menos poderiam os órgãos políticos, no exercício das suas competências, negar-se a cumprir qualquer norma juridica por inconstitucional ou ilegal.

As únicas faculdades de intervenção dos órgãos políticos de soberania ou das regiões autónomas (bem como de outros órgãos cor) stitucionais, seja qual for a sua natureza) no domínio da garantia da Constituição são as que já descrevemos do Presidente da República, do Parlamento e dos órgãos de iniciativa da fiscalização abstracta. Mais do que isso seria a subversão do Estado de Direito.

114. Os tipos de processos do Tribunal Constitucional

I - Às quatro modalidades de fiscalização da constitucionalidade pelo Tribunal Constitucional correspondem formas de processo adequadas:

a) Processos de fiscalização concreta (arts. 207.o e 280.0 da Constituição e arts. 69.o e segs. da lei orgânica);

b) Processos de fiscalização abstracta da inconstitucionalidade por acção, com duas espécies:

fiscalização preventiva (arts. 278.o e 279.o da Constituição e arts. 57.o e segs. da lei orgânica do Tribunal Constitucional); fiscalização sucessiva (art. 281.o da Constituição e arts. 62.0 e segs. da lei orgânica) (1).

c) Processo de fiscalização da inconstitucionalidade por oniissão (art. 283.o da Constituição e arts. 67.o e 68.o da lei orgânica).

II - Ainda está por fazer o estudo sistemático aprofundado das formas de processo de fiscalização no Direito português. Um bom ponto de

(1) Sendo os axts. 51.o a 56.o disposições comuns.

partida (e praticamente o único até agora) encontra-se na obra de VITALINO CANAS, Os Processos de fiscalização da constitucionalidade e da legalidade (1). Nesta obra (2), o Autor formula os seguintes princípios estruturantes dos processos constitucionais:

- Princípio da subsidiariedade do processo civil; - Princípios da adequação funcional e da autonomia processual; - Princípio dispositivo, com subprincípio do pedido e subprincípio da disponibilidade quanto ao termo do processo; - Princípio

inquisitório; - Princípios da igualdade das partes e do contraditório; - Princípio da não preclusão; -Princípio do conhecimento oficioso do Direito; - Princípios do processo escrito e da não publicidade das sessões; - Princípio da celeridade processual; -Princípio da economia processual; - Princípio da gratuitidade.

Algumas das formulações merecem-nos reservas, mas não é possível agora explicitá4as.

115. Os tipos fundamentais de decisões do Tribunal Constitucional

1 -Os processos de fiscalização terminam ou com decisões positivas, de acolhimento ou de provimento, ou com decisões negativas, de rejeição ou de não provimento. Naquelas, o Tribunal Constitucional conclui pela existência de inconstitucionalidade, acolhe favoravelmente o pedido, dá-lhe provimento; nestas, o Tribunal não conclui pela existência de inconstitucionalidade, rejeita o pedido, não lhe dá provimento.

II -Às quatro modalidades de fiscalização e aos respectivo s processos correspondem também tipos fundamentais diferenciados de decisões positivas: a) julgamento de uma norma como ínconstitucional, na fiscalização concreta (art. 280.0, n.o 5); b) Pronúncia pela ínconstitucionalidade, na fiscalização preventiva (art. 279.0, n.o 1, da Constituição); c) Declaração de inconstitucionalidade com força obrigatória geral (arts. 281.o e 282.0);

(1) já citada. (2) Págs. 87 e segs.

d) Verificação da existência de inconstitucionalídade por omissão (art. 283.0, n.o 2) (1).
As decisões positivas proferidas em fiscalização abstiacta são pubhcadas na I.& série do Diário da República; as demais decisões, salvo as de natureza meramente interlocutória, são publicadas na 2.a série (art. 3.o da Lei n.o 28182) (2).

III - Decisões intermédias ~) podem ser consideradas:
a) Na fiscalização concreta, a interpretação conforme à Constituição, visto que, no caso de o juízo de constitucionalidade ou de legalidade sobre a norma se fundar em determinada interpretação, a norma deverá ser aplicada com tal interpretação no processo em causa (art. 80.0, n.o 3, da lei orgânica, citado);
b) Na fiscalização abstracta, a declaração de inconstitucionalidade com restrição de efeitos (art. 282.0, n.o 4, da Constituição).

§ 2

A fiscalização concreta

116. 0 sistema português de fiscalização concreta

I - Como resulta do conspecto comparativo atrás feito, há quatro posturas possíveis dos tribunais frente às questões de inconstitucíonalidade:

a) Incompetência Para conhecer e, portanto, para decidir
- é o estatuto típico do modelo de matriz francesa; b) Competência para conhecer e para decidir (naturalmente com recurso para tribunal superior) - é, inversamente, o essencial do modelo norte-americano;

(1) As próprias expressões constantes do texto constitucional são elucidativas.

(2) Além disso, são publicados no Boletim do Ministério da justiça todos os acórdãos, salvo os de natureza processual que não tenham interesse doutrinal, e o Tribunal promove uma colectânea anual dos seus acórdãos com interesse doutfinário (art. 112.0).

(8) V. NUNES DE ALMEIDA, Op. Cit., IOC. Cit., págs. 123 e segs.

d)

C) Competencia para conhecer, mas não para decidir (1) (por isto caber a um tribunal situado fora da ordem judicial, o Tribunal Constitucional) - é o regime resultante da atenuação ou modificação do modelo austríaco feita em 1929;

Competência para conhecer e para decidir, com recurso possível ou necessário (conforme os casos) para um tribunal situado fora da ordem judicial - é o sistema introduzido em Portugal em 1976 com a Comissão Constitucional e confirmado, com correcções, em 1982 com o Tribunal Constitucional.

II - Entre o terceiro e o quarto sistemas ' não se trata apenas de o tribunal da causa receber ou não o poder de decidir a questão da inconstitucionalidade e de, através dele, o de influir na própria questão principal, com a consequente distinta natureza da figura processual que corre diante do Tribunal Constitucional. Trata-se ainda do sentido da intervenção deste na perspectiva geral da fiscalização.

No terceiro sistema, com efeito, o incidente de inconslitucionalidade é um pressuposto da fiscalização abstracta: o seu escopo tanto abarca a fiscalização concreta como a abstracta. já no quarto sistema é da inconstitucionalidade no caso concreto que exclusivamente se cura: quer o tribunal a quo quer o Tribunal Constitucional apenas conhecem da inconstitucionalidade da norma na sua aplicação ao caso sub jttdice, é aí que apreciam a sua existência e a sua procedência; nunca da inconstitucionalidade em abstracto ou em tese (2) (3).

(1) Salvo sobre a viabilidade da questão.

(2) V. josé DURÃO 13ARROSO, 0 recurso para a Comissdo Constitucional, in Estudos sobre a Constituiçdo, iii, pág. 173. Fala num princípio de limitação que operaria a síntese entre o conceito de inconstitucionalidade-fundamento e o de inconstitucionaedade-resultado.

Cfr., relativamente ao sistema italiano por exeuaplo, ENRIco TuLLio LIEBMAN, Contenuto ed efficacia delle decisioni della Corte Costituzionate, in Scritti giuridici in memoria di Calamandrei, obra colectiva, iii, Pádua, 1958, págs. 415 e segs.; MAssimo LuCIANi, Le decisioni processuali e Ia logica dei giudizio costituzionale incidentate, Pádua, 1984, págs. 215 e segs.; ADRIANA

Observe-se, no entanto, desde já, que este cunho, muito peculiar do actual sistema português não obsta à relevância da decisão do Tribunal Constitucional (tal como, antes, da Comissão Constitucional) para além do caso concreto. Ela é dupla: 1.0) porque cabe recurso da decisão de qualquer tribunal que aplique norma anteriormente julgada inconstitucional ou ilegal pelo Tribunal Constitucional (art. 280.0, n.o 5); 2.0) porque (como'já se sabe), quando o Tribunal julga três vezes ínconstitucional ou ilegal a mesma norma, pode, de seguida, ser desencadeado um processo (de fiscalização abstracta) com vista à declaração de inconstitucionalidade ou de ilegalidade com força obrigatória geral (art. 281.0, n.o 3).

III - São quatro as diferenças básicas entre o regime de fiscalização concreta do art. 282.0 primitivo e o do art. 280.o actual, modificado em 1989 nos termos conhecidos e completado pelo art. 70.o da,Lei n.O 28182 (1):

a) Naquele, só havia recurso para a Comissão Constitucional de decisões dos tribunais sobre normas constantes de lei, decreto-lei, decreto regulamentar, decreto regional ou diploma equiparável; neste, pode haver recurso de decisões sobre quaisquer normas;
b) No texto de 1976, só havia recurso quando os tribunais se recusassem a aplicar uma norma com fundamento em inconstituciona] idade e, complementarmente, quando aplicassem uma norma antes julgada inconstitucional pela Comissão; no texto posterior a 1982, pode haver recurso de decisões dos tribunais que apliquem uma norma cuja inconstitucionalidade ou ilegalidade tenha sido suscitada durante o processo;

No texto de 1976, só havia recurso para a Comissão Constitucional uma vez esgotados os recursos ordinários ou, directamente, quando estivessem em causa a aplicação da norma antes julgada

C)

GARDINO CALLI, Gi-udici e Corte Costituzionale mel sindicato sulle leggi. Gli ((elementi diffusi)) dei mostro sistema di giustizia costituzionale, Milão, 1988; MARILISA D'Amico, juge constitutionnel, juges du fond et justiciable dans 1'évolution de ta justice constitutionnelle, in Annuaire International de justice Constitutionnello, 1989, págs. 91 e segs.
(3) Cfr. acórdão n.o 102184 do Tribunal Constitucional, de 31 de Outubro, in Acórdãos do Tribunal Constitucional, iv vol., págs. 293 e segs., maxime 298.
(1) Sobre a fiscalização concreta na Comissão Eventual para o Tribunal Constitucional, v. Didrio da Assembleia da República, ii legislatura, 2.a sessão legislativa, 2.a série, págs. 594(95) e segs. e 594(105)-594(106).

d)

inconstitucional pela Comissão; no texto posterior a 1982, o recurso pode ser directo para o Tribunal Constitucional e é obrigatoriamente directo quanto ao Ministério Público, quando a norma cuja aplicação tenha sido recusada conste de convençao internacional, de acto legislativo ou de decreto regulamentar ou quando o tribunal aplique uma norma anteriormente julgada inconstitucional ou ilegal pelo Tribunal Constitucional;
No texto de 1976 só se contemplava a inconstitucionalidade, sendo regime difuso o de fiscalização concreta da legalidade de diplomas regionais e de diplomas emanados de órgãos de soberania por violação de estatuto político-administrativo regional (como corroborava o art. 5.0 da Lei n.o 15179, de 19 de Maio); no texto de 1982, estende-se a estes tipos de ilegalidade o regime da inconstitucionalidade e no de 1989 ainda a todos os tipos de ilegalidade por infracção de lei reforçada.

117. A apreciação da inconstitucionalidade pelos tribunais em geral

I - 0 art. 207.o da Constituição é, pois, o ponto de partida necessario da fiscalização concreta da constitucionalidade (e da legalidade)(') e significa, antes de mais:

a) Todos os tribunais, seja qual for a sua categoria (art. 211.0),

exercem fiscalização;
b) Essa fiscalização consiste na apreciação da constitucionalidade e, sendo o juízo positivo (sobre a existência de inconstitucionalidade) na consequente não aplicação da norma (ou do segmento de norma) julgada inconstitucional (2);

(1) Sobre o art. 207.0, v. o acórdão n.o 238186, de 16 de julho de 19~-6, do Tribunal Constitucional, in Diário da República, 2.a série, n.o 262, de 13 de Novembro de 1986.
(2) No texto inicial do art. 207.o (tal como no do art. 123.o da Constituição de 1933, após 1971) aludia-se expressamente a «apreciaçãosl a partir de 1982 fala-se apenas em «não aplicação» no preceito (embora na epígrafe ainda se mantenha o termo «apreciação»). Nenhum significado jurídico revestiu, porém, a modificação; os tribunais não ficaram sujeitos a simplesmente não aplicar normas antes objecto de apreciação por outras entidades; a não aplicação pressupõe a apreciação: e, se algumas dúvidas -de resto, infundadas - poderia haver na vigência da Con-tituiçao de 1933 antes de 1971 (v. Cowtributo..., cit., págs. 184 e segs.), elas nunca se poderiam suscitar dentro de um sistema que prevê recurso para o Tribunal Constitucional de decisões dos tribunais (art. 280.0).

C) A fiscalização dá-se nos «feitos submetidos a julgamento», nos processos em curso em tribunal, incídentalmente, não a título principal;
d) Ninguém pode dirigir--,e a tribunal a pedir a declaraçao de inconstitucionalidade de uma norma, mas (como se viu atrás) é admissível que alguém se lhe dirija propondo uma aeçao - uma acçao de simples apreciação positiva (art. 4.0, n.o 2, alínea a), do Código de Processo Civil) ou uma acção para o reconhecimento de um direito ou interesse legítimo (art. 69.o da lei de processo dos tribunais administrativos e fiscais, Decreto-Lei n.o 2671 185, de 16 de julho) -e cuja procedência depende de uma decisão positiva de inconstitucionalidade (1);

A questão de inconstitucíonalidade só Pode e s6 deve ser conhecida e decidida na medida em que haja um nexo incindível entre ela e a questão principal objecto do processo, entre ela e o feito submetido a julgamento;

f) Trata-se de questão prejudicial imprópria, porque questão que se cumula com a questão objecto do processo e cujo julgamento cabe ao mesmo tribunal, não se devolve para outro processo ou para outro tribunal (2). Questão prejudicial própria só se verifica, quando haja recurso para o Tribunal Constitucional;
g) 0 juiz conhece da questão em qualquer fase do processo e, por conseguinte, a sua decisão pode não ser uma decisão final (pode ser o despacho saneador ou a decisão sobre reclamação) ~);
h) De todo o modo, a questão tem de ser suscitada antes de esgotado o poder jurísdicional do juiz sobre a matéria em causa (antes de esgotado o poder jurisdicional sobre a matéria a que tal questão de inconstitucionalidade res-

e)

(1) V. o caso objecto do acórdão da Relação de Lisboa de 21 de julho de 1983, in Colectânea de jurisprudência da Associaçdo Sindical dos Magistrados judiciais, ano vii, tomo 4, 1983, págs. 109 e segs. (2) Contributo..., cit., págs. 258 e 259 e autores citados. (3) Cfr. acórdão n.o 159190, de 22 de Maio, in Diário da República, 2.a série. n.o 210. de 11 de Setembro de 1990.

peita); não pode sê-lo apenas nas alegações de eventual recurso para

o Tribunal Constitucional (1).

Il - A fiscalização concreta da constitucionalidade revela-se indissociável da função jurisdicional - pela natureza das coisas e porque o art. 207.o a refere (como acaba de se ver) expressamente a «feitos submetidos a julgamento».

Contudo, o que seja função jurisdicional pode ser tomado em sentido lato - aliás, propiciado pelo art. 205.0, n.o 2 - adequado à diversa parcela dessa função que os tribunais exercem: pode compreender os processos de jurisdição voluntária (arts. 1409.o e segs. do Código de Processo Civil) e, seguramente, a fiscalização jurídico-financeira a cargo do Tribunal de Contas (art. 216.o da Lei Fundamental) (2); já não meros actos administrativos, de gestão de pessoal ou outros, que qualquer tribunal pode ser chamado por lei a praticar (s.).

111 -0 Tribunal Constitucional está também incluído no art. 207.o Pode conhecer incidentalmente da inconstitucionalidade quando tiver de exercer qualquer das suas competências juiisdicionais (4) (fora da fiscalização da constitucionalidade e da legalidade de normas jurídicas) previstas na Constituição e na lei C); e pode conhecê-la incidentalmente, no próprio exercício de competências de fiscalização, quanto às respectivas normas processuaás (6).

(1) Acórdão n.o 250/86, de 25 de julho, in Didrio da República, 2.a série, n.o 269, de 21 de Novembro de 1986.

(2) Cfr., com conclusão idêntica, mas com premissas opostas (por não aceitar a ligação do art. 207.o à função jurisdicional), o acórdão n.o 14/91, de 23 de janeiro, in Didrio da República, 2.a série, n.o 73, de 28 de Março de 199 1.

(3) Cfr., quanto ao Tribunal Constitucional - dotado de autonomia administrativa e financeira -os arts. 5.o 39.0, n.o 1, alíneas j) e 1), e 47.o da Lei n.o 28/82 e o Decreto-Lei n.o l~2/84, de 24 de Maio.

(4) Não quando exerça competências não jurisdicionais como as do art. 225.0, n.o 2, alíneas a), b) e d), da Constituição.

(5) Foi o que aconteceu no recurso eleitoral julgado pelo acórdão n.o 189/88, de 8 de Setembro, in Didrio da República, 2.a série, n.O 232, de 7 de Outubro de 1988.

(6) Assim, GomEs CANOTILIlo e VITAL MOREIRA, Op. cit., ii, pág. 314.

118. Sentido da apreciação oficiosa pelo juiz

A apreciação oficiosa - ligue-se ou não ao princípio jura novit curia (1) - implica o seguinte:

0 juiz, dado que não está sujeito à invocação da inconstitucionalidade por uma das partes, não tem de aplicax normas que repute inconstitucionais;

b) Na hipótese de uma das partes invocar a inconstitucionalidade, sem especificar qualquer norma, o juiz não tem de rejeitar a pretensão e declarar-se incompetente, pois está habilitado a averiguar qual a norma que possa ter sido violada;

0 juiz não tem de se confinar ao vício alegado, pode conhecer de qualquer outro vício ou tipo de iliconstitucionalidade;

d) 0 juiz não fica na situação de ter de aplicar uma lei inconstitucional, pois que a lei aplicável é só essa -jura novit curia - e não a alegada pelo autor e contra a qual, no entanto, o réu deduziu a excepção de inconstitucio nalidade;

e) A inconstitucionalidade não fica à mercê das partes, poiquanto, embora com pretensões opostas, ambas as partes se podem amparar numa lei inconstitucional, dando-lhe interpretações diferentes ou discutindo somente a matéria de facto;
f) 0 juiz não fica na situação de, no decorrer de um processo, até certa altura estar a aplicar uma lei, porque nenhuma das partes a arguiu de inconstitucionalidade, e, a partir de certa altura, e porque a uma ocorreu argui-la, deixar de a aplicar;
g) 0 juiz não fica na situação de, em certo processo, aplicar uma lei e noutro não, reconhecendo-a sempre inconsti tucional, e apenas, porque, no primeiro, nenhuma das

a)

0)

(1) Cfr. SALVATORE SATTA, #jura -novit curia)>, in Rivista Trimestrate di Diritto e Procedura Civile, 1955, págs. 380 e segs.

partes a impugnou e, no segundo, houve uma que o fez (1).

119. Decisões recorríveis para o Tribunal Constitucional

I - Somente há recurso para o Tribunal Constitucional de decisões dos tribunais - é o que diz o art. 280.o Não de decisões de outros órgãos que, porventura, conheçam da inconstitucionalidade de normas que tenham de aplicar - conforme admitimos quanto a decisões materialmente jurisdicionaís de certos órgãos administrativos.

E não de quaisquer decisões dos tribunais: não apenas de decisões não jurisdicionais mas também de decisões não previstas no art. 280.0 e no art. 70.o da Lei n.o 28/82 (assim como, obviamente, das decisões incidentais do próprio Tribunal Constitucional há pouco referidas).

II - São três os tipos de decisões de que cabe recurso:

a) Decisões que recusem a aplicação de certa norma com fundamento em inconstitucionalidade ou em ilegalidade (art. 280.0, n.o 1, alínea a), e n.o 2, alíneas a), b) e c), da Constituição) ou em contradição com uma convenção internacional (art. 70.0, n.o 1, alínea i), da Lei n.o 28/82, após 1989);
b) Decisões que apliquem norma cuja inconstilucionalidade ou ilegalidade haja sido suscitada durante o processo (art. 280.0, n.o 1, alínea b), e n.o 2, alínea d));
C) Decisões que apliquem norma anteriormente julgada inconstitucional ou ilegal pelo próprio Tribunal Constitucional (art. 280.0, n.O 5), ou anteriormente julgada inconstitucional pela Comissão Constitucional (art. 70.0, n.o 1, alínea b), da Lei n.o 28/82) ou que apliquem norma legislativa em desconfornúdade com o anteriormente decidido pelo Tribunal (art. 70.0, n.o 1, alínea i), 2.a parte, da Lei n.o 28/82, após 1989).

(1) Contributo , cit., págs. 254-255.

III - Quanto ao primeiro tipo, a recusa de aplicação relevante não tem de ser sempre expressa; pode ser a recusa implícita, como ocorre quando a decisão do tribunal extrai consequências correspondentes ao julgamento da norma como inconstitucional ou ilegal (1).

Os recursos de decisões do segundo tipo não se recoilduzem a recursos de amparo (2). 0 direito de os interpor pode ser considerado

um direito de natureza análoga à dos direitos, liberdades e garantias, mas os recursos não se configuram em si mesmos como meios específicos de defesa de direitos, liberdades e garantias (3).

As decisões do terceiro tipo são recorríveis por uma necessidade de harmonia de julgados e para defesa da autoridade do Tribunal Constitucional; em nome da identidade e continuidade da ordem constitucional de 1976 e como confirmação a Posteriori da natureza de tribunal da Comissão Constitucional abrangem igualmente decisões desta(4) (5).

120. Sentido da aplicação de normas anteriormente julgadas inconstitucio-
nais ou ilegais

I - As decisões recorríveis do terceiro tipo relativas a normas anteriormente julgadas inconstitucionais ou ilegais pelo Tribunal

(1) Neste sentido, já acórdãos da Comissão Constitucional de 19 de janeiro e 31 de Março de 1982, in Boletim do Ministério da justiça, n.o 317, junho de 1981, págs. 98 e 103, respectivamente.
(2) Como se disse erradamente no acórdão n.o 2183 do Tribunal Constitucional, de 28 de junho, in Boletim do Ministério da justiça, n.o 329, Outubro de 1983, págs. 358-359.

(3) Manual.... iv, cit., pág. 143.

(4) V. o debate, aquando da primeira revisão constitucional, in Didrio da Assembleia da República, cit., págs. 594(95)-594(96).
(r» Relativamente a anteriores decisões sobre inconstitucionalidade do Conselho da Revolução (art. 281.o inicial da Constituição), não se adoptou idêntica solução por ele não ter sido tribunal; quanto a decisões sobre ilegalidade do Supremo Tribunal Administrativo (Lei n.o 15179), simplesmente por não se ter registado nenhuma.

Constitucional são apenas decisões em fiscalização concreta, não em fiscalização abstracta ~) (2).
Não se justifica recurso de uma decisão judicial contrária à pronúncia no sentido da inconstitucionalidade, em fiscalização preventiva (3). E isso por duas razões:

-em primeiro lugar, porque o Tribunal Constitucional na fiscalização preventiva não interfere no julgamento de casos concretos e uma decisão de outro tribunal divergente dessa pronúncia não provoca desarmonia de julgados, nem põe em causa a sua autoridade;
-em segundo lugar, porque tal pronúncia, na perspectiva do Estado de Direito democrático, não prevalece sobre a vontade concordante do Parlamento e do Presidente da República (art. 279.0, n.o 2) e deve ficar aberta aos tribunais em geral a plenitude do seu poder de apreciação, seja para concluírem pela inconstitucionalidade, seja para não concluírem (art. 207.0).

Por motivos opostos, tão-pouco cabe recurso, com base no art. 280.0, in.o 5, da decisão de um tribunal contrária à declaraçao de inconstitucionalidade ou de ilegalidade de uma norma com força obrigatória geral (art. 281.0) ou à declaração de inconstitucionalidade ou de ilegalidade com força obrigatória geral, acompanhada de fixação de efeitos (art. 282.0, n.os 3 e 4).
Na fiscalização preventiva, dir-se-ia configurar-se a decisão positiva do Tribunal Constitucional como provisória; na fiscalização sucessiva abstracta sucessiva, ela é não só definitiva como intocável e imodificável pelo próprio Tribunal. Ora, recurso, pela natureza das coisas, Pressupõe reapreciação, possibilidade de reponderação de uma

questão jurídica, e ao Tribunal está vedado

(1) Corrigimos, assim, o que escrevemos na 2.a edição deste tomo, cit., pág. 374.
(2) A anterioridade tem de ser reportada à data do conhecimento, e não à data da decisão do Tribunal Constitucional; e, normalmente, esse conhecimento advém da publicação da decisão no Didrio da República (acórdão n.O 120186, de 21 de janeiro, in Didrio da República, 2.8 série, n.O 177, de 4 de Agosto de 1986).
(3) Contra, VITALINO CANAS, 0 Ministério Público .... cit., págs. 64 e segs.

voltar a examinar uma norma que já tenha declarado inconstitucional ou ilegal com força obrigatória geral ou cuja inconstitucionalidade ou ilegalidade tenha conformado de certa maneira.

II - De todo o modo, que acontece se um tribunal qualquer ,aplica uma norma que o Tribunal Constitucioiial tenha declarado inconstitucional ou ilegal com força obrigatória geral?
De um prisma puramente lógico-processual, talvez a solução pudesse encontrar-se nos mecanismos próprios de cada ordem de jurisdição (1).
De um prisma de garantia da Constituição e da reforçada defesa da autoridade do Tribunal, o caminho mais seguro e mais adequado consiste em admitir recurso (2) - um recurso atípico ou, se se preferir, uma figura processual distinta, embora sob esse nome - para o Tribunal Constitucional, não para que este vá reapreciar a questão, mas para que verifique que a sua declaração com força obrigatória geral não foi respeitada e mande, portanto, que o seja, revogando-se ou reforinando-se a decisão do tribunal a quo C).
É esta a linha de orientação que o Tribunal Constitucional tem vindo a adaptar em jurisprudência constante ~).

(1) Cfr. AiroNso QUEIR6, anotação, in Revista de Legistaçio o de jurisprudência, n.o 3698, Setembro de 1982, págs. 153 e 154 (anotação a um acórdão da Comissão Constitucional e por referência a uma declaxação com força obrigatória geral do Conselho da Revolução, mas a doutrina é afirmada tendo em vista já um futuro Tribunal Constitucional); ViTALiNo CANAS, 0 Ministério Público .... cit., págs. 67 e segs.
(2) Neste sentido, GomEs CANOTILHO e VITAL MOREIRA, Op. Cit., II, págs. 528 e 529.
(3) Poder-se-ia também entender haver uma lacuna no art. 280.o da Constituição e no art. 70.o da lei orgânica, que, assim, se colmataria.

(4) V., entre tantos, acórdão n.o 72185, de 24 de Abril, in Didrio da República, 2.a série, n.o 128, de 4 de junho de 1985; acórdão n.O 78/85, de 7 de Maio, ibidem, 2.a série, n.o 170, de 26 de julho de 1985; acórdão n.o 148186, de 30 de Abril, ibidem, 2.a série, n.o 174, de 31 de julho de 1986; acórdão n.o 339186, de 10 de Dezembro, ibidem, 2.a série, n.o 64, de 18 de Março de 1987; acórdão n.o 78/87, de 18 de Fevereiro, ibidem, 2.a série, n.o 100, de 2 de Maio de 1987; acórdão n.o 388189, de 17 de Maio, ibidem, n. o 211, de 13 de Setembro de 1989.
Sustentou-se no acórdão n.o 388189 (pág. 9141), que, por maioria de

121. Objecto do recurso

I - Objecto do recurso é sempre a constitucionalidade ou a

legalidade de uma norma, não a constitucionalidade ou a legalidade de uma decisão judicial.

A fixação do objecto do recurso não se opera em função do decidido pelo juiz a quo - não é a decisão que se critica - mas sim em razão das normas ou dos princípios constitucionais nela aplicados ou desaplicados ~).

II - 0 recurso é restrito à questão de inconstitucionalidade ou de ilegalidade, conforme os casos (art. 280.0, n.o 6, da Constituição) ou, tratando-se de contrariedade de acto legislativo com convenção internacionall às questões de natureza jurídico-constitucional e jurídico-intemacional implicadas na decisão recorrida (art. 71.0, n.o 2, da Lei n.o 28/82).

0 Tribunal Constitucional não está, porém, vinculado à qualificação como inconstitucioi,alidade feita pelo tribunal a quo.

III - Logicamente, portanto, o Tribunal só pode julgar inconstitucional ou ilegal a norma que a decisão recorrida, conforme os casos, tenha aplicado ou a que haja recusado aplicação (art. 79.0-C, 1.a parte, da Lei n.o 28/82, após 1989) -o que é, simultaneamente, expressão ainda de prejudicialidade e do princípio processual do pedido.

Pode, porém, o Tribunal Constitucional fazê4o com fundamento na violação de normas ou princípios constitucionaás ou legais diversos daqueles cuja violação foi invocada (art. 79.0-C , 2.a parte) - o que é, por sua banda, manifestação do princípio jura novit curia.

razão, se justificaria o recurso de constitucionalidade obrigatório quando tivesse sido aplicada uma norma já declarada inconstitucional com força obrigatória geral, por se estar perante um desrespeito mais grave do que o que ocorre naqueles casos de simples ((julgamento* de inconstitucionalidade adequada ao caso concreto.

(1) Acórdão n.o 235/90, de 3 de julho, in Didrio da República, 2.a série, n-O 18, de 22 de Janeiro de 1991, pág. 742.

Por outro lado, nada impede o Tribunal Constitucional de conhecer de incidentes conexos com a questão assim definida que afectem a marcha normal do recurso, de acordo com o princípio geral do art. 96.0, n.o 1, do Código de Processo Civil, segundo o qual o tribunal competente para a acção é também competente para conhecer dos incidentes que nela se levantem (1).

IV - Quando um tribunal, ao abrigo do axt. 207.0, se recusa a aplicar uma norma por a julgar ferida de inconstitucionalidade 3u ilegalidade, ele aplica a norma anterior por ela revogada (porque revogada invalidamente), procede à sua repristinação - porque, mais uma vez, jura novit curia.

Mas se, depois, se interpõe recurso para o Tribunal Constitucional, este só pode conhecer da norma julgada inconstitucional ou ilegal (art. 79.0-C da Lei n.o 28/82), não de norma repristinada. Como consta de um seu aresto, não se pode proceder ao alargwnento da questão da constitucionalidade a mais normas do que aquelas que foram questionadas na decisão recorrida; os recursos destinam-se a reapreciar as questões decididas na decisão recorrida; * Tribunal Constitucional não pode censurar ao tribunal recorrido * decisão aplicável, apenas lhe compete decidir sobre a constitucionalidade desse direito (2).

V - Adn-litindo, como parece ter de se admitir (3), a possibilidade de o tribunal da causa, julgando certa norma inconstitucional, limitar os efeitos da inconstitucionalidade, por razões de segurança jurídica ou de equidade (art 282.0, n.o 4), naturalmente o Tribunal Constitucional, ao conhecer do recurso dessa decisão, há-de também reapreciar a questão acessória da fixação dos efeitos.

(1) Acórdão n.o 323186, de 19 de Novembro, in Didrio da República, 2.a série, n.o 39, de 16 de Fevereiro de 1987.

(2) Acórdão n.o 141/87, de 22 de Abril, in Didrio da República, 2.a série, n.o 173, de 30 de julho de 1987.

(8) Cfr. infra.

122. Interposição dos recursw

I - Os recursos de decisões do primeiro e do terceiro tipo podem ser recursos directos paxa o Tribunal Constitucional e são-no necessariamente quando o recurso é obrigatório para o Tribunal Constitucional.

Não é, contudo, admitido recurso para o Tribunal Constitucional de decisões sujeitas a recurso ordinário obrigatório nos termos da respectiva lei processual (art. 70.0, n.o 3, da Lei n.o 28/82); e, se a decisão admitir recurso ordinario, a não interposição de recurso para o Tribunal Constitucional não faz precludir o direito de interpô-lo de ulterior decisão que confirme a primeira (art. 70.0, n.o 4).

Os recursos de decisões do segundo tipo postulam a exaustão dos recursos ordinários: apenas cabem de decisões que não admitam recurso ordinário, por a lei o não prever ou por já haverem sido esgotados os que no caso cabiam (art. 70.0, n.o 2) ~). Podem não ser decisões finais, mas têm de ser decisões definitivas (2); e são rejeitados quando manifestamente infundados (art. 76.0, n.o 2, in fine), o que paxece exigir um juizo de viabilidade ou de razoabilidade pelo tribunal a quo de grau diferente do que ele faz na admissão dos demaás recursos ~).

Il - 0 Tribunal Constitucional não tem que averiguar se o juiz a quo andou bem ou não ao considerar uma questão de inconstitucionalidade como

(1) A regra surgiu, dentro do compromisso parlamentar sobre o acesso ao Tribunal Constitucional, da necessidade ou conveniência de filtragem das questões, mas tem em seu desabono a desvantagem ou o risco de arrastamento dos processos.

Cfr. a intervenção do Ministro MARCELO REBELO DE SousA na comissão eventual para o Tribunal Constitucional, in Didrio, cit., págs. 594(97)-594(98).

(2) Cfr. acórdão n.O 15186, de 22 de Fevereiro, in Didrio da República, 2.a série, n.o 95, de 24 de Abril de 1986.

1 Sobre o conceito (lato) de recurso ordinário, v. acórdão n.o 2187, de 7 de janeiro, ibidem, 2.3 série, n.o 68, de 23 de Março de 1987.

(3) Cfr., porém, acórdão n.o 206/86 do Tribunal Constitucional, de 12 de junho, in Didrio da República, 2.a série, n.o 245, de 23 de Novembro de 1986.

,,' f

uma questão prévia, autonomizando-a e decidindo-a. E, mesmo que se entenda que em casos como esses não existe verdadeira «recusa de aplicação» de uma norma jurídica, mas tão-só uma recusa da sua aplicabilidade, há-de considerar-se esta como equivalente àquela para efeitos do disposto na alínea a) do n.o 1 do art. 280.o da Constituição, pelo menos quando tal juíz6 haja sido determinante da decisão no caso concreto. Só assim se assegura que, em matéria de inconstitucionalidade, ao Tribunal Constitucional caiba sempre a última palavra(').

A exigência. do art. 280.0, n.o 1, alínea b), da Constituição, relativa à invocação da inconstitucionafidade «durante o processos deve entender-se, não num sentido puramente formal (tal que a

inconstitucionalidade pudesse ser suscitada até à extinção da instância), mas no sentido funcional (tal que essa invocação seja feita em momento em que o tribunal a quo ainda possa conhecer da questão). E daqui advém que o pedido de aclaração de uma sentença ou acórdão ou a arguição da sua nulidade não são meios idóneos para suscitar - em vista do ulterior recurso para o Tribunal Constitucional - uma questão de inconstitucionalidade; são meios extemporâncos para esse efeito.

S6 não será assim quando justamente o poder jurisprudencial se não haja esgotado na sentença; ou nalguma situação de todo excepcional em que o interessado não dispunha de oportunidade processual para levantar a questão (2).

Mais difícil é saber se é decisão definitiva a decisão de uma questão de inconstitucionalidade suscitada em providência cautelar. Porque o juiz aqui não formula um juízo definitivo, mas tão-só um juízo sobre a probabilidadé séria da ocorrência da inconstitucionalidade, poder-se-ia entender que deste juízo provis6rio não cabe recurso para o Tribunal Constitucional (3); ~orém, na ordem prática das coisas o direito ou interesse em causa pode justificar a interposição do recurso.

III -Quando o recurso se tomou inútil ou desnecessário, não há que tomar conhecimento dele. Na esteira já da Comissão

(1) Acórdão n.o 19183 do Tribunal Constitucional, de 3 de Novembro, in Boletim do Ministério da justiça, n.o 334, Março de 1984, págs. 238 e segs., e na Revista juridica, n.o 3, janeiro-Fevereiro de 1984, págs. 83 e segs. (com comentário de ARMINDO RIBEIRO MENDES).

(2) Acórdão n.o 90185, de 5 de junho, in Didrio da República, 2.a série, n.o 157, de 11 de julho de 1985; acórdão n.o 450187, de 18 de Novembro, ibidem, 2.a série, n.o 193, de 22 de Agosto de 1988; acórdão n.O 391189, de 17 de Maio. ibidem, 2.8 série, n.o 212, de 14 de Setembro de 1989. '

(8) Acórdão n.o 151185, de 31 de julho, in Didrio da República, 2.a série, n.o 301, de 31 de Dezembro de 1985.

Constitucional (1), o Tribunal tem vindo a decidir uniformemente que não deve proferir decisões msusceptíveiè de: terem relevo ou influência sobre o julgamento da situação concreta de que emerge o recurso.

E,, isso porque o recurso, embora restrito à questão de incons.titucionalidade, só relativamente se autonomíza do processo em que é interposto - da questão principal' (hoc sensu) substantiva ou processual, que ao~tribunal a q-uo cumpre decidir.'A decisão em recurso da ques,t~o da inconstitucignalidade é_sempré (dnstrumen-tã)) ~elativaniente 4.decisão dessa outra questão (2).

123. Legitimidade para recorrer

I - Podem recorrer . para o Tribunal Constitucional o Mínistério Público e as pessoas que, de acordo com a lei i~eguladora do processo em que a decisão foi proferida, te~ legitimidade para dela interpor recurso (art. 72.0, n.o 1, da Lei n.o 28182).

Para lá do: poder oficioso de cada juiz português de'apreciar a inconstitucionalidade, a atribuição, ao Ministério Público de ~e iti~úd~de confere ao . recurso para o Tribunal Constitucional gi . um carácter misto; não tem somente uma finalidade subjectiva de: defesa de direitos e interesses das pessoas, tem também. uma finalidade objectiva de defesa da integridade da ordem jurídica.

Pelo contrário,' o -pendor subjectivista fica realçado quando se trate de recursos de decisões que apliquem normas cúja

inconstit,ucionalidade ou ilegalidade haja ~i~<? suscitada durante. o. pro'cesso: aqui só pode recorrer a parte que a haja suscitado (axt. 280.0, n.o 4, e art. 70.0, n.o 2, da Lei n.o 28/82), e nem sequer, parece, o próprio Ministério Público ~).

(1) Por -todos, v. acórdão n.o 126, in apêndice ao Didrio da República, de 31 de Dezembro de 1979.

(2) V. acórdão n.o 12/83, de 25 de Outubro, in Didrio da República, 2.a série, n.o 24, de 28 de janeiro de 1984; ou acórdão n.O 250186, de 25 de julho, ibidem, 2.a série, n.o 269, de 21 de Novembro de 1986.

(3) Também fica realçado pela jurisprudência, acabada de noticiar-, do Tribunal Constitucional de averiguação do interesse prático do recurso para o caso concreto.

II - Ainda na linha de uma componente objectivista o recurso é obrigatório para o Ministério Público em duas hipóteses:

a) Quando a norma cuja aplicação tenha sido recusada conste de convenção internacional, de acto legislativo ou de decreto regulamentar (axt. 280.0, n.o 2, e art. 72.0, n.o 3, da Lei n.o 28182, após 1989);

b) Quando seja aplicada norma anteriormente julgada inconstitucional ou ilegal pelo Tribunal Constitucional (art. 280.0, n.o 5), norma anteriormente julgada inconstitucional pela Comissão Constitucional (art. 72.0, n.o 3, da Lei n.o 28/82) ou norma anteriormente julgada contrária a convenção internacional pelo Tribunal Constitucional (mesmo art. 72.0, n.o 3, após 1989).

Tratando-se, porém, de norma legislativa contrária a convençao internacional, preve-se uma atenuação: o Ministério Público pode abster-se de interpor recurso de decisões conformes com a orientação que se encontre já estabelecida, a respeito da questão em causa, na jurisprudência do Tribunal Constitucional (art. 72.0, n.o 4).

Na hipótese a) perdura, como se vê, algo da distinção que o primitivo art. 282.o da Constituição fazia relativamente a certas categorias de actos. Foi eliminada a referência a «diploma equiparável», mas tudo aponta para que convenção internacional, acto legislativo e decreto regulamentar tanto possam ser actos praticados à sombra da Constituição de 1976 como actos (embora com nomes diversos) praticados à sombra de Constituições anteriores. já mais duvidoso é saber se entre os decretos regulamentares se incluem os decretos regulamentares regionais; pelo menos quanto aos de regulamentação de leis da República ínclinamo-nos para uma resposta positiva.

Por maioria de razão, também deve entender-se obrigatório o recurso quando a norma recusada constar de lei de revisão constitucional.

III - Reforça ainda o sentido objectivo do instituto a irrenunciabilidade do direito de recorrer para o Tribunal Constitucional (art. 73.o da Lei n,0 28182). Em processo civil o princípio é o inverso e até se admite renúncia antecipada, quando proveniente de ambas as partes (art. 681.o do Código de Processo Civil). .

Todavia, como o recurso só é obrigatório para o Ministério Público, e nos dois casos referidos, e como paxa os particulaxes há, sim, um direito de recorrer, nada obsta a que estes desistam de recurso que tenham interposto().

. IV - Após ter julgado inconstitucional ou ilegal uma norma, o Tribunal Constitucional - salvo declaxação com força obrigatória geral - pode mudar de orientação; ou pode haver divergência entre as duas secções. Nem por isso fica afastado o pressuposto do art. 280.0,

n.O S.

Em contrapartida, como já decidiu o Tribunal (2), a obrigatoriedade de recurso paxa o Ministério Público perde a sua razão de ser ou toma-se admissível a desistência de recurso já interposto, quando, julgando inicialmente inconstitucional certa norma, o Tribunal Constitucional vem depois a alterar essa orientação e passa a julgá-la uniformemente como não contrária à Constituição.

V - 0 recurso interposto pelo Ministério Público aproveita a todos os que tenham legitimidade para recorrer (art. 74.0, n.o 1, da Lei n.o 28182).

0 recurso interposto por um interessado aproveita aos restantes interessados (axt. 74.0, n.o 2); e, no caso de recurso de decisão que aplique norma cuja inconstitucionalidade ou ilegalidade tenha sido suscitada, nos termos e nos limites estabelecidos na lei reguladora do processo em que a decisão tenha sido proferida (art. 74.0, n.o 3).

Não pode haver recurso subordinado, nem adesão ao recurso (art. 74.0, n.o 4). Não há o primeiro (art. 682.o do Código de Processo Civil), porque, quanto à questão de inconstitucionahdade, nunca as partes no processo ficam ambas vencidas: a norma ou é aplicada ou não. Não há adesão ao recurso (art. 683.(), n.()9 2 e 4, do Código de Processo Civil), porque, como o recurso aproveita sempre aos compartes, tudo se passa como se ocorresse litisconsórcio necessário.

(11) Acórdão n.o 186189, de 9 de Fevereiro, in Didrio da República, 2.a série, n.o 116, de 16 de Maio de 1989.

(2) Acórdão n.0298187, de 10 de julho, indidrioda República, n.0211, de 14 de Setembro de 1987, ou acórdão n.o 326187, de 10 de julho, ibidem, 2.a série, n.o 216, de 19 de Setembro de 1987.

124. Tramitação dos recursos

I - À tran-útação dos recursos para o Tribunal Constitucional são subsidiariamente aplicáveis as normas do Código de Processo Civil, em especial as respeitantes ao recurso de apelação (art. 69.o da Lei n.o 28182) (1) (2).

Il - 0 prazo de interposição do recurso é de oito dias e interrompe os prazos para a interposição de outros que, porventura, caibam da decisão, os quais só podem ser interpostos depois de cessada a interrupção (axt. 75.0, n.o 1).

Interposto recurso ordinário que não seja admitido com fundamento em irrecorribilidade da decisão, o prazo para recorrer para o Tribunal conta-se do momento em que se tome definitiva a decisão que não admite o recurso (art. 75.0, n.O 2).

III-Com~ ao tribunal que tenha proferido a decisão recorrida apreciar a admissão do recurso (art. 76.0, n.o 1). A decisão que admita o recurso ou lhe determine o efeito não vincula o Tribunal Constitucional e as partes só podem impugná-la nas suas alegações (art. 76.0, n.o 3).

Do despacho que indefira o requerimento de interposição do recurso cabe reclamação para o Tribunal Constitucional em secção (arts. 76.o, n.o 4, e 77.0, n.o 1).

A decisão do Tribunal Constitucional não pode ser impugnada e, se revoga,r o despacho de indeferimento, fará caso julgado quanto à admissibilidade do recurso (art. 77.0, n.o 4).

IV-0 recurso interposto de decisão que não admita outro, por razões de valor ou alçada, tem os efeitos e o regime de subida do recurso que no caso caberia se o valor ou a alçada o permitissem (art. 78.0, n.o 1).

0 recurso interposto de decisão da qual coubesse recurso ordinário, não interposto ou declarado extinto tem os efeitos e o

regime de subida deste recurso (art. 78.0, n.O 2).

0 recurso interposto de decisão proferida já em fase de recurso mantém

(1) Nos recursos para o Tribunal Constitucional é, em princípio, obrigatória a constituição de advogado (art. 83.0, n.O 1, da Lei n.o 28182).

(2) Sobre o problema paralelo da adaptação das regras de processo civil em processo diferente, cfr. SÉRVULO CORREIA, 0 prazo de alegação no r.-curso fu~o em oposição de ac6rdcTos no Supremo Tribunal Administrativo - Um caso paradigmdtico do problema de aplicação da lei de processo civil no conto-ncioso administrativo, in Revista da Ordem dos Advogados, 1990, págs. 363 e segs.

os efeitos e o regime de subida do recurso anterior, salvo no caso de ser aplicável o disposto no número anterior (art. 78.0, n.O 3).

Nos restantes casos o recurso tem eleito suspensivo e sobe nos próprios autos (art. 78.0, n.o 4) (1).

125. A intervenção das secções e do plenário

1 - Os recursos para o Tribunal Constitucional são decididos por uma das duas secções - não especializadas - em que ele se organiza (art. 226.0, n.o 2, da Constituição e arts. 41.o e 70.o da Lei n.o 28182) (2).

II - 0 presidente pode, com a concordância do Tribunal, determinar que o julgamento se faça com intervenção do plenário. quando o considerar necessário para evitar divergências jurisprudenciais ou quando tal se justifique em razão da natureza da questão a decidir (art. 79.0-A, n.o 1, da Lei n.o 28182, após 1989).

III - Se o Tribunal vier a julgar a questão da inconstitucionalidade ou ilegalidade em sentido divergente do anteriormente adoptado quanto à mesma norma por qualquer das suas secçoes, dessa decisão caberá recurso para o plenário, obrigatório para o Ministério Público quando intervier no processo como recorrente ou recorrido (art. 79.0-D, n.o 1, da Lei n.o 28/82, após 1989) (3).

A decisão não adquire, no entanto, força obrigatória geral, porquanto continua a situar-se no terreno da fiscalização concreta.

126. Alcance da decisão do Tribunal Constitucional

I - A decisão do recurso faz caso julgado no processo quanto à questão de inconstitucionalidade ou de ilegalidade suscitada (art. 80.0, n.o 1, da Lei n.o 28/82).

(1) Sobre o art. 78.o da Lei n." 28/82, v. a intervenção do Deputado NUNES DE ALMEIDA, in Diário da A ssembleia da República, cit., pág. 594 (102).

(z) Cada urna das secções é constituída pelo presidente e por mais seis juizes (art. 41.0, n.o 1, da Lei n.o 28/82). A distribuição dos juizes pelas secções é feita pelo próprio Tribunal no início de cada ano judicial (art. 4 1. 0, n. o 2).

(1) Foi o que aconteceu através do acórdão n.o 340/90, de 19 de Dezembro, in Diário da República, 2.a série, n.<> 65, de 19 de Março de 1990.

II - Se o Tribunal Constitucional der provimento ao recurso., ainda que só parcialmente, os autos baáxarão ao tribunal de onde provieram a fim de que este, consoante for o caso, reforme a deci.~são - ou a mande reformar em conformidade com o julgamento da

questão de inconstitucionalidade ou de ilegalidade (art. 80.0, no 2, da Lei n.o 28/82) (1).

0 Tribunal Constitucional não substitui, portanto, a decisão recorrida por aquela que deveria ser emitida, e tão-pouco a anula. É um sistema intermédio. de recurso o adoptado, um. sistema em que o Tribunal Constitucional ordena ao tribunal recorrido, que profira nova, decisão com o conteúdo por ele prefixado ~).

No caso de o,jgízo de constitucionalidade ou de legalidade sQbro a norma que a decisão recorrida tiver aplicado, ou a que tiver recusado apli~ cação, se fundar em determinada interpretação da mesma norma, esta deve ser aplicada com tal interpretação no processo em causa (art. 80.0, n.o 3, de novo).

Transitada em julgado A decisão que não admita o recurso ou lhe negue provimento, transita também a decisão recorrida se estiverem esgo.-' tados os recursos ordinários, ou começam a correr os prazos para estes recursos, no caso contrário- (art. 80.,0, n.o 4).

§ 3.o

, A fiscalização~ abstracta da inconstitucionardade por . acção

127. Sentido -do pedido de fisc~ção abstracta

I - A fiscalização - abstracta assenta num poder funcional de iniciativa -no poder. de requerer ao Tribunal Constitucional a apreciação da constitucionalidade ou da legalidadei de normas jurídicas.

Dizemos poder funcional, e não direito de iniciativa, porque cabe a certos órgãos ou a fracções de titulares de órgãos do, poder político no âmbito do sistema político global da Constituição;

(1) Sobre o carácter definitivo (no processo) do julgamento do Tribunal Constitucional, cfr. acórdão n.o 316/85, de 1'8 de Dezembro, in Diário d£& República, 2.a série, n.<> 86, de 14 de Abril de 1986.
(2)Cfr. JOSÉ Dup-zo BARROSO, op. cit., kc. cit., págs. 721 e 722.
porque se reconduz a uma competência; e porque é dominado exclusivamente por uma perspectiva de interesse público e objectivo. Por isso, só se justifica falar aqui em acção de inconstitucionalidade como acção pública e não, de modo algum, como acção stricb sensu.

II - Da Constituição decorre, porém, uma complicação.

Há órgdos gerais de iniciativa, os quais podem requerer a apreciação da constitucionalidade ou da legalidade de normas constantes de qualquer dos diplomas sujeitos a fiscalização - os dos arts. 278.0, n.os 1 e 2> e 281.0, n.o 2, alíneas a) af). E há órgãos especiais de iniciativa, os quais só podem requerer a apreciação de normas de certos diplomas ou com certos fundamentos específicos de inconstitucionalidade ou de ilegalidade - os do art. 278.0, n.o 4, por uma banda, e do art. 281.0, n.o 2, alínea g), por outro lado.

Significa isto que determinados órgãos - os órgãos gerais de iniciativa - recebem o poder de desencadear a fiscalização em razão apenas de interesse público de garantia da constitucionalidade e da legalidade, ao passo que os órgãos especiais o recebem na base de um enlace entre esse interesse e um interesse particularizado - seja o de defesa da autonomia político-admínistrativa regional, seja o de defesa da unidade do Estado, seja o de maior funcionalidade do sistema político democrático (1). Mas este interesse particularizado, aparentemente subjectivado (2), é ainda um interesse público, e nem sequer, em rigor, deveria falar-se em «direitos» das regiões autónomas, porque tudo quanto possa estar em causa se reconduz a uma questão de divisão de poder, à face da Constituição ou da lei.

Observe-se ainda que o Presidente da República é o único órgão com um poder geral de iniciativa, tanto na fiscalização preventiva como na sucessiva (o que não pode deixar de se associar ao art

123.0).

(1) Cfr. o conceito do art. 112.0
(2) Cfr. GomEs CANOTILHO e VITAL MOREIRA, Op. Cit., II, PágS. 535 e 536; VITALINO CANAS, Os processos .... cit., págs. 25 e segs., maximo 30 e segs,

III-Os órgãos de iniciativa exercem uma competência, embora não uma competência de exercício obrigatório, na medida em que não estão adstritos a requerer a apreciação quando a inconstitucionalídade ou a ilegalidade se lhes apresente nítida ou suscite dúvidas. órgãos que agem segundo critérios políticos, quase todos eles, ou segundo critérios de discricionariedade, são livres - sem prejuízo da sua responsabilidade política perante o povo (inerente a um regime democrático) - de a requerer ou não (1); assim como é inteiramente irrelevante a atitude psicológica do titulax ou dos titulares respectivos.

Tão-pouco se afigura curíal extrair da regra da vinculação das entidades públicas aos preceitos constitucionais sobre direitos, liberdades e garantias uma coniinação quanto a normas legais ou outras que as desrespeitem. Uma coisa é a necessidade de cumprir tais preceitos, outra coisa seria o dever de promover a eliminação das suas eventuais infracções.

IV - 0 poder de iniciativa é conferido aos órgãos nominalmente indicados no art. 278.0 É conferido a esses órgãos - alguns (o Presidente da Assembleia da República, o Primeiro-Miriistro e os presidentes das assembleias legislativas e dos governos regionais) autonomizados para o efeito - paxa ser por eles exercido.

Aos seus substitutos constitucionais (ou aos substitutos dos seus titulares), quando em situação de suplência, não é legítimo a,rrogarem-se tal poder (2). Em contrapartida, o Primeiro-3~inistr(~ pode exercê-lo quer antes da apreciação do programa do Governo pelo Parlamento, quer estando o Governo demitido (art. 189.0~ n.o 5), porque, apaxecendo como órgão a se, não é atingido pe~s vicissitudes do Governo.

V - Os particulaxes não têm acesso directo à fiscalização abstracta. 0 direito de acção popular (art. 52.0, n.o 3), além de

(1) Cfr. MIGUEL GALvlo TELF-S, Liberdade de iniciativa do Presidente da República .... cit., loc. cit., págs. 35 e segs.
(2) Parecer n.() 10179 da Comissão Constitucional, de 5 de Abril, in Pareceres, viii, págs. 49 e segs.

pouco adequado,, só poderia. envolver a apreciação preventiva ou a sucessiva se fosse expressamente incluído no.quadro do art. 278,0 ou no do art. 281.0-um e outro de enume.raçqes taxativas.

0 que os cidadãos podem é invocar o seu direito de petição perante qualquer dos órgãos de iniciativa - agora não para defesa dos seus direitos, mas para defesa da Constituiçjo , -(conforme o art,.,52.0, n.o 1, distingue) (1). E, por conseguinte, os órgãos de iniciativa tanto podem agir espontânea ou oficiosamente quanto.em consequência de petições de cidadãos ou de. grupos de cidadãos.

Em qualquer das hipóteses, o órgão que requer a apreciação tem de assunúr o pedido como tal, tem de expressar clara mente a vontade de requerer a pronúncia ou a declaração de inconstitucionalidade, tem de marcar uma posição, não se reduzindo a mera instância de trânsito e de processamento de petições dos cidadãos (2).

128.. 0 princípio do pedido

I - Em processo ciVI, as partes dispõem do processo como da

relação jurídica material C), o que tem como, primeiras consequências:

a) 0 processo só se inicia sob o impulso da parte (Autor, etc.), mediante, o respectivo pedido, e não sob o impulso do próprio juiz: ~emo judex, síne actore; ne judex Procedat ex-officio,

b) As partes é que - através do pedido e da defesa - cí~cunscrevem o thema decidendum: ne eat judex. ultra vel extra petita partium

(1) Na esteira, aliás, do art. 17.o da Constituição de 1822.

(2) V. parecer da Comissão de Assuntos Constitucionais da Asseinbleia
da República de 18 de Março de 1977, in Direito da Assembkia da República,
i legislatura, 1.a sessão legisiativa, suplemento ao n.o 1 107, p . ág. 3660(1^1);
parecer n.o 2/78 da Comissão Constitucional, de 5 de janeiro, in Pareceres,
iv, págs. 152-153; acórdão n.o 5183 do Tribunal Constitucional, de Igi de
julho, in Didrio da República, 2.8 série,,n.o 22, de 26 de janeiro de 1984.

(a) MANUEL DE ANDRADE, Noçjes ekmentares de Processo Civil, Coimbra, 1956, pág. 359.

C) Ibidem, pág. 360.

Nisto consiste, no essencial, o princípio dispositivol de~:que é componente ou decorrente o princípio do pedido.

II - Mas o princípio dispositivo e, portanto, o do pedido sofrem adaptações noutros ramos de Direito processual - no penal ' no administrativo e também no constitucional - em função das suas características próprias, designadamente quando não haja partes e domine o sentido objectivista, como sucede maximamente na fiscalização abstracta da constitucionalidade e da legalidade.

Princípio dispositivo aqui significa então a conformação do processo por outros órgãos ou entidades que nao o Tribunal Constitucional (1), conformação que se traduz em:

a) Necessidade de iniciativa, de pedido (de requerimento, como se lê no texto constitucional) para que o processo seja aberto;

b) Fixação do objecto do processo -a constitucionalidade ou legalidade das normas a apreciar - pelo pedido (2).

III - 0 princípio do Pedido implica para o requerente (o órgão ou a fracção de titulares de órgãos com poderes de inicia tiva) o duplo ónus de especificação das normas cuja apreciação se pretende e de especificação das normas constitucionais (ou legais) violadas (3). Eis o que estabelece o art. 51.0, n.o 1, da Lei n.o 28182 ~) ~). 1 1 1 1

Só com a determinação das normas infraconstitucionais (arguidas) e a das normas constitucionais que lhe servem de parâmetro, fica estabelecido o objecto do processo de inconstitucígnalídade.

(1) Cfr., com algum exagero, VITALINO CANAS, Os processos.~.i, cit., pág. 101: senhores do processo são os outros sujeitos processuais que nao o juiz constitucional.

(2) Cfr. MAURO CAPPELLETTI, Il controllo di costituzionalità dello leggi nel, quadro delk funzioni dello Stato, in Studi in memoria di :q-uido Zamobij«i, obra colectiva, iii, Milão, 1965, ~págs. 105 e segs.

(3) V. já Co-ntributo .... cit., págs. 246 e 247.

(4) V., o debate na comissão eventual para c> Tribunal

Constitucional, in Didrio da Assembleia da República, cit., págs. - 594(771) e segs., e, antes, a, Resolução n.o 58/82 do Conselho da Revolução, de 6 de Abril.

(f,) Cfr. o art. 690.0, n.<> 3, do Código de Proc%w Civil.

IV - Em contrapartída, porque jura nov* curia, assim como na fiscalização concreta o tribunal pode conhecer da inconstitucionalidade oficiosamente (porque o objecto do processo, fixado pelas partes ou pelo Ministério Público, é o feito submetido a julgamento), também na fiscalização abstracta o Tribunal Constitucional pode fimdamentar o seu juízo e a sua decisão em normas constitucionais diversas das ínvocadas no pedido; nem está circunscrito aos vícios arguidos ou à qualificação da desconforn-iidade como inconstitucionalidade ou como ilegalidade. É o que igualmente dispõe a Lei n.o 28182, no seu art. 51.0, n.o 5 ~).

Se tem de haver sempre uma especificação do pedido, não tem esta que ser acolhida pelo Tribunal para que pronuncie ou declare a inconstitucionalidade ou a ilegalidade. Na liberdade de apreciação inerente à sua função judicante, ele pode pronunciá-la ou declará-la com base em normas constitucionais ou legais diferentes das aduzidas no pedido. 0 que não pode é pronunciar ou declarax a inconstitucionalidade ou a ilegalidade de normas cuj a apreciação lhe não seja requerida (embora não se veja remédio, na fiscalização sucessiva, para a hipótese - até agora, de resto, nunca verificada - de o Tribunal apreciar normas não constantes do pedido).

Conforme sintetizou o próprio Tribunal Constitucional: estando os poderes de cognição do Tribunal limitados e condicionados pelo pedido - só pode declarar a inconstitucionalidade de normas cuja apreciação tenha sido requerida - não já pela causa de pedir - a declaração de inconstitucionaudade pode ser feita com fundamento na violação de normas ou pnncípios constitucionais diversos daqueles cuja violação foi invocada --r- importa que aquele se apresente rigorosamente formulado, com uma individualização concreta e especificada da norma ou normas havidas por violadoras do texto constitucional (2).

V - Nada impede que seja pedida a apreciação da constitucionalidade de uma pluralidade de normas, incluindo todas as

(1) Seguindo a jurisprudência constante da Comissão Constitucional e do Conselho da Revolução: v., por todos, o parecer n.o 16182, de 6 de Maio, in Pareceres, xix, pág. 246.

(2) Acórdão n.O 31184, de 27 de Março, in Didrio da República, 1.8 série, n.O 91, de 17 de Abril de 1984, pág. 1262. Cfr. também acórdão n.o 257189, de 23 de Fevereiro, in Didrio da República, 2.a série, n.O 129, de 6 de junho de 1989.

normas de um diplona; por outro lado, a razão de ser do requisito da especi.qcação não exige que o pedido refira nominalmente a identificação singular (uma a uma) das disposições que se põem em causa, devendo considerar-se bastante uma fórmula que, de modo suficientemente precisa, delimite o conjunto das normas questionadas ().

VI - Requerida a apreciação da constitucionalidade ou da legalidade de uma norma, nada impede que o Tribunal aprecie também a de outra nela implícita ou contida.

No domínio das chainadas <inconstitucíonalídades consequentes», o Tribunal delas deverá conhecer quando a sua enu~ciação, embora não exphcitada, resulte de todo índissociável de uma apreciação global do

pedido 0).

Entre estas inconstitucíonalidades consequentes conta-se a de decreto-lei ou decreto legislativo regional autorizado em relação a lei de autorização, a de decreto4ei de desenvolvimento em relação a lei de bases, a de regulamento em relação a lei. 0 art. 51.0, n.o 5, da Lei n.o 28182, sistematicamente entendido, e não um princípio de adequação hmcional ~), permite tal conhecimento.

Mas nada autoriza, entre nós, o Tribunal a conhecer da constitucionalidade ou da legalidade de normas conexas ou que se considere que fluem do mesmo princípio ou sistema de ideias em que se alicerça a norma objecto do pedido ~).

VII - 0 mesmo art. 51.0, n.o 5, perspectivado à luz da ideia geral de garantia da Constituição, consente responder afirmativamente a duas perguntas:

a) Pode o Tribunal Constitucional, chamado a apreciar a inconstitucionalidade ou a ilegalidade de uma norma que se fimda

(1) Acórdão n.o 274186, de 8 de Outubro, in Didrio da República, 1.a série, n.o 250, de 29 de Outubro de 1986, pág. 3249.

(2) Acórdão n.o 76185, de 6 de Maio, ibidem, 2.a série, n.o 131, de 8 de junho de 1985, pág. 5362.

(3) Como sustenta VITALINO CANAS, Os processos..., cit., págs. 144 e segs-

(4) Cfr. § 78.0, 2.a parte, da lei orgânica do Tribunal Constitucional alemão, ~art. 27.o da lei orgânica do italiano, art. 39.o da lei orgânica do espanhol.

noutra norma legal (por exemplo, a norma de um decreto-lei autorizado, o qual pressupõe lei de autorização), apreciar também esta segunda norma ?

Pode o Trí'

b) ibunal Constitucional, chamado a apreciar a legalidade de,uma norma por contrária a lei de valor reforçado, não a considerar ilegal e, ao invés, considerar inconstitucional a norma dá lei de valor reforçado (por exemplo, norma de estatuto político-administrativo, regional sobre eleições contrariada por lei eleitoral) ?

Respondemos afirmativamente ainda quanto à questão b), porque uma norma, para ser paxâmetro de validade de outra norma, terá sempre de ser conforme com, a pertinente norma constitucional (1) - o que não implica (em correspondência com o que escrevemos, no § -1.o deste capítulo) que reconheçamos ao órgão legislativo autor da primeira norma um qualquer poder de fiscalização da constitucionalidade da norma da lei de valor reforçado.

Em ambos os casos, poder-se-á reforçar o entendimento com a utilização do art. 207.0, uma vez que feitos submetidos a julgamento são também as questões (abstractas) de inconstitucionalidade e de ilegalidade e o Tribunal Constitucional é um dos tribunais ai mencionados (2). já mais duvidoso é saber se, em fiscalização sucessiva, pode o Tribunal Constitucional declarar a inconstitucionalidad,e com força obrigatória geral ou limitar-se a fazer uma apreciação incidental.

VIII - Finalmente, questão maás delicada consiste em saber se, declarada inconstitucional ou ilegal uma norma, poderá o Tribunal declaxar também in constitucional ou ilegal a norma anterior, em princípio repristinada por virtude da declaração (art. 282.0, n.o 1). A ela se atenderá adiante.

(1) Assim, a nossa anotação Estatuto da Regijo Autónoma da Madeira o Eleiçao da Assembleia Regional, in, 0 Direito, 1989, pág. 365.

(2) Neste sentido VITALINO CANAS, OS PrOCeSSOS. .., Cit., PágS. 147 e 148.

129. 'Regime, processual da fiscal~o abstracta

1 - Na fiscalização preventiva há prazos imperativos para~ a apresentação do requerimento de apreciação da constitucionalidade tart. 278.0, n.os 3 e 6, da Constituição). Na fiscalização sucessiva, ao invés, o pedido pode ser apresentado'a todo o tempo (art. 62.0,' n.o 1, dá Lei n.o 28~82).

A diferença.de função dos dois MlSútutos, explica o diverso regime.

II-AO contrário ~também do que ocorre na fiscalização sucessiva, na fiscalização preventiva pernúte-se a desistência do pedido (art. 53.o da Lei n.o 28182) - o que se compreende em face da natureza do instituto e por se estar num momento ~ de grande disponibilidade de opção dos órgãos de iniciativa.

III - Admitido o pedido, o presidente do tribunal notifica o órgão que tiver emanado a norma impugnada para, querendo, se 1 1 pronunclax sobre ele no prazo de 30 dias ou, tratando-se de fiscalização - preventiva, de 3 dias (art. 54.0).
. . É um elemento de contraditório que se justifica, não em virtude de qualquer subjectivação do processo, mas em nome da procura gbjectiva da garantia da constitucion?didade e da,lega~dade e em,pa, ~alelo com o pluralismo presei~te,no processo legislativo (~).

, IV - Na fiscalização sucessiva, admitido um pedido, quaisquer out,ros,com objecto idêntico que venham a ser iguahnent,e,admitidos são incorporados,no processo respeitanteao primeiro (art. 64.0, n.o 1).

V - No caso de falta, insuficiência ou manifesta obscuridade da espeçificação da norma cuja apreciaçao se requer e das,normas ou princípios constitucionais violados, o presidente notifica o autor do pedido para suprir as deficiências (art. 51.0, n.o 3, da Lei n.o 28182).

0 pedido não deve ser admitido quando formulado por pessoa ou entidade sem legitimidade, quando as, deficiências que apresenta não tiverem

(1) Não havia, porém, na fiscalização preventiva antes. de 1982,

sido supridas ou quando tiver sido - o que só vale para a fiscalização preventiva - apresentado fora do prazo (art. 52.0, n.o 1) (1).

A decisão do presidente que admitir o pedido não faz precludir a possibilidade de o Tribunal vir, em definitivo, a rejeitá-lo (art. 51.0, n.O 4).

Se o presidente entender que o pedido não deve ser admitido, submete os autos à conferência, mandando entregar cópias do requerimento aos restantes Mzes (art. 52.0, n.o 2). 0 Tribunal decide, no prazo de 8 dias ou, tratando-se de fiscalização preventiva, de 2 dias (art. 52.0, n.O 3).

0 relator pode solicitar a qualquer órgão ou entidade os elementos que julgue necessáxios ou convenientes para elaborar o projecto de acórdão (art. 63.0, n.o 2).

130. A fiscal~ preventiva e a sua função

I - A fiscalização preventiva destina-se a vedar (ou dificultar) a vigência de normas indubitavelmente inconstitucionais, e s6 dessas, sem precludir uma ulterior apreciação pelos órgãos competentes de outras normas ou das mesmas, se não consideradas inconstitucionais (3).

É apenas como instrumento de garantia da Constituição contra violações grosseiras e inequívocas vindas dos actos normativos mais importantes que se justifica, e não como sucedâneo de uma fiscalização a Posteriori, concreta ou abstracta, que pode ser feita em qualquer outro momento ~) ~).

II - A fiscalização preventiva não é, de modo algum, uma originalidade da Constituição de 1976. Encontra-se em várias outras Constituições,

(1) Sobre pedido apresentado fora de prazo, cfr. acórdãos n.- 26184 e 94/84, de 20 de Março e 12 de Setembro, in Didrio da República, 2.a série, n.o 87, de 12 de Abril de 1984, e n.o 37, de 13 de Fevereiro de 1985, respectivamente.

(2) 0 Regimento da Assembleia da República proíbe a adm"o de projectos ou propostas de leis inconstitucionais (art. 130.0. n.o 1, alínea a», cabendo recurso para o Plenário da decisão do Presidente sobre a admissão (art. 137.0). Mas, ainda que tal possa fundar-se na competência de vigilância pelo cumprimento da Constituição (art. 165.0, alínea a», qualquer das decisões é aí puramente política e dependente da maioria parlamentar.

(3) Assim, Um projecto d-- revis47o constitucional, cit., pág. 182.

(4) Cfr., sobre a subsistência da fiscalização preventiva na 1.a revisão constitucional, o debate na comissão eventual, in Didrio da Assembleia da República, ii legislatura, 2.a sessão legislativa, 2.a série, supl. ao n." 69, págs. 1288(1) e ~.

como a finlandesa (§ 19.0), a irlandesa (arts. 15.o e 26.0), a italiana, quanto • leis regionais (art. 127.0), a costa-riquenha (art. 128.0), a indiana (art. 145.0),
• francesa (art. 61.0), ou a cipriota (art. 14.0) (1). E já existiu no Direito ultramarino português (por último, base xxxviii, n.o 3, da Lei n.O 5172, de 23 de junho).

Umas vezes ocorre obrigatoriamente em relação a certos diplomas, outras vezes (quase sempre) exige uma iniciativa para poder ser desencadeada. Na maior parte das vezes consiste numa espécie de veto translativo por inconstitucionalidade do Presidente da República ou órgão homóiogo, noutras na mera qualificação do fundamento do veto presidencial (2).

Particularmente apurado e de grande significado - por ter sido, a fonte do sistema português tanto em 1976 como em 1982 - é o sistema da Constituição francesa (de resto, como já sabemos, a única modalidade da fiscalização aí existente). Neste sistema, as leis orgânicas e os regimentos parlamentares são obrigatoriamente submetidos ao Conselho Constitucional antes da sua promulgação ou publicação, e quaisquer outros diplomas a requerimento do Presidente da República, do Primeiro-Ministro, do Presidente da Assembleia Nacional, do Presidente do Senado ou (a partir de 1974) de sessenta Deputados ou sessenta Senadores.

131. Diplomas sujeitos a fisc~ão

I -Segundo o art. 278.0 (correspondente aos arts. 277.o e 235.0, n.o 4, do texto de 1976) constituem objecto da fiscalização preventiva normas constantes de:

a) Tratados e acordos internacionais;

b) Leis, decretos-leis e decretos legislativos regionais;
c) Decretos regulamentares regionais de regulamentação de leis gerais da República.

Entre os acordos internacionais em forma simplificada incluem-se necessariamente os aprovados pela Assembleia da República (arts. 164.0; alínea j), 1.a parte, e 137.0, alínea b),

(1) já existiu no Brasil (art. 59.11, § 1.0, da Constituição de 1967-69) e na Espanha entre 1978 e 1985 (título v da lei orgânica do Tribunal Constitucional).

Na Alemanha, a jurisprudência constitucional admite controlo preventivo da constitucionalidade de tratados.

(2) Cfr. Contributo.... cit., págs. 139 e segs.

2.a parte): a lacuna do art. 278.0, n.o 1 (já atrás notada), tem de ser assim preenchida.

Os decretos regulamentares de regulamentação de leis gerais da República são submetidos a fiscalização preventiva - e já o eram no anterior art. 235.0, n.o 4 -por emanarem das assembleias das regiões anteriores como os decretos legislativos regionais (arts. 229.0, n.o 1, alínea d), 234.o e 235.0) e para se evitarem fraudes à Constituição. Só isto explica a diferença de regime em relação aos decretos regulamentares do Governo. De todo o modo, quer em relação a estes diplomas quer em relação às leis, a apreciação é restrita à constitucionalidade, não abrange a legalidade ou qualquer tipo de constitucionalidade indirecta. E este entendimento - que se funda no carácter algo excepcional da fiscalização preventiva - resulta ainda bem do confronto literal com os arts. 280.o e 281.o

Il - Ao Tribunal compete apreciar normas, e não diplomas. Tratando-se, porém, de inconstitucionalidade formal ou orgânica, a apreciação poderá ter de ser de todas as normas de todo um diploma.

A fiscalização preventiva, em qualquer caso, postula a existência jurídica do diploma donde constam as normas cuja apreciação se requer.

Decreto da Assembleia da República juridicamente inexistente é, como se sabe, por exemplo, um decreto não aprovado (nem sequer pela maioria relativa prevista pelo art. 119.0, n.o 3) ou não aprovado por maioria qualificada nos casos em que a Constituição a exige (arts. 139.0, n.os 2 e 3, e 171.0, n.os 5 e 6). Numa hipótese destas, o Presidente da República não pode promulgar o diploma, ainda que o queira fazer e, por conseguinte, não tem ao seu alcance o veto político, nem, correlativamente, o veto translativo por inconstitucionalidade.

0 Presidente não veta, nem deixa de vetar. Realiza, sim, uma função prévia, inerente à sua competência promulgativa: a de verificar se estão presentes ou não os requisitos para o acto vir a ser subsumido no tipo constitucional de lei, e, verificando que tais requisitos (de qualificação) não procedem, não promulga.

E, se, apesar de tudo, o Presidente da República (ou porque tenha dúvidas sobre esta doutrina ou sobre a existência jurídica

do diploma) pedir a fiscalização preventiva, poderá o Tribunal Constitucional conhecer do pedido? Em rigor, não deveria conhecer, mas como a questão da existência jurídica é questão prévia a suscitar e a resolver, na prática o resultado não será muito diferente do que ocorreria se não fosse chamado a intervir (1).

132. Iniciativa e tempo da fiscalização

I - Não há sujeição automática dos diplomas a apreciação (nem uma pré-apreciação necessária, como no art. 277.o inicial da Constituição). Tem de haver uma iniciativa - livre em si mesma, mas que tem de se manifestar em certo tempo, exíguo (para não se diferir a conclusão do processo de vinculação internacional do Estado ou do processo legislativo).

A iniciativa exerce-se quanto aos tratados, antes da ratificação; quanto aos acordos, antes da assinatura dos respectivos decretos ou resoluções de aprovação; quanto às leis e aos decretos-leis, antes da promulgação; quanto aos decretos legislativos regionais e aos decretos regulwnantares regionais de regulamentação de leis gerais da República, antes da assinatura.

Exerce-se ' pois, em fase predeterminada: em vez de ratificar, de assinar, de promulgar, o órgão competente pode não ratificar, não assinar, não promulgar, justamente por se dirigir ao Tribunal Constitucional requerendo a fiscalização preventiva de normas contidas no acto. Mas esta coincidência entre órgão de conclusão do processo e órgão da iniciativa foi quebrada, em parte, em 1989.

II - A revisão constitucional de 1989 introduziu a figura das leis orgânicas, subcategoria ou subtipo de leis da Assembleia da República, e não categoria independente de actos legislativos (2).

As leis orgânicas definem-se pelas matérias que regulam (arts. 169.0, n.o 2, e 167.0, alíneas a) a e), da Constituição), e são

(1) Diversamente, entendendo que pode e deve haver fiscalização preventiva da constitucionalidade, o acórdão n.o 320189, de 20 de Março, in Didrio da República, 1.a série, n.o 78, de 4 de Abril de 1989, pág. 1429.

(2) V. a demonstração em Funções, õrgdos e Actos .... cit., págs. 222 e segs.

declaradas leis de valor reforçado (art. 115.0, n.o 2). Aplicam-se-lhes algumas regras específicas quanto à sua aprovação (art. 171.0, n.os 4 e 5), quanto à confirmação na hipótese de veto do Presidente da República (art. 139.0, n.o 3) e quanto à fiscalização preventiva (art. 278.0, n.os 4 a 7).

Ora, é precisamente na fiscalização a priori que se encontra a maior singularidade, irredutível, das leis orgânicas. E consiste esta singularidade em se dar iniciativa de fiscalização relativamente a essas leis não só ao Presidente da República mas também ao Primeiro-M"stro e a um quinto dos Deputados à Assembleia da República (ficando, por isso, o Presidente impedido de promulgar esses actos antes de decorrido o prazo de oito dias, em que pode ser, porventura, exercido o referido poder de iniciativa).

Com o alargamento das entidades dotadas de poder de desencadear o processo de fiscalização preventiva, ter-se-á pretendido reforçar as garantias de intervenção dos protagonistas políticos envolvidos - o Governo, particularmente em caso de Governo minofitário, e a Oposição parlamentar - e dar um suplemento de segurança às leis orgânicas na hipótese de não pronúncia pela inconstitucionalidade. Ter-se-á pretendido atender dialecticamente às exigências de eficácia e de pluralísmo do sistema democrático. Cabe, porém, perguntar se a intervenção mais próxima desses sujeitos políticos no processo não se revelará contraproducente e se não teria sido preferível estabelecer, à semelhança do que sucede em França, a sujeição automática das leis a fiscalização preventiva antes da promulgação.

III - A iniciativa não preclude o veto político: no caso de o Tribunal Constitucional não se pronunciar pela inconstitucionalidade, tanto o Presidente da República como o Ministro da República podem exercê-lo, solicitando nova apreciação pela Assembleia respectiva ou comimicando-o ao Governo conforme os casos (arts. 139.0, n.os 1 e 4, e 235.0, n.05 1 e 4).

Pelo contrário, o exercício do voto político preclude a iniciativa
de fiscalização preventiva - como resulta a contrario daqueles precei 1 tos, por necessidade evidentissima de evitar que o Tribunal Constitucional seja arrastado para o debate político emergente do veto e porque a questão da constitucionalidade é sempre ques-

tão prévia, enquanto questão jurídica, frente à questão política da bondade, conveniência ou oportunidade desta ou daquela norma. Mais ainda: a haver depois veto político, não parece que possa estear-se em razões jurídicas já consideradas e rejeitadas no acórdão que o Tribunal tenha emitido na fiscalização preventiva acabada de realizar (1).

No entanto, se, em segunda deliberação, a Assembleia da República (ou a assembleia legislativa regional) modificar o texto do decreto, nada impede - por se tratar de novo decreto - que venha a ser aberto um novo processo de fiscalização preventiva (2).

IV - A fiscalização preventiva deve ser requerida no prazo de oito dias C):

- a contar da data de recepção do diploma pelo Presidente da República ou pelo Ministro da República (art.. 278.0, n.o 3);
- e, quanto ao Primeiro-Ministro ou a um quinto dos Deputados em efectividade de funções, tratando-se de diploma a promulgar como lei orgânica, a contar da data em que tomam conhecimento, através do Presidente da Assembleia da República, do envio do diploma ao Presidente da República (art. 278.0, n.os 5 e 6) (4), ficando, durante esse período, o Presidente impedido de promulgar (art. 278.0, n.o 7).

V - 0 Tribunal Constitucional pronuncia-se no prazo de vinte e cinco dias, o qual, no caso de apreciação de normas constantes de convenção internacional, de lei ou decreto-lei, pode ser encurtado pelo Presidente da República por motivo de urgência (art. 278.0, n.o 8).

(1) No mínimo, para se evitar um conflito institucional inadmissível. Mas há quem vá mais longe e fale então em desvio de poder: JORGE BACELAR, Sobre o veto presidencial ao Estatuto da Madeira, in Didrio de Notícias,
de 19 de Março de 1991.

(2) Foi o que aconteceu com o Decreto n.o 127/v da Assembleia da República (alterações à lei eleitoral para o Parlamento Europeu), objecto
de apreciação no citado acórdão n.o 320/89 do Tribunal Constitucional.

(3) No texto inicial, era de cinco dias.

(4) 0 que, na prática, coincidirá sempre ou quase sempre com oito dias a contar da recepção pelo Presidente da República.

E se o Tribunal exceder o prazo, sem se pronunciar? Obvíamente, será uma omissão inconstitucional (até agora nunca registada) - sem que se comine sanção ou sem que se extraia qualquer ilação acerca da validade das normas sub judice; quando muito, poderá o Presidente da República considerar-se autorizado a promulgar ou a exercer veto político. Mas se, entretanto, vier ainda o Tribunal a pronunciar-se, a sua decisão será irrelevante, ineficaz ou juridicamente inexistente (conforme se entender).

133. Pronúncia no sentido da não inconstitucionalidade

A pronúncia no sentido da não inconstitucionalidade tem efeitos

que se distinguem, conforme se trate de normas legislativas, regulamentares de leis gerais da República ou constantes de acordos internacionais ou se trate de normas constantes de tratados.

No caso de quaisquer normas, excepto normas de tratados, se o Tribunal Constitucional se não pronunciar pela inconstitucionalidade, o Presidente da República ou o Ministro da República deverão promulgar ou assinar o diploma, a não ser que exerçam de seguida, no prazo constitucional, veto político - veto que, aliás não existe em relação à aprovação de acordos em forma simplificada (1).

já no caso de decisão pela não inconstitucionalidade de norma inserida em tratado, o Presidente da República não fica obrigado a ratificar o tratado, porquanto a ratificação - ao contrário da promulgação ou da assinatura - é livre, continua a ser, no Direito pori uguês (como em geral em Direito comparado) uma faculdade do Presidente da República, enquanto titular do jus raepresentationis omnimodoe do Estado nas relações internacionais.

134. Pronúncia no sentido da inconstitucionalidade

I - A pronúncia de inconstitucionalidade tem, por seu lado~ efeitos imediatos comuns e efeitos subsequentes, estes variáveis

(1) 0 Presidente não pode recusar a assinatura dos decretos ou das resoluções de aprovação: assim, Direito Internacional Público, i, pág. 161.

consoante os diplomas e os órgãos. Deles cura, em termos não pouco complexos, o art. 279.0

II - Efeitos imediatos comuns são a impossibilidade de promulgação, de assinatura ou de ratificação e a devolução do diploma 1 - ao orgao donde tenha dimanado.

Em que prazo? A Constituição não o diz, mas deve entender-se que há-de ser um prazo razoável correspondente ao decurso de tempo até à publicação da decisão do Tribunal (1). De modo algum, há-de ser um prazo idêntico ao do veto político, porque não se vê sequer analogia de situações.

0 texto constitucional fala aqui em veto (arts. 279.0, n.o 1, 139.0, n.o 5, e 235.0, n.,> 5), em veto por inconstitucionalidade, mas impropriamente - porque verdadeiro veto por inconstitucionalidade (embora translativo) é o que se dá com o pedido de apreciação preventiva e porque mal pode configurar-se como veto a impossibilidade ou imposição de não ratificação de tratado internacional. Dum modo ou doutro, será um veto vinculado, bem diferente do clássico veto.

0 sentido útil da expressão constitucional parece, sobretudo, consistir em o Tribunal não comunicar directamente com os órgãos de aprovação das normas, em apenas comunicar através do Presidente da República e dos Mnistros da República. Contudo, não se justificaria que estes tivessem de enviar mensagens fundamentadas a acompanhar a devolução, porque então não passam de meros núncios ou transmissários da decisão do Tribunal Constitucional ~).

III - Os efeitos subsequentes são os que afectam os diplomas depois de devolvidos. E há aqui que proceder a uma dupla contraposição: entre decretos e convençoes, por um lado, e, entre decretos das assembleias e decretos do Governo, por outro lado.

IV -Entre os diplomas de cuj as normas pode ser pedida a apreciação preventiva incluem-se os estatutos das regiões autónomas, aprovados por lei da Assembleia da República ainda que por um processo especial (art. 228.0).

(1) Até por um princípio de cortesia constitucional.

(2) V. um caso de reapreciação pela Assembleia da República de diploma devolvido, in Didrio, v legislatura, 1.a sessão legislativa, 1.a série, n.Os 115 e 119, reuniões de 12 e 20 de julho de 1988, págs. 4638 e segs. e 4759 e segs., respectivamente. E outro, ibidem, v legislatura, 4.a sessão legislativa, n.o 4, reunião de 14 de Fevereiro de 1991, págs. 1365 e segs.

Se o Tribunal Constitucional se pronunciar pela inconstitucionalidade de qualquer dessas normas, deverá o diploma ser remetido à assembleia legislativa regional para apreciação e en-iissão de parecer, tal como sucede quando de rejeição ou de alteração de projectos pelo Parlamento (art. 228.0, n.o 2) ? A Constituição não o impõe até porque são situações diversas: a de estatuto já aprovado pela Assembleia da República ou de Projecto (proposta de lei da assembleia legislativa regional). Porém, tão-pouco o impede e, na lógica do sistema constitucional, faz sentido uma nova intervenção do órgão regional antes da eventual confirmaçao ou expurgação da norma pela Assembleia da República.

V-Os decretos, quer os dimanados das assembleias, quer os dimanados do Governo, podem ser reformulados pelo expurgo das normas reputadas inconstitucionais (art. 279.0, n.o 2, 1.a parte).

Em França, se o Conselho Constitucional declarar que qualquer lei contém uma disposição contrária à Constituição e inseparável do conjunto da lei, esta não poderá ser promulgada (art. 22.o da lei orgânica do Conselho). Se entender que a disposição não é inseparável do conjunto da lei, o Presidente da República poderá ou promulgar a lei, excepto o preceito declarado inconstitucional, ou solicitar às Câmaras uma nova leitura (axt. 23.0).

Todavia, este sistema não se antolha muito coerente com a pureza dos princípios, na medida em que subtrai ao órgão legislativo a decisão sobre a separabilidade ou não do preceito inconstitucional e, de certa maneira ainda, a decisão sobre a publicação da lei sem esse preceito.

Mais adequada vem a ser a solução adoptada entre nós, em que cabe ao órgão legislativo, e só a ele, a tarefa de eliminar o preceito inconstitucional ou, se entender assim, submetê-lo a uma reformulação - com a contrapartida de, nesta hipótese, poderem ainda os órgãos de iniciativa requerer outra vez apreciação preventiva, seja de novas normas, seja de normas preexistentes mas, porventura, deslocadas ou alteradas no seu sentido por outras (art. 279.0, n.o 3) (1).

Finalmente, a necessidade de promulgação ou assinatura, no

(1) Cfr. um caso de apreciação após reformulação: acórdão n.o 130/85, de 23 de julho, in Didrio da República, 1.a série, n.o 185, de 13 de Agosto de 1985.

prazo geral do art. 139.0, n.O 1, ou do art. 235.0, n.o 2, em caso de expurgo da norma considerada inconstitucional, decorre da própria razão de ser do instituto. Se o Presidente ou o Ministro da República não promulgaram ou assinaram por causa dessa norma, logo que ela esteja afastada deverão fazê-lo, a não ser que a sua discordância do diploma releve ainda de razões políticas.

VI - Ao contrário do que acontece com os actos de Direito

interno, a Constituição não prevê, nem poderia prever, o expurgo de norma considerada inconstitucional (1) constante de tratado ou acordo internacional.

Resta, porém, à Assembleia da República ou ao Governo (consoante os casos) uma possibilidade: formular reservas ao tratado ou ao acordo; aprová4o de novo - mesmo sem ser, quanto a tratado submetido à Assembleia, pela maioria qualificada do art. 279.o, n.o 4 - e, introduzir-lhe reservas. 0 silêncio do texto constitucional não tolhe essa via (2) (3).

VII - Tratando-se de decretos de assembleia representativa e de tratados, pode também a assembleia competente adoptar outra atitude: a de reaprovação da norma considerada inconstitucional ou, quanto a tratados, de todo o tratado.

No caso de a assembleia confirmar o diploma donde conste a norma por maioria de dois terços dos Deputados presentes desde que superior à maioria absoluta dos Deputados em efectividade de funções, o Presidente da República ou o Ministro da República poderá promulgá-lo ou assiná-lo (art. 279.0, n.o 2, 2.a parte).

(1) 0 art. 279.0, n.o 2, diz «norma julgada» inconstitucional.

(2) Expressamente sugerida no projecto de revisão constitucional n.o Ilv, num novo art. 279.0, n.o 4: «Se o Tribunal Constitucional se pronunciar pela inconstitucionalidade de convenção internacional aprovada pela Assembleia da República, esta poderá aprovar as reservas necessárias para assegurar a compatibilidade dessa convenção com a ordem constitucional portuguesa ... ».

(3) Foi o que se deu com as reservas (aliás, algumas desnecessárias) expressas na Lei n.o 65/78, de 13 de Outubro, de aprovação da Convenção Europeia dos Direitos do Homem. Mas não tinha havido então veto por inconstitucionalidade.

No caso de a Assembleia da República aprovar o tratado por maioria de dois terços dos Deputados presentes, desde que superior à maioria absoluta de Deputados em efectividade a funções, o Presidente da República Poderá ratificá-lo (art. 279.0, n.o 4). E aqui cabem tanto tratados internacionais submetidos logo ao Parlamento como tratados num primeiro momento aprovados pelo Governo, mas que este, num segundo momento, lhe venha a submeter - por não se aperceber motivo para distinguir (1) e por se entender então precludida a competência de aprovação do Governo; já não acordos intemacionaás da competência do Paxlamento, não sujeitos a ratificação.

VIII - A faculdade de promulgação ou de assinatura, nesta circunstância, afigura-se uma solução de equilíbrio: de equilíbrio entre o órgão legislativo representativo e o órgão de fiscalização da constitucionalidade, com arbitragem pelo Presidente da República, eleito por sufrágio universal, ou pelo órgão que faz as suas vezes, o Mnistro da República (2) (3). E é uma solução harmónica

(1) Nem motivo para impedir o Governo de fazer, nesse segundo momento, aquilo que, em geral, já poderia fazer desde o início (art. 164.0, alínea j), in fine).

(2) Sobre o Ministro da República como sendo (ou sendo também) um vigário do Presidente da República, v. o nosso estudo Os Ministros da República Para as regiões autónomas, in Direito e justiça, 1980, maxime págs. 117 e segs.

(3) já era assim antes da 1.a revisão constitucional, mesmo em relação aos decretos regionais (como sustentámos na 1.a edição deste tomo págs. 625-626). Não eram, porém, poucas as dúvidas que se punham, as quais só foram resolvidas em 1982. V. Didrio da Assembleia da República, ri legislatura, 2.a sessão legislativa, 2.a série, supl. ao n.o 136, pág. 2438(15), e 2.o supl. ao n.o 137, pág. 2510 (57); e 1.a série, n.o 130, págs. 5505, 5506-5507, 5508 e 5509.

Por isso, eram manifestamente inconstitucionais as normas dos

n.os 4 e 5 do art. 35.o do Estatuto dos Açores (Lei n.o 39/80, de 5 de Agosto, revista pela Lei n.o 9187, de 26 de Março), ao imporem a assinatura do Ministro da República de diplomas confirmados pela assembleia regional, e ao preverem, em caso de inércia do Ministro, a sua substituição pelo presidente da assembleia regional. E assim foram declaradas pelo Tribunal Constitucional (acórdão n.0 183189, de 1 de Fevereiro, in Didrio da República, 1.a série, n.c> 40, de 17 de Fevereiro de 1989). V. a nossa anotação, in 0 Direito, 1989, págs. 380 e segs.

com um Estado de Direito democrático (1) como se declara o Estado português (art. 2.0).

Enquanto que no veto político, em caso de confinnação ha um dever de promulgação ou de assinatura - porque o órgão legislativo deve prevalecer sobre o órgão de veto -na fiscalização preventiva há apenas uma faculdade - porque nem o órgão legislativo deve prevalecer sobre o juizo de inconstitucionalidade, nem o Tribunal Constitucional sobre a assembleia política representativa (2), e essa faculdade converte o inicial poder de veto translativo em verdadeiro poder de sançdo legislativa (3).

Por maioria de razão algo de semelhante se verifica com a ratificação. Até porque esta, lembremos de novo, é sempre acto livre do Presidente, afigura-se correcto admitir que, uma vez renovada ou confirmada a aprovação do tratado pelo Parlamento e por maioria qualificada, possa ele ser enviado para ratificação; e aqui é a exigência de reaprovação em certos termos o efeito específico da pronúncia de inconstitucionalidade.

IX - Como também sugerimos, a propósito da integração de lacunas da Constituição, faltando norma sobre o prazo para

(1) Assim, Manual..., iv, pág. 186, nota. Cfr. JORGE REis NovAis, Contributo para uma teoria do Estado de Direito, Coimbra, 1987, pág. 220, nota.

(2) Diversamente, falando em obrigatoriedade de promulgação, MARCELO REBELO DE SOUSA (0 sistema de governo português antes e depois da revisdo constitucional, Lisboa, 1983, pág. 40). No entanto, a letra, a história e a ratio do preceito constitucional, bem como da disposição transitória do art. 246.0, n.o 2, da Lei Constitucional n. (> 1182, de 30 de Setembro, não favoreciam tal entendimento.

Esta disposição - aplicável ao período entre a cessação de funções do Conselho da Revolução e a entrada em funcionamento do Tribunal Constitucional - é que impunha ao Presidente da República a promulgação dos decretos da Assembleia da República que tivessem sido objecto de veto por inconstitucionalidade (precedendo parecer da Comissão Constitucional), quando o Parlamento os confirmasse por maioria dos dois terços de Deputados presentes, desde que superior à maioria absoluta de Deputados em efectividade de funções.

Posteriormente, MARCELO REBELO DE SousA reponderou a sua posição (v. 0 sistema de governo..., 3.a ed., Lisboa, 1984, págs. 44-45, nota 1).

(3) Sobre o conceito, v. Funçôres, órgdos e Actos .... cit., págs. 428 e 429.

Na 2.a edição deste tomo, falávamos em veto absoluto (pág. 364).

promulgação ou assinatura na hipótese do art. 279.0, n.o 2, deve a lacuna ser preenchida por analogia com os prazos de promulgação ou assinatura livre.

Existe, entretanto, uma diferença. Ao passo que nos arts. 139.0, n.o 1, e 235.0, n.o 2, se o Presidente não promulgar ou o Ministro da República não assinar naqueles prazos e não tiverem

emitido veto político, terão ainda de promulgar, ou de assinar (mais: só poderão promulgar ou assinar), aqui, se passar o prazo de 20 ou de 15 dias, já nada mais poderão fazer. A faculdade de promulgação (ou a de assinatura) caducará se não for exercida dentro desse prazo.

E, por conseguinte, se depois acabar por haver promulgação ou assinatura, esta deverá ter-se por inválida (ou, porventura mesmo, por juridicamente inexistente).

X -Os decretos do Governo não podem ser promulgados.

A proibição de promulgação de decretos do Governo portadores de normas inconstitucionais reflecte o estatuto menos protegido ou secundário da sua competência legislativa.

135. A fiscalização sucessiva abstracta por acção

I - A fiscalização sucessiva abstracta, concentrada e por via principal é o elemento característico por excelência do modelo austríaco de garantia, mas encontra-se ou tem-se encontrado em países de sistemas diferentes, com maior ou menor variação de sujeitos ou entidades titulares do poder de iniciativa.

Na Áustria, a iniciativa cabe ao Governo federal, aos Governos dos Lãnder e a um terço dos membros do Conselho Nacional (art. 140.o da Constituição); na Itália, ao Presidente do Conselho relativamente a leis regionais e aos presidentes das juntas regionais relativamente a leis do Estado (arts. 31.0 e 32.0 da lei do Tribunal Constitucional); na Alemanha, ao Governo federal, aos Governos dos Lãnder e a um terço dos membros do Parlamento federal (art. 93.o da Constituição); na jugoslávia, à Assembleia Federal, à Presidência da República e ao Advogado Geral de Autogestão, entre outras entidades (art. 387.o da Constituição); na Espanha, ao Presidente do Governo, ao Defensor do Povo, a cinquenta Deputados ou Senadores e aos órgãos das comunidades autónomas; no Peru, ao Presidente da República, ao Supremo Tribunal de justiça, ao Procurador-Geral, a

sessenta Deputados, a vinte Senadores e a cinquenta mil cidadãos (art. 299.o da Constituição); no Brasil, ao Presidente da República, à Mesa do Senado Federal, à Mesa da Câmara dos Deputados, à Mesa de Assembleia Legislativa estadual, ao Governador de Estado, ao Procurador-Geral da República, ao Conselho Federal da Ordem dos Advogados, a partido político com representação no Congresso Nacional e a confederação sindical ou a entidade de classe de âmbito nacional (art. 103.o da Constituição de 1988) (1).

II - No caso português, na Constituição de 1933, a Assembleia Nacional tinha o poder de declarar a inconstitucionalidade de quaisquer normas com força obrigatória geral, por iniciativa do Governo ou de qualquer Deputado (no texto final, axts. 91.0, n.o 2, e 123.0, § 2.0); e essa faculdade - de resto, como sabemos, nunca regulamentada pelo regimento ou por lei - passaria, como também se sabe, para o Conselho de Estado da Lei n.o 3174, de 14 de Maio (axt. 13.0, n.o 1, 3.c» e para o Conselho da Revolução da Lei n.O 5/75, de 14 de Março (art. 6.0).

Quando, contudo, em 1976, se estabeleceu o regime de garantia da Constituição e se atribuiu ao Conselho da Revolução o poder de apreciar e declarar a inconstitucionalidade com força obrigatória geral a instância de certas entidades, esse antecedente não teve significativa influência; o sistema foi constituído de novo e o Conselho da Revolução foi sobretudo tomado como o sucedâneo de um tribunal constitucional que ainda não podia existir.

0 art. 281.o do texto actual da Constituição corresponde, pois, ao art. 281.o do texto inicial, com a substituição do Conselho da Revolução pelo Tribunal Constitucional e ainda outras diferenças: inserção, desde 1982, da faculdade de impugnação das assembleias

legislativas regionais (constava antes do art. 229.0, n.o 2); inclusão, também desde 1982, da competência paralela de apreciação e declaração de ilegalidade até então atribuída ao Supremo Tribunal Administrativo (art. 236.0, n.o 3, e Lei n.o 15179, de 19 de Maio); inclusão ainda, desde 1989, da competência de apreciação e declaração de ilegalidade com fundamento em violação de lei com valor reforçado; alargamento do elenco de sujeitos titulares do poder de iniciativa, quer em 1982, quer em 1989.

III - 0 art. 281.0, n.o 1, contempla sucessivamente a apreciação:

a) Da inconstitucionalidade de quaisquer normas;
b) Da ilegalidade de normas constantes de acto legislativo com fundamento em violação de lei com valor reforçado;

(1) A Constituição brasileira fala expressamente em acçjo de inconstitucionalidade.

C)

Da ilegalidade de normas constantes de diploma regional com fundamento em violação do estatuto da região autónoma ou de lei geral da República;

d) Da ilegalidade de normas constantes de diploma dimanado de órgãos de soberania com fundamento em violação dos direitos de uma região consagrados no seu estatuto.

IV - 0 poder de iniciativa distribui-se diferentemente nestas quatro hipóteses.

Há entidades que podem pedir a apreciação e a declaração da inconstitucionalidade ou da ilegalidade de quaisquer normas, com qualquer fundamento. Há outras que só podem requerer a apreciação e a declaração da inconstitucionalidade ou da ilegalidade de certas normas e com certo fundamento.

As primeiras são o Presidente da República, o Presidente da Assembleia da República, o Primeiro-MirtistrO, o Provedor de justiça, o Procurador-Geral da República e um décimo dos Deputados à Assembleia da República() (alt. 281.0, n.o 2, alíneas a) a f».

As segundas são os Ministros da República, as assembleias legislativas regionais, os presidentes das assembleias legislativas regionais, os presidentes dos governos regionais e um décimo dos deputados à respectiva assembleia legislativa regional. Estes órgãos ou fracções de titulares de órgãos só podem pedir a declaração de inconstitucioiialidade com fundamento em violação dos direitos das regiões autónomas ou pedir a declaração de ilegalidade com fundamento em violação do estatuto da respectiva região ou de lei geral da República (axt. 281.0, n.O 2, alínea g» (2).

V - 0 requerimento de apreciação da constitucionalidade ou da legalidade não suspende a aplicação, a vigência ou a eficácia (como se queira) das normas impugnadas (3).

(1) Em efectividade de funções, obviamente.

(2) É a fórmula de 1989, pondo no mesmo plano de consideração do interesse público complementar de garantia os Ministros da República e órgãos regionais, o que não parece correcto.

(3) A assembleia regional da Madeira chegou a propor a suspensão

Se vierem a ser declaxadas inconstitucionais ou ilegais, competirá, sim, ao Tribunal Constitucional - e só a ele - enfrentar os efeitos que elas tenham, entretanto, produzido.

VI -Quando o acto normativo é juridicamente ínexistente, não é necessário, nem se justifica na generalidade dos casos, o pedido de apreciação da inconstitucionalidade. Mas nada impede que a declaração seja requerida por qualquer dos órgãos de iniciativa, por tal achar conveniente por motivos de certeza ou de segurança do Direito objectivo.

136. A passagem da fiscalização concreta à fisc~ção abstracta

I - A Constituição comina, e bem, uma separação entre o juízo de inconstitucionalidade no caso concreto e a declaração do força obrigatória geral - até para impedir uma excessiva influência dessa relação ou situação da vida, mais ou menos individualizada e irrepetível nos seus circunstancialismos e interesses, sobre a apreciação da inconstitucionalidade na perspectiva global do sistema jurídico ~).

Nem poderia deixar de assim ser, dado o modelo de fiscalízação concreta adoptada e dado o regime de competência interna e funcionamento do Tribunal Constitucional, em que a decisão dos recursos é cometida às secções - não especializadas - e a declaração com força obrigatótia geral ao plenário (art. 226.0, n.o 2, da Constituição e art. 70.o da Lei n.o 28/91).

Todavia, mal se compreenderia um afastamento absoluto - não apenas por imposição de um princípio de economia (porque não se justificaria multiplicar ao infinito as decisões do Tribunal

da aplicação na região autónoma respectiva de normas impugnadas pela sua assembleia regional, mas era proposta frontalmente inconstitucional. V. proposta de lei n.o 143/1, in Didrio da Assembkia da República, i legislatura, 2.8 sessão legislativa, 2.a série, n.<> 19, de 17 de Dezembro de 1977; e parecer da Comissão de Assuntos Constitucionais, ibidem, 3.a sessão legislativa, 2.a série, 2.o supl., n.o 10, de 17 de Novembro de 1978.

(1) Como se sabe, problema análogo discute-se a propósito do recurso para tribunal pleno e dos assentos do Supremo Tribunal de justiça.

Constítucíonal e as dos restantes tribunais sobre as mesmas questões de direito) mas também por virtude de um princípio de segurança jurídica e de igualdade de tratamento das pessoas colocadas em idênticas condições (para que todas sejam, na prática, conformadas de modo idêntico).

Daí que a Constituição, tanto no texto de 1976 como no de 1982, tenha lançado uma ponte, mediante a possibilidade (em determinados termos) de declaração de inconstitucionalidade (e agora aánda de ilegalidade) com força obrigatória geral, quando tenha havido certo número de decisões concretas nesse sentido.

II - Segundo o art. 281.0, n.o 3 (1), o Tribunal Constitucional aprecia e declara, com força obrigatória geral, a inconstitucionalidade ou a ilegalidade de qualquer norma, desde que tenha sido por ele julgada inconstitucional ou ilegal em três casos concretos.

Não é esta, porém, uma fórmula muito clara e, com alguma verosimüha.nça, ela compadecer-se-ia com mais de um entendimento: ou que, automaticamente com o terceiro caso, o Tribunal apreciaxia e declararia a inconstitucionalidade; ou que seria obrigado a proceder à apreciação, uma vez decidido o terceiro caso; ou que, decidido o

terceiro caso, poderia ser desencadeado um processo de fiscalização abstracta.

Uma automática declaração de inconstitucionalidade, concomitantemente com a terceira decisão em concreto, brigaria com a letra da Constituição, com o seu espírito e com a distinção de competência das secções e do plenário.

Uma obrigatoriedade de apreciação (mesmo com faculdade de não declaração) seria algo de demasiado rígido, não jogaria plenamente com a necessidade de um pedido ou de uma iniciativa (como parece exigir a natureza de um tribunal) e poderia não permitir suficiente distanciamento entre o terceiro caso concreto e o juízo de inconstitucionalidade em abstracto ou em tese.

Mais ajustado à índole do sistema afigura-se, pois, o terceiro caminho: ficar a apreciação dependente de uma iniciativa - e,

(1) É a numeração após 1989.

depois, ficar sujeita ao regime geral da fiscalização abstracta sucessiva, com possibilidade, designadamente, de ser ouvido o órgão autor da norma e de serem obtidos mais elementos e informações('). 0 pedido leva consigo um juízo sobre a suficiência da última decisão concreta para que se passe à declaração com força obrigatória geral, mas é um novo processo de fiscalização que vem então a abrir-se e uma nova decisão do Tribunal que tem de se formar.
]~ este entendimento o consagrado na Lei n.o 28182 (5.

II - A iniciativa da passagem, da abertura do processo de fiscalização abstracta subsequente à terceira decisão concreta coincidente, pertence a qualquer dos juízes ou ao Ministério Público (art. 82.o da Lei n.o 28182).

já houve quem considerasse anómala a atribuição ao juiz de iniciativa processual, por pôr em causa a feição da função jurisdicional e comprometer a independência do juiz quando for chamado a decidir o processo que ele próprio promoveu (3).

Mas tem-se respondido que não é o Tribunal que delibera iniciar o processo; é o juiz que decide exercer um seu poder que desencadeia esse processo, independentemente de qualquer assentimento ou deliberação daquele. Não pode em rigor falar-se em iniciativa processual, embora seja indiscutível que na prática se trata de algo de significado idêntico (4). E também se tem dito que a iniciativa parece estar ligada muito mais à ponderação sobre a conveniência de estabilizar definitivamente uma orientação jurisprudencial, e de dela extrair todas as consequências,

(1) Na revisão constitucional de 1982, no entanto, chegámos a defender (assim como o Deputado Nunes de Almeida) a obrigatoriedade da apreciação: V. Didrio, ii legislatura, 2.a sessão legislativa, 1.a série, n.o 128, págs. 5375 e 5376.

(2) Tem havido numerosas decisões ao abrigo do preceito: acórdão n.O 93/84, de 31 de julho, in Didrio da República, 1.a série, n.o 266, de 16 de Novembro de 1984; acórdão n.o 49/86, de 4 de Março, ibidem, 1.11 série, n.o 75, de 1 de Abril de 1986; acórdão n.o 8/87, de 13 de janeiro, ibidem, 1.a série, n.o 33, de 9 de Fevereiro de 1987; acórdão n.O 306/88, de 20 de Dezembro, ibidem, 1.a série, n.o 17, de 20 de janeiro de 1989, ete.

(3) OLIVEIRA ASCENSÃO, Os acórdãos..., cit., loc. cit., pág. 260.

~) VITALINO CANAS, OS PYOCeSSOS .... cit., págs. 103-104.

do que sobre a vantagem de fazer operar a norma como limite

intrínseco do acto (1).

Parece mais curial a segunda postura sobre o problema: o juiz funciona como órgão autónomo, na base da latitude deixada em aberto pelo art. 281.0, n.o 3.

' III-Ponto não pouco fácil de dilucidar prende-se com a conexão a estabelecer entre a nova alínea i) do art. 70.0. n.O 1, da Lei e o art. 281.0, n.o 3.

Suponha-se que o Tribunal julga em três litígios uma norma legislativa contrária a uma norma de convenção internacional. Poderá, de seguida, por iniciativa de um dos juízes ou do Ministério Público, declará-la contrária (ilegal lato sensu) com força obrigatória geral?

À primeira vista, nada impediria uma resposta afirmativa, visto que as mesmas razões que justificam a passagem da fiscalização concreta à fiscalização abstracta quando haja violação de lei constitucional ou de lei reforçada procederiam igualmente aqui. Mas seria um resultado excessivo à face de outras normas. Não se perceberia bem como, não se prevendo fiscalização sucessiva abstracta da conformidade das leis com tratados no art. 281.0, n.- 1 e 2, da Constituição, se acabaria por a propiciar, indirectamente, através do art. 281.(>, n.o 3.

§ 4.o

Os efeitos da declaração de inconstitucionalidade com força obrigatória geral

137. A irrelevância da não declaração de inconstitucionaudade

I - Se na fiscalização preventiva - pela própria natureza das coisas - nenhum efeito sobre o destino da norma tem a pronúncia pela não inconstítucionalidade, na fiscalização sucessiva o mesmo se verifica com o juízo negativo a que chegue o Tribunal Constitucional.

Ao Tribunal cabe declarax - e apenas lhe pode ser pedido que declare - a inconstitucionalidade, não a constitucionalidade ou a não inconstitucionalidade; e o processo perante ele está todo

(1) MIGUEL GALvÃo TELES, Inconstitucionalidade pretérita..., cit., loc. cit., pág. 335.

organizado nessa perspectiva. Nenhuma relevância possuem as sentenças de rejeição da inconstitucionalidade.

É isto que decorre do objectivo de garantia a que se destina a fiscalização. Só esta concepçao e compatível com a defesa da Constituição (1); só ela impede que tais sentenças venham como que a adquirir força constitucional, por não mais poderem ser reformadas (2); só ela assegura plena liberdade de julgamento do Tribunal Constitucional e dos demais tribunais; só ela obsta à fraude à Constituição que seria qualquer órgão ou entidade com poder de iniciativa requerer a apreciação de certa norma para, uma vez obtida uma decisão de não inconstitucionalidade, impedir que noutro momento, em qualquer tribunal ou no próprio Tribunal Constitucional, com ou sem a mesma composição, essa norma viesse a ser arguida.

0 atrás referido regime de publicação das decisões do Tribunal Constitucional confirma o que acaba de ser dito. Embora todas sejam publicadas no Diário da República (art. 122.0, n.o 1, alínea g), 1.a parte, da Constituição), na 1.a série só são publicadas as declarações de inconstitucionalidade ou de ilegalidade (art. 3.0, n.o 1, alínea a), da Lei n.o 28182) (B).

II -A irrelevância da decisão de não inconstitucionalídade

abrange, de resto, não somente os órgãos judicativos mas ainda - o que, porventura, poderá não considerar-se absolutamente necessário - os órgãos e entidades de propositura da questão. Não há nunca preclusão do poder de solicitar a apreciação e a declaração de inconstitucíonalidade de certa norma, nem sequer relativamente aos mesmos fundamentos invocados C).

(1) Assim, já Cigncia Politica .... II, Pág. 511. Cfr. acórdão n.o 15188, de 14 de janeiro, in Diário da República, 1.a série, n.o 88, de 3 de Fevereiro de 1988, pág. 375.

(2) PAUL BOCANEGRA SIERRA, Cosa juzgada, vinculacióm, fuerza de ley em Ias decisiones del Tribunal Constitucional A lemdm, in Revista Espafiola de Derecho Constitucional, n.o 1, janeiro-Abril de 1982, pág. 270.

(3) Cfr. a intervenção do Deputado Nunes de Almeida, in Diário, pág. 584 (87).

(4) 0 assunto foi discutido na comissão eventual para o Tribunal Constitucional: v. Diário, págs. 594(91) e segs.

138. A declaração de inconstitucionalidade com força obrigatória geral

I -A declaração de inconstitucíonalidade possui força obrigatória geral - uma força jurídica que, evidentemente, se não confunde com a dos actos cujas normas afecta, nem é vaxiável com a natureza deles (natureza de lei, de regulamento, etc.).

. Pode falar-se em força afim de força de lei (na medida em que à força de lei corresponde, no conjunto das fontes de Direito interno, o escalão imediatamente abaixo do da Constituição), embora não propriamente em força de lei proprio sensu.

A declaração tem força formal de lei: afecta normas ou actos jurídicos, faz cessar a sua vigência, retira-lhes efectivida.de, destrói-os; em contrapartída, nenhum outro acto a pode afectar e pode deixar de a respeitai. Mas não assume força material de lei: não está revestida de capacidade conforinadora própria das leis e falta-lhe, por natureza, a livre delimitação dos seus objectos() (2).

II - A força obrigatória geral traduz-se em vinculatividade para todas as entidades públicas e privadas

A declaração vincula:

a) 0 legislador e os demais órgãos normativos, os quais não podem: 1.0) retomar ou voltar a publicar a norma inconstitucional; 2.0) tratando-se apenas de inconstitucionalidade orgânica e formal, retomá-la sem afastar os vícios que a inquinem ~); 3.0) convalidar, por via legislativa, actos administrativos praticados à sombra de lei declarada inconstitucional;

b) Os órgãos governativos, os quais não a podem mais adoptar como critério de referência;

(1) Cfr. FunÇões, órgdos e Actos, cit., págs. 269, 341 e 342.

(1) No sentido de fonte de Direito: OLIVEIRA AscENsXo, Os acórddos..., cit., loc. cit., Pág. 252; XAVIER P113ERNAT DomF-NEcH, La sentencia constit-ucional como fue-nte del Derecho, in Revista de Derecho Publico, 1987, pág. 85.

(3) V. MARCELO RE13ELO DE SOUSA, 0 valor jurídico .... cit., págs. 264-265.

~) Cfr. GomEs CANOTILIlo, Direito Constitucional, cit., pág. 814; ANToNio RUGGERI, Le attività «conseguenziale» nei rapporti fra Ia Corte Costituzionale e íl legislatore, Milão, 1988, págs. 37 e segs.

c) Os órgãos administrativos (1), os tribunais em geral ~) e o próprio Tribunal Constitucional (3)~ os quais não podem mais aplicar a norma declarada inconstitucional;

d) Os particulares, os quais não a podem mais invocar nos seus actos jurídico-privados ou em tribunal ~).

Na lógica do Estado de Direito, o desrespeito pelas entidades públicas - designadamente pelos órgãos legislativos - envolve responsabilidade. Envolve responsabilidade civil, quando se verifiquem os demais pressupostos enunciados no art. 22.o da Constituição e na lei. E deveria envolver mesmo responsabilidade criminal dos titulares dos órgãos, mas não a envolve no actual estádio do Direito português (porque a Lei n.o 34/87, de 16 de julho, não a prevê).

III -A força obrigatória geral não colide com a natureza jurisdicional da decisão e do tribunal. É apenas consequência da própria decisão; não é algo que acresça, algo de enxertado ou de acessório.

0 Tribunal, como qualquer tribunal, decide uma questão jurídica - a da constitucionalidade ou da legalidade de uma norma à luz da norma aplicável -que é a norma constitucional ou legal. Não estabelece nova orientação política, não cria uma nova norma, muito menos interpreta autenticamente a Constituição. Força de lei da decisão não traduz participação na função legislativa; traduz tão-só resultado necessário do controlo, da fiscalizagão abstracta.

(1) Cfr. o acórdão so Supremo Tribunal Administrativo de 28 de janeiro de 1988, in Acórdãos Doutrinais, n.o 325, 1989, pág. 34: tendo o Tribunal Constitucional declarado a inconstitucionalidade com força obrigatória geral de uma norma, é nula por usurpação do poder a decisão da Administração que aplica uma medida por ela autorizada.

(2) V., de novo, o art. 2.o da Lei n.o 28/82.

(3) Relativamente ao próprio Tribunal Constitucional, ao invés do que sucede com as demais entidades públicas e privadas, não se torna necessário que o acórdão seja publicado para que seja vinculativo (acórdão n.o 141/87 do Tribunal Constitucional, de 22 de Abril, in Didrio da República, 2.a série, n.o 173, de 30 de julho de 1987).

(4) Cfr. acórdão n.o 119/90, de 18 de Abril, in Didrio da República, 2.a série, n.o 204, de 4 de Setembro de 1990.

Por isso, se escreve que a anulação de uma norma com fundamento na violação de outra é diferente da revogação: esta é um acto de decisão - opção desvinculada (é acto de oportunidade), e a anulação é, em princípio, acto vinculado normativamente, é juízo noimativo estrito (1). Ou que o acórdão com força obrigatória geral surge no exercício da jurisdição, entendida no seu sentido próprio e substancial (2). Ou que o Tribunal Constitucional é controtador de normas, não coprodutor de normas jurídicas (3) ~).

IV - Precisando, com quatro aspectos específicos fundamentais: a) 0 Tribunal Constitucional nunca tem a iniciativa da declaração de inconstitucionalidade ou de ilegalidade com força obrigatória geral, está sempre adstrito ao princípio do pedido nos termos já expostos; b) A declaração tem eficacia retroactiva, em princípio eficácia ex tunc; c) 0 Tribunal não pode interpretar, modificar, suspender ou revogar a declaração; d) A declaração não está sujeita a fiscalização da constitucionalidade (5).

139. Alcance e efeitos da declaração de inconstitucionalidade

1 -0 problema da eficácia das decisões de inconstitucionalidade não é um problema de Direito processual, mas sim um problema de Direito substantivo, porque consiste em saber quais as alterações efectivas que a decisão provoca ou deixa de provocar

(1) CASTANHEIRA NEVES, 0 instituto dos *assentos* .... cit., págs. 612-613. (2) OLIVEIRA ASCENSÃO, Os acórdios .... cit., loc. cit., pág. 261. Cfr. também AFONSO (,)UBIR6, A função administrativa, in Revista de Direito o Estudos Sociais, 1977, págs. 29-30.
(3) GOMES CANOTILHO, A concretizaçjo .... cit., Zoe. cit., pág. 353.

(4) Ao invés, VITALINO CANAS (Introdução às decisàes .... cit., pág. 107) entende que o Tribunal Constitucional não é simplesmente um órgão jurisdicional.

(5) Diversamente, VITALINO CANAS, ibidem, pág. 62.

quer no respeitante às normas a que se refere quer no conjunto do ordenamento jurídico estadual (1).

II - Tal como outras Constituições (ou leis orgânicas de tribunais constitucionais e órgãos equiparados) (2), a nossa Constituição trata, desde 1982, ex Professo do assunto no art. 281.o C),

(1) Cfr. na doutrina, entre tantos, GIACOMO I)ELITALA, Gli effetti Penali della dichiarazione di tllegittimità costituzionale delle leggi, in Rivista Italiana -per le Scienze Giuridiche, 1954, págs. 17 e segs.; AUURO CAPPELLETTI, Il controlo..., cit., págs. 105 e segs.; FELICE DELFINO, La Dichiarazione .... cit., págs. 101 e segs. e 129 e segs.; FRANCO MODUGNO, Problemi e Pseudo-problemi..., cit., págs. 547 e segs.; G. ZAGREBELSKY, Op. Cit., págs. 145 e segs.; EDOARDO GARBAGNATTI, Efficacia nel tempo della decisione di accoglimento della Corte Costituzionale, in Scritti im onore di Costawtino Mortati, obra colectiva, iv, Milão, 1977, págs. 409 e segs.; OTTO BACi-iOF, Estado de Direito o Poder político..., cit., págs. 17 e segs.; 1:?AUL BOCANEGRA SIERRA, Op. Cit., loc. cit., págs. 235 e segs., e El valor de Ias sentencias dei Tribunal Constitucional, Madrid, 1982; HF-NRIQUF- ALONso GARCIA, Los efectos formales de Ia declaración de inconstitucionalidad e-n el sistema constitucional americano, in Revista Espanola de Derecho Constitucional, n.o 6,
Setembro-Dezembro de 1982, págs. 209 e segs.; KLAUS SCHLAICH, Corte Costituzio,nale o controllo sulle norme nella Repubblica Federale di Germania, in Quaderni Costituzionali, 1982, págs. 574 e segs.; VITALINO CANAS, IntrOdução às decisões..., cit., págs. 57 e segs.; G-omEs CANOTILHO e VITAL MOREIRA, op. cit., ii, págs. 541 e segs.; DENis 13ROUSSOLLE, Les lois declarées inoperantes par le juge constitutionnel, in Revue du droit public, 1985, págs. 751 e segs.; GAF-TANO SILVESTRI, Le sentenza normative della Corte Costituzionale, in Scritti in onore di Vezio Crisafulli, i, págs. 755 e segs.; GOMES CANOTiLHo, Direito Constitucional, cit., págs. 812 e segs.; XAVIER PIBERNAT DOMENECH, op. cit., loc. cit., págs. 59 e segs.; ALJS VINGUDELLI, La Corte della Leggi, Rimini, 1988; SERGIO BARTOLF-, Strategie giudiziali per Ia delimitazione nel tempo degli effetti deite sentenze costítuzionali di accoglimento, in Diritto e Società, 1989, págs. 203 e segs.; PAULO Luiz NETO LOBO, 0 controle da constitucionalidade das leis o o direito adquirido, in Revista de Informação Legislativa, n.O 106, Abril-junho de 1990, págs. 37 e segs.

(2) Cfr. art. 140.o da Constituição austríaca; art. 136.o da Constituição italiana; art. 94.0, n.o 2, da Constituição alemã; arts. 384.0 e 385.(> da Constituição jugoslava; art. 100.0, n.c> 4, da Constituição grega; art. 164.c> da Constituição espanhola; art. 300.o da Constituição peruana; art. 153.o da Constituição turca de 1982.

(3) Fontes: Um projecto de revisdo constitucional, art. 256.0, e a

prescrevendo um complexo de regras, umas comuns a todas as declarações de inconstitucionalidade e ilegalidade e outras diferentes consoante a inconstitucionalidade ou a ilegalidade seja originária ou superveniente.
São regras comuns:

1.0) A retroactividade da decisão e, portanto, o seu carácter declarativo de nulidade da norma incc>nstitucional ou ilegal;
2.0) Como limite à retroactividade, a ressalva, em princípio, dos casos julgados;
3.0) Como limite, por seu turno, à ressalva dos casos julgados, a decisão em contrário do Tribunal Constitucional quando a norma respeitar a matéria penal, disciplinar ou de ilícito de mera ordenação social e for de conteúdo menos favorável ao arguido;
4.0) A possibilidade, em certas circunstâncias, de fixação dos efeitos da inconstitucionalidade ou da ilegalidade pelo Tribunal Constitucional com alcance mais restritivo do que o alcance previsto em geral pela Constituição.

São regras específicas da declaração de inconstitucionalidade ou ilegalidade originária:

1.0) A produção de efeitos da declaração desde a entrada em vigor da norma declarada inconstitucional ou ilegal;
2.0) A repristinação da norma que a norma declarada inconstitucional ou ilegal haja eventualmente revogado.

São regras específicas da declaração de inconstitucionalidade ou ilegalidade superveniente:

1) A produção de efeitos da declaração desde a entrada em vigor da nova norma constitucional ou legal;
2) A ausência de repristinação (1).

proposta apresentada na comissão eventual para a revisão constitucional, in Diário, ii legislatura, 2.a sessão legislativa, 2.a série, e, supl. ao n.O 69, pág. 1288 (30).
(1) Cfr. as regras em parte discrepantes do art. 11.o do estatuto dos tribunais administrativos e fiscais (Decreto-Lei n.o 129184) sobre a

III - As regras acabadas de enunciar dificilmente poderão ser estendidas, pelo menos sem adaptações, à inconstitucionalidade de normas de Direito internacional convencional.
Além de a eventual declaração de inconstitucionalidade se confinar à ordem jurídica interna portuguesa, é incontestável que nunca poderá dar-se a repi:istinação de norma consignada em tratado anterior (porque nenhuma norma de Direito internacional pode ser posta ou reposta em vigor por vontade unilateral de um Estado).
Mas o art. 282.0, n.o 4, poderá aqui prestar um contributo útil.

140. Retroactividade da declaração e reprisfinação

I -A declaração de inconstitucionalidade ou de ilegalidade produz efeitos retroactivamente, ex tunc, e não apenas efeitos a contar da data da própria declaração ou ex nunc (1) (2).
Assim sucede por dois motivos essenciais: por a Constituição (ou a lei) como fundamento de validade, como base da força intrínseca da norma em causa, dever prevalecer incondicionalmente desde o momento em que esta é emitida ou em que ocorre a contradição ou desconforn-iidade, e não apenas desde o instante em que a contradição é reconhecida; por a mera eficácia futura da declaração poder

acarretar diferenças de tratamento das pessoas e dos casos sob o império do mesmo princípio ou preceito constitucional, uns sujeitos ao seu comando e outros (Os considerados

declaração de ilegalidade de normas regulamentares com força obrigatória geral. V. JoÃo RAposo, Sobre o contencioso dos regulamentos administrativos, in Revista de Direito Público, ano iv, n.o 7, 1990, págs. 51 e segs. e 59-60.

(1) Cfr. já nesse sentido, os pareceres da Comissão Constitucional n.o 1/80, de 8 de janeiro (in Pareceres, xi, pág. 29), n.o 4/81, de 19 de Março (ibidem, xiv, pág. 231), e n.o 35/81, de 24 de Novembro (ibidem, xvii, págs. 167-168).

(2) Pelo contrário, a declaração de ilegalidade de uma norma regulamentar pelo Supremo Tribunal Administrativo só produz efeito a partir do trânsito em julgado da decisão (art. 11.0, n.o 1, do estatuto).

antes da declaração de ínconstitucionalidade ou de ilegalidade) subordinados, ao cabo e ao resto, ao sentido da norma inconstitucional ou ilegal, ao sentido de uma norma juridicamente inválida.

Uma consequência significativa deste princípio é a relevância da averiguação da inconstitucionalidade de normas já revogadas ou caducas, a que atrás aludimos.

II - Pela própria natureza das coisas, a declaração de inconstitucionalidade (ou de ilegalidade) produz efeitos em momentos diversos consoante se trate de inconstitucionalidade originária ou de inconstitucionalidade superveniente e apenas implica repristinação no primeiro e não no segundo caso. já sabemos porquê.

Se existe, antes, a norma constitucional e, a seguir, surge uma norma que lhe é desconforme, esta não pode ter a virtualidade de realizar a função a que se pretende destinada; inválida desde a origem, vem a ser declarada inválida (inconstitucional) também desde a origem; e, porque nenhuma capacidade de modificação da ordem jurídica possui, tão-pouco poderia ter validamente revogado uma norma precedente sobre a mesma matéria, pelo que a declaração da sua iiiconstitucionalidade importa ainda o ienascimento ou restauração dessa norma (1).

Se, pelo contrário, existe, primeiro, a noima de direito ordinário e, de seguida, emerge uma nova norma constitucional que dispõe em sentido discrepante, há que distinguir duas fases: até à entrada em vigor desta nova norma - fase em que a norma de direito ordinário era, por hipótese, válida e eficaz; e depois, quando a norma de direito ordinário fica despiovida de fundamento de validade, inválida. Por conseguinte, a declaração de inconstitucionahdade vem reportar-se a este momento e, porque não atinge o momento de criação da norma, não pode afectar o efeito

(1) Não sendo necessário indicar expressamente essa norma, ao contrário do que sucede na Áustria (art. 140.0, n.O 4, da Constituição).

revogatório que tenha determinado; donde, não haver repristinação (1).

III - A declaração de inconstitucionalidade originária de uma norma determina a reposiçao em vigor da norma que ela, eventualmente, haja revogado (art. 282.0, n.o 1). Ora, esta reposição deve (ou pode) também ocorrer, quando a norma anterior é, por seu turno, igualmente, inconstitucional?

Numa óptica rígida do princípio do pedido, esse seria um problema que nem deveria pôr-se: o Tribunal não poderia sequer cuidar

de saber se haveria norma anterior, tal competiria aos tribunais, nos casos concretos que tivessem de diminuir. Mas este entendimento afigura-se incongruente com a função de garantia justificativa do instituto: para quê organizar um processo de fis-

NORMA
LCONSTITIJCIONAI-

(1) Os dois fenômenos podem figurar-se assim:

INCONSTITUCIO-NALIDADE ORIGINÁRIA

efeitos da declaração
de inconstitucionalidade

DECLARAÇÃO DE
e INCONSTITUCIONALIDADE
oDA NORMA LEGAL B

INCONSTI TUCIONALIDADE SUPERVENIENTE
o

A NO4MA
1=

ONAL 1

ONAL 1 ICONSTITIIC~IONAT, 2

(que re~oga 1)

NO A
L]5 AL A

1

efeitos da declaração
de inconstitucionalidade
DECLARAÇÃO DE
NORMA INCONSTITUCIONALIDADE
ILEGAL B 1 DA NORMA LEGAL B

(que revoga A)
rurte 11

calização para, afinal, ele rematar na aplicação (ou na aplicabílidade) de uma norma que, além de mais antiga (e, portanto, quiçá menos adequada às situações da vida actual), poderá ainda ser mais inconstitucional que a norma objecto de apreciação pelo tribunal?

A justiça constitucional não pode ser cega; tem de atender aos resultados das suas decisões, como o demonstra a possibilidade de fixação de efeitos prevista no art. 282.0, n.c- 4. Se este preceito adn-úte que, em nome do interesse público «de excepcional relevo» (e não só de critérios jurídicos puros) possam ser delimitados os efeitos da declaração de inconstitucionalidade, não se vê como se possa obstar a que, em razão do próprio princípio da constitucionalidade, se dê o devido desenvolvimento aos poderes cogffltivos do Tribunal.

0 princípio do pedido (à semelhança do que acontece em hipóteses de apreciação incidental atrás referidas) deve ser encarado como abrangendo não só a norma explicitamente especificada no requerimento de apreciação que desencadeia o processo mas também, implicitamente, a norma que esta revogara - tudo no limite da razoabilidade da situação consequente à declaração. Nem impressiona demasiado que por aqui, por vezes, possa chegar-se a uma lacuna, por

não se encontrar norma legal não desconforme à Constituição: os tribunais integrá4a-ão, se ela existir, de acordo com os cánones gerais do art. 10.o do Código Civil.

Poder-se-ia observar que o axt. 282.0, n.o 4, permite resolver o problema, sem desvio ao princípio do pedido. Não seria, porém, exacto. 0 art. 282.0, n.<) 4, postula o prévio conhecimento da inconstitucionalidade de uma norma; e, por outro lado, o que ele autoriza é a restrição dos eleitos da inconstitucionalidade, e aqui trata-se do alargamento desses efeitos (um alargamento na cadeia temporal das normas jurídicas) (1) (2).

(1) Até agora, apenas num caso o Tribunal Constitucional se defrontou, e lateralmente, com o problema: no acórdão n.o 103/87, de 24 de Março (in Didrio díz República, 1.a série, n.o 103, de 6 de Maio de 1987), sobre restrições de direitos de agentes militarizados.

0 Presidente da Assembleia da República pedira a declaração de inconstítucionalidade das normas do regulamento de disciplina da Polí-

141. A ressalva dos casos julgados

I - Porque inerente à função jurísdicíonal a definição do direito, uma vez transitada em julgado (1) a decisão de um tribunal que, acaso, tenha aplicado certa norma jurídica não pode ela ser postergada por posterior declaração de inconstitucionalidade dessa norma pelo Tribunal Constitucional (2).

0 art. 282.0, n.o 3, 1.a parte, garante, pois, a autoridade própria dos tribunais como órgãos de soberania aos quais compete ((admirdstrar a justiça em nome do povo)) (ait. 205.0, n.o 1), assegurando a defesa dos direitos e interesses legalmente protegidos dos cidadãos, reprimindo a violação da legalidade democrática e dirimindo os conflitos de interesses públicos e privados (art. 205.0, n.o 2). E garante especificamente o seu poder de apreciação da constitucionalidade e da legalidade de normas jurídicas: salvaguarda as decisões dos tribunais proferidas nos casos concretos

cia de Segurança Pública aprovado pelo Decreto-Lei n.o 40 188, de 6 de Abril de 1955, ma dependência» e #em consequência» de um juízo de inconstitucionalidade sobre o Regulamento Disciplinar aprovado pelo Decreto-Lei n.O 440182, de 4 de Novembro, já que este diploma revo~ gaxa o de 1955 e, declarado ele ínconstitucional, haveria reprístinaçào.

0 Tribunal admitiu o pedido, quer por razões de economia Processual, quer por razões de economia constitucional. Mas levantou a dúvida sobre se deveria declarar autonomamente a inconstitucíonalidade das normas regulamentares de 1955 ou se, à face do art. 282.<>, n.o 4, da Constituição, deveria simplesmente limitar os efeitos da repristínação ou até a excluir. Porque os resultados de urna ou outra via seriam idênticos, preferiu o Tribunal o caminho mais imediato na linha do pedido: declarax a inconstitucionalidade das normas expressamente submetidas à sua apreciação (pág. 189 1).

(2) GomEs CANoTiLHo (Direito Constitucional, cit., pág. 818) também sustenta que, no caso de a norma repristinada ser inconstitucional, não está vedada ao Tribunal a possibilidade de conhecer dessa inconstitucionalidade para fundamentar nela a recusa de efeitos repristinatórios.

(1) Cfr. art. 2502.o do Código Civil de 1867 e art. 667.o do Código de Processo Civil actual.

(2) Em processo de jurisdição voluntária, o problema não se põe (ou póe-se em termos completamente diversos), porque as resoluções podem ser alteradas, sem prejuízo dos efeitos já produzidos (art. 1411.0, n.o 1, do Código de Processo Civil).

calização para, afinal, ele rematar na aplicação (ou na aplicabilidade) de uma norma que, além de mais antiga (e, portanto, quiçá menos adequada às situações da vida actual), poderá ainda ser mais inconstitucional que a norma objecto de apreciação pelo tribunal ?

A justiça constitucional não pode ser cega; tem de atender aos resultados das suas decisões, como o demonstra a possibilidade de fixação de efeitos prevista no art. 282.0, n.o 4. Se este preceito admite que, em nome do interesse público «de excepcional relevo» (e não só de critérios jurídicos puros) possam ser delimitados os efeitos da declaração de inconstitucionalidade, não se vê como se possa obstar a que, em razão do próprio princípio da constitucionalidade, se dê o devido desenvolvimento aos poderes cogrdtivos do Tribunal.

0 princípio do pedido (à semelhança do que acontece em hipóteses de apreciação incidental atrás referidas) deve ser encarado como abrangendo não só a norma explicitamente especificada no requerimento de apreciação que desencadeia o processo mas também, implicitamente, a norma que esta revogara - tudo no limite da razoabilidade da situação consequente à declaração. Nem impressiona demasiado que por aqui, por vezes, possa chegar-se a uma lacuna, por não se encontrar norma legal não desconforme à Constituição: os tribunais integrá-la-ão, se ela existir, de acordo com os cãnones gerais do art. 10.o do Código Civil.

Poder-se-ia observar que o axt. 282.0, n.O 4, permite resolver o problema, sem desvio ao princípio do pedido. Não seria, porém, exacto. 0 art. 282.0, n.o 4, postula o prévio conhecimento da inconstitucionalidade de uma norma; e, por outro lado, o que ele autoriza é a restrição dos efeitos da inconstitucionalidade, e aqui trata-se do alargamento desses efeitos (um alargamento na cadeia temporal das normas jurídicas) (1) (2).

(1) Até agora, apenas num caso o Tribunal Constitucional se defrontou, e lateralmente, com o problema: no acórdão n.o 103/87, de 24 de Março (in Didrio da República, 1.a série, n.o 103, de 6 de Maio de 1987), sobre restrições de direitos de agentes militarizados.

0 Presidente da Assembleia da República pedira a declaração de inconstitucionalidade das normas do regulamento de disciplina da Polí-

141. A ressalva dos casos julgados

I - Porque inerente à função jurisdicional a definição do direito, uma vez transitada em julgado C) a decisão de um tribunal que, acaso, tenha aplicado certa norma jurídica não pode ela ser postergada por posterior declaração de inconstitucionalidade dessa norma pelo Tribunal Constitucional (2).

0 art. 282.0, n.o 3, 1.a parte, garante, pois, a autoridade própria dos tribunais como órgãos de soberania aos quais compete ((administrar a justiça em nome do povo)) (art. 205.0, n.o 1), assegurando a defesa dos direitos e interesses legalmente protegidos dos cidadãos, reprimindo a violação da legalidade democrática e dirimindo os conflitos de interesses públicos e privados (art. 205.0, n.o 2). E garante especificamente o seu poder de apreciação da constitucionalidade e da legalidade de normas jurídicas: salvaguarda as decisões dos tribunais proferidas nos casos concretos

cia de Segurança Pública aprovado pelo Decreto-Lei n.(> 40 188, de 6 de Abril de 1955, <ma dependência» e «em consequência» de um juízo de inconstitucionalidade sobre o Regulamento Disciplinar aprovado pelo Decreto-Lei n.() 440/82, de 4 de Novembro, já que este diploma revogara o de 1955 e, declarado ele inconstitucional, haveria repristinação.

0 Tribunal admitiu o pedido, quer por razões de economia processual, quer por razões de economia constitucional. Mas levantou a dúvida sobre se deveria declarar autonomamente a inconstitucionalidade das normas regulamentares de 1955 ou se, à face do art. 282.0, n.o 4, da Constituição, deveria simplesmente limitar os efeitos da repristinação ou até a excluir. Porque os resultados de uma ou outra via seriam idênticos, preferiu o Tribunal o caminho mais imediato na linha do pedido: declarar a inconstitucionalidade das normas expressamente submetidas à sua apreciação (pág. 1891).

(2) GomEs CANOTILHO (Direito Constitucional, cit., pág. 818) também sustenta que, no caso de a norma repristinada ser inconstitucional, não está vedada ao Tribunal a possibilidade de conhecer dessa inconstitucionalidade para fundamentar nela a recusa de efeitos repristinatórios.

(1) Cir. art. 2502.c~ do Código Civil de 1867 e axt. 667.o do Código de Processo Civil actual.

(2) Em processo de jurisdição voluntária, o problema não se põe (ou põe-se em termos completamente diversos), porque as resoluções podem ser alteradas, sem prejuizo dos efeitos já produzidos (art. 1411.0, n.o 1, do Código de Processo Civil).

contra qualquer forma de modificação superveniente, a título de inconstitucionalidade ou de ilegalidade, provinda de órgão da mesma natureza, o Tribunal Constitucional, mas situado fora da ordem judicial (1).

0 fundamento último da regra não se encontra, porém, ou não se encontra só num princípio de sepaxação de poderes. Decorre de um princípio material -a exigência de segurança jurídica. A estabilidade do direito tomado certo pela sentença insusceptivel de recurso ordinário é, igualmente, a dos direitos e interesses que declara.

II -A ressalva já constava, em moldes mais ou menos sirrijlares, da Constituição de 1933 (por último, art. 123.0, § 2.0), da Lei n.o 3174, de 14 de Maio (art. 13.0, n.o 1, 3.0) e do texto de 1976 da Constituição (art. 281.0, n.o 2) e dela tem extraído a opinião dominante um argumento de maioria de razão em favor da existência de um princípio constitucional da intangibüidade do caso julgado em geral (2).

Considerando os valores do Estado de Direito - a que faz apelo a actual Constituição - parece irrecusável o princípio ~). Mas não é - como qualquer princípio constitucional -um absoluto, tem de ser conjugado com outros; sofre restrições - uma das quais, precisamente, a do mesmo art. 282.0, n.o 3, 2.a parte, outra a que decorre do respeito dos direitos garantidos pelo art. 19.0,

(1) Assim, Cigmcia Política .... cit., ii, pág. 511, nota; acórdão n.o 87 da Comissão Constitucional, de 16 de Fevereiro de 1978, in apêndice ao Diário da República, de 3 de Maio de 1978, pág. 27; VIEIRA DF- ANDRADE, Os direitos fundamentais .... cit., págs. 333 e segs.; MIGUEL GALvÃo TELES, Inco,nstitucionalidade pretérita, cit., loc. cit., pág. 329.

(2) V. os autores citados no acórdão n.o 87 da Comissão Constitucional; acórdão n.o 352186 do Tribunal Constitucional, de 16 de Dezembro, in Diário da República, 2.a série, n.o 151, de 4 de julho de 1987; OLIVEIRA ASCENSÀO, 0 Direito..., cit., pág. 471 (este autor alude a anterior jurisprudência do Conselho da Revolução, quando, na realidade, era da Comissão Constitucional).

(3) Inflectimos, assim, de certo modo, o que escrevemos no citado acórdão n.o 87 da Comissão Constitucional (de que fomos relator) e na 2.a edição deste tomo, pág. 388.

n.O 6, e, porventura outra ainda, a que se refere à aplicação de normas juridicamente inexistentes (1). 0 que, em definitivo, está

vedado (até pelo art. 208.0, n.o 2), é uma lei individual afastar caso julgado (2) ou qualquer lei afectá-lo sem mediação de nova decisão judicial.

Em suma: assim como o princípio da constitucíonalidade fica limitado pelo respeito do caso julgado, também este tem de ser apercebido no contexto global da Constituição.

III - Cabe perguntar se não deve acolher-se por analogia a necessidade de ressalva de situações ou relações consolidadas Por cumprimento de obrigações, por transacção, ainda que não homologada, ou por acto de natureza análogo (art. 13.o do Código Civil (3).

Afigura-se-nos duvidosa uma resposta positiva, porque são diferentes os pressupostos destas situações (e de outras, como caso decidido em Direito administrativo) e as do caso julgado. Nem por isso, aliás, ficarão desprotegidos interesses legítimos ou relevantes ligados a essas situações: a modelação dos efeitos prevista no art. 282.0, n.o 4, por razões de segurança jurídica ou da equidade, é suficiente e idónea para lhes dar satisfação; mas não será já uma ressalva automática no art. 282.0, n.o 3, terá de haver uma decisão do Tribunal Constitucional.

(1) Assim, VITALINO CANAS, I-ntroduçao .... cit., págs. 68-69; MARcELo REBELO DE SOUSA, 0 valorjurídico .... cit., págs. 179 e 183.

(2) Entenda-se ou não que é verdadeira lei e que a Constituição a proíbe ou não.

(3) Afirmativamente, VITALINO CANAS, Introd-uçjo..., cit., págs. 74 e segs.; RUI MEDEIROS, Ensaio .... cit., págs. 200 e segs.

Negativamente GomEs CANOTILHO e VITAL MOREIRA, Op. Cit., II, pág. 543 (que dizem que se se admitir que relações ou situações definitivamente consolidadas ou exauridas por outro meio jurídico estão também salvaguardadas contra a eficácia retroactiva da declaração de inconstitucionalidade, chega-se à conclusão a que os efeitos ex tunc desta a bem pouco remontam).

Cfr. ainda acórdão do Supremo Tribunal de justiça, de 16 de Abril de 1982, in Boletim do Ministério da justiça, n.o 316, Maio de 1982, págs. 181 e segs.

142. A ressalva dos casos julgados e o tratamento mais favorável em Direito Penal

I - A par do princípio da legalidade, o Direito penal acolhe o princípio do tratamento legislativo temporalmente mais favorável: são ambos manifestações da mesma ideia de segurança (ou de segurança e justiça) e de salvaguarda dos direitos, liberdades e garantias individuais frente ao poder punitivo do Estado.

Como escreve CAVALEIRO DE FERREIRA, justifica-se a retroactividade da lei penal mais favorável ao arguido como expressando uma garantia dos cidadãos e uma limitação do poder do Estado; este não terá nunca um direito de punir mais amplo do que o que for considerado pela lei vigente no momento da sua aplicação, se este é mais limitado do que aquele que a lei anterior lhe concedeu. Este aspecto da limitação do Estado quanto ao direito de punir quer do Estado legislador quer da jurisdição irmana o princípio da irretroactividade da lei penal com o da retroactividade da lei penal mais favorável(').

Ou, como acentua EDUARDO CORREIA, se uma lei nova deixa de incriminar certos factos é porque entende, numa melhor visão das coisas, que o facto não merece punição e, assim, não há necessidade de se aplicar a lei anterior.

Na verdade, de retribuição não se pode falar, visto que deixou de entender-se que a censura fosse devida; de prevenção geral

igualmente não é lícito falar-se, pois deixando o facto de ser ilícito não interessa mais que os outros o pratiquem. Igualmente, é inútil a necessidade de prevenção especial. É certo que o agente, praticando um certo facto, mostrou-se perigoso. Simplesmente, não basta que um certo agente seja perigoso: é necessário que essa perigosidade seja criminal, para que haja necessidade de reacção. Ora, se o facto que indiciava essa perigosidade deixou de ser criminalmente ilícito, automaticamente a perigosidade de quem o pratica deixou de se poder considerar verilicada (2) (3).

(1) CAVALEIRO DF- FERREIRA, Direito Penal Português, i, pág. 115.

(2) EDUARDO CORREIA, Direito Criminal, cit., i, pág. 154.

(3) Diversamente, Rui PEREIRA (A relevância da lei Penal inconstitucional de conteúdo mais favordvel ao arguido, in Revista Portuguesa de Ciência Criminal, 1991, págs. 60 e segs.), para quem a irretroactividade da lei penal e a retroactividade da lei penal mais favorável não podem ser tomadas como verso e reverso do mesmo princípio e a segunda só indirectamente pode ser reconduzida ao princípio do Estado de Direito.

Por conseguinte, dentre duas ou mais leis penais que se sucedam no tempo, aplicáveis (ou potencialmente aplicáveis) à mesma pessoa ou ao mesmo facto, prevalece a de conteúdo mais benévolo; aplica-se a que menos comprima direitos, liberdades e garantias, a menos gravosa ou restritiva destes direitos; por razões de liberdade e de igualdade entre os membros da comunidade jurídica é a lei penal mais favorável, ou seja, a menos desfavorável aos seus direitos, que lhes deve ser, em último termo, aplicada.

A importância da regra justifica a sua consagração constitucional, como sucede em Portugal com a Constituição de 1976 (art. 29.0, n.o 4, 2.a parte, e ainda, após 1982, art. 282.0, n.o 3, 2.a parte), e em alguns outros países().

II -A aplicação da lei penal mais favorável ao arguido, ainda que retroactivamente, implica: 1.0) que o facto punível segundo a lei vigente no momento da sua prática deixará de o ser se uma lei nova o eliminar do número das infracções e que, se tiver havido condenação, ainda que transitada em julgado, cessarão a respectiva execução e os seus efeitos penais (art. 2.0, n.o 2, do Código Penal de 1982); 2.0) que quando as disposições penais vigentes no momento da prática do facto punível forem diferentes das estabelecidas em leis posteriores, será sempre aplicado o regime que concretamente se mostrar mais favorável ao agente (art. 2.0, n.o 4, do Código Penal com ressalva da sua parte final que é inconstitucional) (2).

Implica também que, se for declarada a inconstitucionahdade com força obrigatória geral de certa lei penal e se, por causa disso, for repristinada (art. 281.0, n.o 1, da Constituição) ou vier a tor-

(1) Constituição espanhola (art. 9.c>, n.O 3); Constituição equatoriana (art. 19.(>, n.o 16, alínea c), 2.8 parte); Constituição cabo-verdiana (art. 32.0, 2.a parte); Constituição da Guiné-Bissau (art. 33.(>, 2.a parte).

(2) No sentido da inconstitucionalidade material - por violação do art. 29.0, n.O 4 -v. GomEs CANOTILHO e VITAL MOREIRA, Op. Cit., li, pág. 543; RUI PEREIRA, op. cit., loc. cit., pág. 59, nota. Contra: LoPFs ROCHA, Aplicaçdo da lei penal no tempo e no espaço, in jornadas de Direito Criminal, obra colectiva, i, Lisboa, 1983, págs. 98 e segs.

nar-se aplicável uma lei de conteúdo mais favorável, será esta a que deverá efectivamente ser aplicada, mesmo que já tenha havido trânsito em julgado da sentença condenatória (e não havendo agora que distinguir entre lei incriminadora e lei definidora da pena ou da medida de segurança).

.Por conseguinte, não é ressalvado o caro julgado quando a norma declarada inconstitucional ou ilegal respeitar a matéria penal - ou a matéria disciplinar ou de ilícito de mera ordenação social - e for de conteúdo menos favorável ao arguido (art. 282.0, n.o 3, 2.a parte) (1) (2), ou seja, quando da sua declaração de inconstitucionalidade ou de ilegalidade resultar uma redução da pena ou da sanção ou uma exclusão, isenção ou limitação da responsabilidade ~) (4).

Não obstante a regra não funciona automaticamente. Tem de haver uma decisão do Tribunal Constitucional, embora não se trate de uma faculdade, mas sim de uma obrigação (5): tem de haver uma revogação expressa dos casos julgados constante da declaração de inconstitucio.nalidade (6).

Mas se o Tribunal Constitucional omitir a revogação, os tribunais criminais deverão reapreciax os casos julgados, suprindo

(1) Sobre a aprovação do preceito, v. Didrio da Assembleia da República, ii legislatura, 2.a sessão legislativa, 2.a série, supl. ao n.o 69, págs. 1288(17)-1288(18) e 1288(29) e segs.; e 1.a série, n.o 128, de 28 de julho de 1982, págs. 5379-5380.

(2) já na nossa dissertação Aspectos de uma teoria da i-nconstitucionalidade, págs. 251 e seg., defendíamos, à face do art. 123.0, § único, da Constituição de 1933, este princípio.

(3) Como se diz no art. 40.0, n.o 1, da lei orgânica do Tribunal Constitucional espanhol e, de certa maneira, no art. 30.0, i-n fine, da lei do Tribunal Constitucional italiano.

(4) Cfr. JOSÉ DE SOUSA BRITO, op. cit., loc. cit., pág. 254; RAUL BOCANEGRA SIERRA, El valor de Ias sentencias del Tribunal Constitucional, cit., pág. 244; GomEs CANOTILHO e VITAL MOREIRA, Op. cit., ii, pág. 543; TAIPA DE CARVALHO, Sucessão de leis penais, Coimbra, 1990, págs. 289 e segs.; Rui PEREIRA, op. cit., loc. cit., págs. 70 e segs.

Como salienta RUI PEREIRA, op. cit., loc. cit., pág. 72.

Cfr. art. 40.0, n.o 2, da lei orgânica do Tribunal Constitucional espanhol (algo diversamente).

assim a ínconstitucionalidade por omissão resultante daquela decisão (1).

III - E se a declaração de inconstitucionalidade envolver a repristinação de uma lei menos favorável ao arguido do que a lei declarada inconstitucional ? (2).

Por identidade de razão, por força da mesma ideia de adequaçao do tratamento jurídico-criminal à liberdade e à segurança das pessoas, haverá o Tribunal Constitucional - e também, para isso, • art. 282.0 ' n.O 3, 2.a parte, impõe uma sua decisão - de avaliar • complexo normativo e de, em consequência, conformar a situação. E duas hipóteses serão possíveis então perante os comandos ínsitos na lei declarada inconstitucional.

Se esta não qualificar ou deixar de qualificar como ilícito certo facto, a lei anterior (que o qualifique) não poderá ser tida por aplicável, visto que a sua repristinação acarretaria retroactividade de lei penal incriminadora.

Nos demais casos, se a lei declarada inconstitucional qualificar como ilícito o facto (embora na veste de ilícito de mera ordenaçao social ou disciplinar) ou se o punir com pena menos grave, poderá (deverá) a lei anterior entender-se repristinada, mas no limite da estatuição daquela; o Tribunal Constitucional mandará

aplicar a lei anterior, mas conformando-a, modificando-a, tendo como baliza inultrapassável o alcance máximo de sanção da lei posterior ~); não será, pois, a lei declarada inconstitucional a ser apHcada, será a outra lei, em certos termos ~).

(1) RUI PEREIRA, op. cít., pág. 72.

(2) Sobre o assunto, cfr. FRANCESCO PALAZZO, Valori costituzionali e diritto Penale (un contríbuto comparatista allo studio del tema), in L'influenza dei valori costítuzionali sui sistema giuridici contemporaneí, i, págs. 548 e segs.; RUI PEREIRA, op. cit., loc. cit., págs. 55 e segs. Cfr. ainda a intervenção do Deputado Costa Andrade, in Didrio da Assembleia da República, ii legislatura, 2.a sessão legislativa, 1.a série, n.o 128, pág. 5379.

(3) Neste sentido, acórdão n.o 175190, de 5 de junho, in - Didrio da República, 2.a série, n.o 17, de 21 de janeiro de 1991, maxime pág. 696: a lei inconstitucionalizada há-de ser tomada como referência limitativa da medida punitiva.

(4) Relativamente à segunda hipótese enunciada, rectificamos o que

Observe-se que tanto numa como noutra hipótese nunca é aplicada ou aplicada qua tale uma norma declarada inconstitucional com força obrigatória geral('). Ela é tida em conta só negativamente; e é tida em conta mesmo aí, não por si, mas à luz do princípio cogente dos arts. 29.0, n.o 4, e 282.0, n.o 3, 2.8 parte, o qual tem eficácia incondicionada e imediata.

Não se alegue, por isso, contra este entendimento que o princípio de direito criminal de aplicação da norma mais favorável pressupõe a validade da norma em causa, não podendo prevalecer sobre o princípio da constitucionalidade (2); ou que a submissão da lei penal à Constituição seria consideravelmente prejudicada, pois os tribunais criminais só estariam vinculados à aplicação de normas constitucionais quando elas contivessem um regime mais favorável ao arguido (3). Tal como formulamos a questão, o princípio da constitucionalidade não é vulnerado.

Nem se sustente que assim se acaba por permitir ao Governo descriminar qualquer facto à revelia da Assembleia da República, ignorando a reserva de competência estabelecida na alínea a) do n.O 1 do art., 168.o da Constituição (4). Não se nega que isso possa acontecer. Sem embargo, na ocorrência de um lenómeno de sucessão de leis penais no tempo, entremostra-se, decerto, bem menos grave a preterição de um princípio orgânico do que a de um principio material.

Finalmente, se a atribuição ao Tribunal Constitucional de um poder conformador ou modificativo das normas sancionatórias aplicáveis dir-se-ia relevar da esfera legislativa, não deve esquecer-se que a decisão aí surge como complementar ou acessória do acto jurisdicional em que consiste o juizo de inconstitucionalidade e que está pautada por critérios muito ais estritos de que os que estipula o art. 282.0, n.o 4.

143. A fixação dos efeitos pelo Tribunal Constitucional

I -A fixação dos efeitos da inconstitucíonalidade destina-se a adequá-los às situações da vida, a ponderar o seu alcance e a mitigar uma excessiva rigidez que pudesse comportar; destina-se

escrevemos em Os princípios constitucionais da legalidade e da aplicação da lei mais favordvel em matéria criminal, in 0 Direito, pág. 699.

(1) Diversamente, preconizando mesmo a sua aplicação, Rui MEDEIROS, Valores jurídicos..., cit., loc. cit., págs. 515-516.

(2) C~OMES CANOTILI-lo e VITAL MOREIRA, op. cít., ii, pág. 534.

(8) RUI PEREIRA, op. cit., loc. cit., pág. 58.

(4) Rui PEREIRA, ibidem, pág. 59.

a evitar que, para fugir a consequências demasiado gravosas da declaração, o Tribunal Constitucional viesse a não decidir pela ocorrência de inconstitucionalidade; é uma válvula de segurança da própria finalidade e da efectividade do sistema de fiscalização.

Uma noima como a do art. 282.0, n.O 4, aparece, portanto, em diversos países, senão nos textos C), pelo menos na jurisprudência.

Como escreve BACHOF, os tribunais constitucionais consideram-se não só autorizados mas inclusivamente obrigados a ponderar as suas decisões, a tomar em consideração as possíveis consequências destas. É assim que eles verificam se um possível resultado da decisão não seria manifestamente injusto, ou não acarretaria um dano para o bem público, ou não iria lesar interesses dignos de protecção de cidadãos singulares. Não pode entender-se isto, naturalmente, como se os tribunais tomassem como ponto de partida o presumível resultado da sua decisão e passassem por cima da Constituição e da lei em atenção a um resultado desejado. Mas a verdade é que um resultado injusto, ou por qualquer outra razão duvidoso, é também em regra - embora não sempre - um resultado juridicamente errado (2).

(1) V. art. 140.o da Constituição austríaca, após 1975.

(2) Estado de Direito o poder Político, cit., pág. 17. Na mesma linha, 1<-ARL LARENZ, op. cit., pág. 441, salientando que a avaliação das consequências previsíveis da decisão do Tribunal Constitucional deve estar orientada especialmente para a manutenção ou o aperfeiçoamento da capacidade funcional do Estado de Direito.

Cfr., também RAUL BocANEGRA SIERRA, El valor..., cit., págs. 237 e segs.; VITALINO CANAS, I-ntroduçdo..., cit., págs. 78 e segs. e 96 e segs.; GomEs CANOTILHO, Direito Constitucional, cit., págs. 818 e segs.; os relatórios publicados em justiça Constitucional e Espécies, Conteúdo e Efeitos..., cit.; os n.os 1 e 2 de 1989 de Quadermi Costituzionali; SA131NE STUTH, 11 Bundesverfassungsgericht e il profilo tec-nico delle sulle Pronunce, ibidem, págs. 287 e segs.; EDUARDO GARCIA DE ENTERRIA, Um paso importante Para el desarollo de muestra justicia constitucional: Ia doctrima prospectiva em Ia declaración de ineficacia de Ias leyes i-nconstitucionales, in Civitas - Revista Espartola de Derecho Administrativo, 1989, págs. 5 e segs.; ANDREA PISANESCHI, Determinazione dei limiti alla retroattività delle decisione costituzionale di aceoglimento: potere del giudice costituzionalo o del giudice ordinario, in Giurisprudenza Costituzionale, 1989, págs. 295 e segs.; Effetti temporalí delle sentenze della Corte Costituzionale anche com riferimento atle esperienze stranicre, obra colectiva, Milão, 1989.

À primeira vista, oposto à fixação dos efeitos é o jttdicial self-restraint, que consiste (como o nome indica) numa autolimitação dos tribunais ou do tribunal de constitucionalidade, não ajuizando aí onde considere que as opções políticas do legislador devem prevalecer ou ser insindicáveis. Mas talvez se trate apenas de uma aparente restrição, porquanto não interferir, não fiscalizar, não julgar pode inculcar, já por si, uma aceitação dos juízos do legislador e das suas estatuições e, portanto, também uma defimçao (embora negativa) da inconstitucionalidade e dos seus eventuais efeitos (1).

II -Quer a Assembleia Nacional da Constituição de 1933, quer o Conselho de Estado da Lei n.o 3/74, quer o Conselho da Revolução da Lei n.o 5175, tinham o poder de fixar os efeitos da inconstitucionalidade; não já o Conselho da Revolução do texto de 1976 (2). Mas tem-no o Tribunal Constitucional. E enquanto que esse poder surgira com grande amplitude na Constituiçao de 1933 e nas duas leis constitucionais revolucionárias, agora ele é definido de

harmonia com critérios materiais.

Segundo o art. 282.0, n.o 4, quando a segurança jurídica, razões de equidade ou interesse público de excepcional relevo, que deverá ser fundamentado, o exigirem, podera o Tribunal Constitucional fixar os efeitos da inconstituciodalidade ou da ilegalidade com alcance mais restrito do que o previsto em geral - quer dizer, eventualmente reduzindo o âmbito de aplicação retroactiva da declaração (que, no limite, poderá vir a só produzir efeitos para o futuro) e, quanto à inconstitucionalidade origi-

(1) Cfr., entre nós, CRISTINA QUEIROZ, Os Actos Políticos..., cit., págs. 210 e segs.
(2) Todavia, num episódio que ficou célebre-sobre uma questão tributária - o Conselho da Revolução, pelas Resoluções n.os 307 e 314/79, de 26 de Outubro e 6 de Novembro, fixou os efeitos da inconstitucionalidade.

Do problema assim suscitado, ocupou-se depois a Comissão Constitucional em vários acórdãos: v., por exemplo, o acórdão n.o 411, de 7 de julho de 1981, in apêndice ao Diário da República, de 18 de janeiro de 1983, págs. 56 e 57.

nária, obstando à repristinação de norma anterionnente revogada (1).
Nas razões justificativas da ponderação dos efeitos indicam-se razões estritamente jurídicas - a segurança e a equidade, a primeira de incidência mais objectiva, a segunda de incidência mais subjectiva - e uma razão não estritamente jurídica - interesse público de excepcional relevo; e, por isso, este interesse tem de ser fundamentado (2) (3).

III - Ainda que possa temer-se uma aproximação na prática da atitude do legislador, pode contrapor-se que, apesar de tudo (salvo, porvertura, quanto ao ((interesse público de excepcional relevo))), se está ainda de Pleno no domínio da jurisdição.
Como observa MIGUEL GALvÃo TELES, a sentença do Tribunal Constitucional será co-constitutiva e conformadora dos efeitos limitados da lei inconstitucional. Mas casos de sentenças conformadoras não são incomuns: decisões em processos de jurisdição voluntária, interpretação de conceitos indeterminados, integração de lacunas, sentenças de resolução ou alteração de contratos por modificação das circunstâncias ou de redução de cláusula penal em concreto excessiva, previstas nos arts. 437.o

(1) Sobre o art. 282.0, n.o 4, v. Diário da Assembleia da República, ii legislatura, 2.a sessão legislativa, 2.1~ série, supl. ao n.o 69, págs. 1288(30) e segs., e supl. ao n.o 93, págs. 1762(14) e segs., e 1.a série, n.o 128, págs. 5378 e segs., e n.o 129, págs. 5442 e segs.
(2) 0 art. 208.0, n.o 1, determina a fundamentação das decisões dos tribunais nos casos e nos termos previstos na lei - o que lhe confere cáracter de norma não exequível por si mesma. Aqui, no art. 282 0, n.o 4, é a Constituição que, directamente, estatui a fundamentação.
(3) Na Alemanha, informa BAcHoF (op. cit., pág. 20), em casos em que a violação da Constituição por uma lei é considerada tão grave que nem mesmo a continuação temporária da sua vigência parece possível, os tribunais declaram nula a lei, mas simultaneamente estabelecem eles próprios uma regulamentação transitória para vigorar até à emissão de uma lei nova conforme à Constituição.

Em Portugal, o art. 282.0, n.c> 4, não consente similar actuação do Tribunal Constitucional.

e 812.o do Código Civil, sentenças penais que fixam concretas medidas da pena().

IV - De todo o modo, a decisão ao abrigo do art. 282.0, n.o 4, está condicionada por um princípio de proporcionalidade (2); e o próprio Tribunal Constitucional -que tem feito uma vasta aplicação da faculdade de limitação de efeitos (3) - tem tido disso alguma consciência.

Por um lado (consoante se lê num dos seus acórdãos), se, ao declarar a inconstitucionalidade de uma norma com força obrigatória geral, o Tribunal contribui para o reequülbrio do sistema jurídico, ao mesmo tempo, e quase paradoxalmente, o exercício dessa competência constitui um factor de incerteza e insegurança. Assim, a limitação de efeitos surge como um meio de atenuar os riscos da incerteza e insegurança, consequentes, em princípio, à declaração de inconstitucionalidade (4).

Mas, por outro lado, não basta para justificar a limitação de efeitos que a declaração de inconstitucionalidade envolva alguma incerteza para o mundo do direito e para a vida social dele dependente. Essencial será que a investida contra a segurança jurídica resultante de inconstitucionalização seja de grau elevado (r». Dado o seu carácter necessariamente excepcional, qualquer limitação de efeitos de uma declaração de inconstitucionalidade deve ser ela mesma reduzida ao estritamente necessário para a salvaguarda dos valores mencionados no art. 282.o (6).

0 que não pode aceitar-se é que se faça depender a apreciação da constitucionalidade de uma qualquer verificação prévia da utilidade da

(1) Inconstitucionalidade pretérita, cit., loc. cit., pág. 330.
(2) Cfr. KLAus SCI-ILAICH, Corte Costituzionale e controllo suile norme mella Repubblica Federale di Germania, in Quadermi Costituzionali, 1982, págs. 584 e 587.
(3) V., por todos, recentemente, acórdão n.O 246190, de 11 de julho, in Diário da República, 1.a série, n.o 178, de 3 de Agosto de 1990.
C) Acórdão n.o 206/87, de 17 de junho, in Diário da República, 1.a série, n.o 156, de 10 de julho de 1987, pág. 2738.
(-') Acórdão n.o 272/86, de 30 de julho, in Diário da República, 1.a série, n.o 215, de 18 de Setembro de 1986.
(6) Declaração de voto do Juiz VITAL MOREIRA anexa ao acórdão n.o 144185, de 31 de julho, in Diário da República, 1.a série, n.o 203, de 4 de Setembro de 1985, pág. 2880. No mesmo sentido, AURCELO REBELO DE SOUSA, 0 valorjurídico .... cit., págs. 263 e 269.

sua eventual declaração('), como se se estivesse em fiscalização concreta. Seria inverter todo o sentido do art. 282.o (2).

V - Há limites absolutos à limitação de efeitos da declaração de inconstitucionalidade ou de ilegalidade com força obrigatória geral, por virtude de princípios fundamentais:
a) Não pode o Tribunal Constitucional restringir os efeitos de declaração de inconstitucionahdade ou de ilegalidade de norma violadora de direitos insusceptíveis de suspensão em estado de sítio (art. 19.0, n.o 6, da Constituição) - se mesmo salus Populi não autoriza a suspensão destes direitos, muito menos em normalidade constitucional poderiam normas que os violassem produzir efeitos salvaguardados na declaração de inconstitucionalidade;
b) Não pode o Tribunal Constitucional fazer acepção de pessoas ou de situações objectivamente não fundadas -porque tal infringiria o

princípio da igualdade (axt. 13.0);

c) Não pode o Tribunal Constitucional restringir os efeitos de declaração de inconstitucionalidade ou de ilegalidade de norma constante de lei geral da República ou de convenção internacional em, razao do território (designadamente, de uma região autónoma) - porque tal agrediria a estrutura unitária do Estado (art. 6.0) e, de novo, o princípio da igualdade; apenas em relação a Macau (que não faz parte do território nacional) algo de semelhante se mostra admissível;

d) Não pode o Tribunal Constitucional diferir para o futuro a produção de efeitos - porque tal brigaria com o próprio princípio da constitucionalidade ~);

(1) Como mais de uma vez tem feito o Tribunal Constitucional: v. acórdãos n.- 415189, de 14 de junho, e 730/90, de 21 de Março, in Diário da República, 2.a série, n.o 213, de 15 de Setembro de 1989, e n.o 165, de 19 de julho de 1990, respectivamente.

(2) Com razão notou o Juiz VITAL MoREiRA, em declaração de voto anexa ao acórdão n.o 415/89, que a questão da restrição dos efeitos da inconstitucionalidade só se põe depois de se ter resolvido - em sentido afirmativo - a questão de inconstitucionalidade, isto é, depois de se ter declarado essa mesma inconstitucionalidade.

(3) Assim, MARcF-Lo REBELO DE SOUSA, 0 valor jurídico .... cit., págs. 261 e 262.

e) Não pode haver limitação de efeitos de inconstitucíonalidade quanto a actos normativos juridicamente inexistentes.

VI - Problema delicado consiste em saber se a restrição de eleitos da inconstitucionalidade ou da ilegalidade pode ser decretada também na fiscalização concreta e se, sendo nesta admissível, po de ser decidida por todos os tribunais ou apenas pelo Tribunal Constitucional.

Vale a ratio do axt. 282.0, n.o 4, analogainente no campo dos arts. 207.o e 280.0? Hesitamos em responder (1).

Haverá casos em que se tornará mister não operar a repristinação. Mais difícil parece conceber (excepto talvez perante hipóteses de casos administrativos decididos, de cumprimento de obrigações ou de outras relações consolidadas) uma sentença em que se julgue inconstitucional a norma aplicável ao caso sub judice e, do mesmo passo, esta só seja desaplicada ex nunc.

Seja como for, na fiscalização concreta, em nenhum caso, poderá a restrição dos efeitos fundar-se em «interesse público de excepcional relevo»; terá de se fundar ou em segurança jurídica ou em razões de equidade. E terá sempre de se garantir recurso para o Tribunal Constitucional.

VII - A fixação dos efeitos pelo Tribunal Constitucional obriga, nos termos gerais das suas decisões, todos os tribunais ou, se for em fiscalização concreta, o tribunal da causa (2).

Se um tribunal não a acatar e se ela constar de declaração de inconstitucionalidade ou de ilegalidade com força obrigatória geral, poderá haver recurso - atípico - para o próprio Tribunal Constitucional, para que este, fazendo prevalecer a sua autoridade, revogue a decisão recorrida.

(1) Em Direito Constitucional-II -Aditamentos, policopiado, Lisboa, 1991, pág. 247, pronunciámo-nos contra, tal como MIGUEL GALVÃO TF-LES, Inconstit-ucionalidade Pretérita, cit., loc. cit., págs. 330-331.

Afirmativamente, pronuncia-se Rui MEDEIROS, Valores .... cit., loc. cit., pág. 512.

(2) Cfr. acórdão n.o 189/90, de 7 de junho, in Didrio da República, 2.a série, n.o 17, de 21 de janeiro de 1991.

§ 5.o

A fiscalização da inconstitucionalidade por omissão

144. As omissões inconstitucionais em geral e as omissões legislativas em especial

1 -A existência de omissões juridicamente relevantes é um lenómeno que se encontra em diversos sectores do ordenamento e, em particular, no Direito constitucional. Ela verifica-se sempre que, mandando a norma reguladora de certa relação ou situação praticar certo acto ou certa actividade nas condições que estabelece, o destinatário não o faça, não o faça nos termos exigidos, não o faça em tempo útil, e a esse comportamento se liguem consequencias mais ou menos adequadas.

Relativamente a quaisquer funções do Estado objecto de disciplina pela Constituição, não custa surpreender manifestações possíveis - e não apenas teóricas - de comportamentos onússivos, sejam omissões de actos normativos, sejam de actos de conteúdo não normativo ou individual e concreto. Sucede isto com a função legislativa e com a função política ou de governo e, em alguns casos, com a revi-ão constitucional; sucede isto com a função administrativa e pode suceder até com a função jurisdicional. Tais comportamentos vêm, assim, a ser inconstitucionais ou ilegais, consoante os casos, e podem ainda tomar-se ilícitos(').

0 que se diz acerca do ordenamento estadual, pode também dizer-se mutatis mutandis acerca de certos sectores ou áreas de Direito internacional (2).

(1) Cfr. a tentativa de teoria geral (embora centrada no Direito administrativo e na jurisprudência francesa e sem falar em inconstituciona]idade por omissão) de PIERRE MONTANÉ DE LA Roç?uF-, L'Inertie des Pouvoirs Publics, Paris, 1950; ou, sobre a efectivação dos comandos constitucionais e legislativos no tempo, a perspectiva de F-MANUELF- TUCCARI, L'attuazione legislativa, in Rivista Trimestrale di Diritto Pubblico, 1982, págs. 363 e segs.

(2) V. o recurso por omissão previsto no axt. 175.o do Tratado de Roma, constitutivo da Comunidade Económica Europeia.

II -Pode haver inconstitucionalidade por omissão de actos legislativos (ou, o que para aqui vale o mesmo, por omissão de normas legislativas). Perante normas constitucionais não exequíveis por si próprias - preceptivas ou programáticas - o legislador não edita as leis necessárias a conferir-lhes exequibilidade.

Pode haver inconstitucionalidade por omissão de actos políticos ou de governo: pense-se na nao marcaçao de eleições no prazo constitucional aquando da dissolução de órgão colegial baseado no sufrágio directo (art. 116.0, n.o 6, da Constituição), na não marcação de eleições pelo Presidente da República (art. 136.0, alínea b», na não designação de titulares de cargos constitucionais (arts. 156.0, alíneas f), h), 1), m), n) e P), e 166.0, alíneas g) e h», na não promulgação de leis da Assembleia da República quando devida (arts. 137.0, alínea b), 139.0, n.os 2 e 3, e 286.0, n.O 3), na falta de referenda ministerial igualmente quando devida (art. 143.0), etc. Tão variadas se configuram estas hipóteses que se compreende terem de ser diversos os efeitos jurídicos que lhes hão-de corresponder -desde a responsabilidade política e criminal dos titulares dos cargos (art. 120.0, n.o 1) à inexistência jurídica de actos com eles conexos (arts. 116.0, n.o 2, 2.a parte, 140.o, 143.0, n.o 3) e raramente -o que toma o problema mais agudo - se prevê suprimento por órgãos diferentes.

Pode admitir-se inconstitucionalidade por omissão da revisão constitucional, quando a Constituição, explícita ou explicitamente,

requeira a modificação de algum dos seus preceitos ou dos seus institutos -- o que deve ter-se por excepcional. Teria sido, contudo, o que teria acontecido em Portugal se o Conselho da Revolução não tivesse sido extinto na primeira revisão constitucional, de 1982 (1).

Por seu lado, ilegalidade (ou inconstitucionalidade indirecta, para alguns) por omissão vem a ser a que se traduz na não publicação das normas regulamentares de que dependa a efectivaçao de certa lei. A Constituição de 1933, após 1945, disponha que

(1) Ou o que aconteceria no Brasil, em 1993, se não se realizasse o referendo sobre monarquia e república e sobre parlamentarismo e presidencialismo ordenado pelas disposições transitórias da Constituição de 1988.

«quando a lei não for exequível por si mesma, o Governo expedirá os respectivos decretos dentro do prazo de seis meses a contar da sua publicação, se nela não for determinado outro prazo» (§ 7.o do art. 109.0, na versão final). 0 preceito não passou para a actual Constituição, mas o problema pode vir a pôr-se frente a qualquer lei ordinária que estatua de forma semelhante. A solução parece então dever ser, no mínimo, a entrada em vigor das normas legíslativas que sejam exequíveis por si mesmas (1).

Podem ainda configurar-se hipóteses de omissões ilegais de actos administrativos (ou, de outros actos da Administração pública): omissões de actos administrativos de execução de leis ou de regulamentos, inclusive de leis impostas pela Constituição; e omissões de actos de execução de sentenças dos tribunais, em paxticular de sentenças dos tribunais administrativos (2) - sendo certo que as decisões dos tribunais são obrigatórias paxa todas as entidades públicas e os responsáveis pela sua inexecução são pa.-,síveis de sanções (art. 208.0, n.o 3).

Sabe-se também que ao Provedor de justiça compete apreciar queixas por omissões dos poderes públicos (axt. 23.0) e que omíssões legais graves podem ser causa de dissolução dos órgãos das autarquias locais (art. 243.0, n.o 3).

Omissão na função jurisdicional é especificainente a denegação da justiça (art. 416.o do Código Penal). Os juízes não podem abster-se de julgar com fundamento em falta, obscuridade ou ambiguidade da lei ou em dúvida insanável sobre o caso em litígio, desde que este deva ser juridicamente regulado (axt. 3.o do estatuto dos magistrados judiciais, constante da Lei n.o 21185, de 30 de Julho).

Tudo isto sem esquecer ainda a possibilidade de omissões do próprio Tribunal Constitucional, não decidindo ou não decidindo no tempo fixado na Constituição (a que já aludimos).

(1) Neste sentido, Decreto, págs. 60 e segs., e Um Projecto de revisdo constitucional (art. 127.0, n.o 5). Diversamente, no sentido da caducidade da lei, o art. 4. 0, n. o 2, do proj ecto de lei n. o 2 1 -1 (in Didrio da A ssembleia da República, n.o 36, de 29 de Outubro de 1976).

(2) V. FREITAS Do AMARAL, A execução das sentenças dos tribunais administrativos, Lisboa, 1967.

III -Em especial, a inconstítucíonalidade por omissão de actos legíslativos ou de normas legislativas (consoante o prisma que se prefira) ~) é fenómeno jurídico ligado à estrutura de determinadas normas constitucionais, que pode surgir à face de qualquer Lei Fundamental. Mas a sua importância varia de harmonia com as concepções políticas e jurídicas dominantes: nas Cons-

(1) Cfr. MONTANÉ DE LA ROQUE, op. cit., págs. 60 e segs.; PAOLO BARILE, Il sogetto privato e Ia Costituzione, cit., págs. 170 e

segs.; ERNST FRIESENHAM, op. cit., págs. 86 e segs.; ALDO M. SANI) ULLI, Il giudizio sulle leggi, cit., págs. 67 e segs.; JORGE MIRANDA, COntributo..., pág. 76; Inconstítucionalidade por omissdo, in Estudos sobre a ConstituiçíZo, i, págs. 333 e segs.; Informdtica e inconstitucionalidade por omissclo, in 0 Direito, 1989, págs. 575 e segs.; F. MODUGNO, L'Invalidità della Legge, cit., i, pág. 147, e La funzione legislativa complementare della Corte Costituzionale, in Giurisprudenza Costituzio-nale, 1981, págs. 1646 e segs., maximo 1649 e segs.; FELICE DELFINO, op. cit., págs. 90 e segs.; MORTATI, Appunti per -uno studio sui rimedi giurisdizionali contro comportamenti ommisivi del legislatore, in Scr'z'tti, Iii, Milão, 1971, págs. 925 e segs.; maxime 952 e segs.; PIERRE VIALLE, La Cour Supréme et Ia représewtation politique aux Etats-Unis, Paris, 1972, págs. 11 e segs.; GomEs CANOTILHO, 0 Problema da responsabilidade do Estado por actos lícitos, Coimbra, 1974, págs. 163 e segs.; Constituição dirigente..., cit., págs. 204 e segs. e 330 e segs.; e Direito Constitucional, cit., págs. 828 e segs.; VEZIO CRISAFULLI, relatório
à 3.a Conferência dos Tribunais Constitucionais Europeus e Instituições Similares, in Documentazione, policopiada, Roma, Corte Costituzionale, 1976, 1, págs. 37 e segs.; HENRY ROUSSILLON, Le probleme du contrôle de Ia constitutionnalité des lois dans les pays socialistes, in Revue du droit public, 1977, págs. 98 e segs.; MARCELO REBELO DE SOUSA, Direito Constitucional, cit., págs. 369-370; JOSÉ Luís MATOSO PACHEco, A inconstitucionalidadé por omissdo, trabalho escolar inédito, Lisboa, 1980; ANA PRATA, A tutela constitucional da autonomia privada, Coimbra, 1982, págs. 61 e segs.; GAETANO SILVESTRE, Op. Cit., IOC. Cit., PágS. 1704 e segs.; GOMES CANOTILHO
e VITAL MOREIRA, Op. Cít., ii, págs. 548 e segs.; ANA CÂNDIDA DA CUNHA
FERRAZ, op. cit., págs. 217 e segs.; Luís AGUIAR DUQUE, El Tribunal Constitucional y Ia funcidiz legistativa; el control de procedimiento legislativo y de Ia inconstitucionalidad por omisión, in Revista de Derecho Político, n.o 24,
Verão de 1987, págs. 25 e segs.; MANOEL GONÇALVES FERREIRA FILHO, Estado de Direito e Constituição, cit., págs. 67 e segs., 89 e segs. e 100 e segs.;

GILMAR FERREIRA MENDES, Op. cit., págs. 54 e segs.; Luís ROBERTO BAR-Roso, 0 Direito Constitucional e a Efetividade das suas Normas, Rio de
janeiro, 1990; JORGE BACELAR GOUVEIA, Inconstitucionalidade por omíss £Yo
- Consultas directas aos cidaddos a nível local, in 0 Direito, 1990, págs. 420
e segs.

tituíções liberais não se reveste de grande interesse, embora não deixe de se manifestar; já nas Constituições de feição programática novecentista tende a avultar.

Por outro lado, as formas e os efeitos da fiscalização da ínconstitucionalidade por omissão distanciam-se dos ajustados à inconstitucionalidade por acção, visto que a inconstitucionalidade por omissão se situa nas fronteiras da liberdade de decretação que é apanágio do poder legislativo e do dever de legislar a que ele está sujei,l~o, em algumas hipóteses. Donde, a dificuldade de introduzir mecanismos jurisdicionais, pelo menos quando haja inconstitucionalidade total, e a relativa ineficácia dos resultados.

Nem por isso, contudo, se antolha legítimo contestar a Priori a natureza de inconstitucionalidade que reveste a violação de normas constitucionaís por omissão legislativa. 0 que pode acontecer é a ordem jurídica não possuir meios ou não dever mesmo possuir meios para reagir (por virtude de outros princípios que prevaleçam sobre o

da erradicação das omissões).

145. A inconstitucionalidade por omissão legislativa em Direito comparado

I-A doutrina e a jurisprudência de diversos países vêm dedicando não pouca atenção ao fenômeno da inconstitucionalidade por omissão ou do incumprimento do dever de legiferação e vêm procurando soluções idóneas para os múltiplos problemas teóricos e práticos que suscita.

Na Alemanha, na Áustria e na Itália, apesar de não haver norma constitucional expressa que institua a fiscalização, os respectivos Tribunais Constitucionais têm conseguido chegar a resultados muito semelhantes, através de técnicas muito apuradas de interpretação e integração (donde, as chamadas sentenças aditivas, criativas ou apelativas): a partir da apreciação da inconstitucionalidade por acção, fazem verdadeira apreciação da inconstitucionalidade não já por aquilo que prescreve, mas sim por aquilo que não prescreve (1) (2). Algo de semelhante começa a verificar-se, mais recentemente, em Espailha (3).

(1) Cfr. ERNST FRIESENHAN, op. cit., págs. 87-88 e 92 e SegS.; MORTATI, Appunti .... cit., loc. cit., págs. 957 e segs.; NICOLA PICARDI, Lo sen-

tenze «integrative» della Corte Costituzionale, in Scritti im onore di Costantino Mortati, obra colectiva, iv, págs. 599 e segs.; LEoPOLDo ELIA, Le sente-nze additive e Ia piá recente giurisprudenza della Corte Costituzionale, in Scritti ín onore de Vezio Crisafulli, págs. 299 e segs.; WOLFGANG ZEIDLF-R, relatório do Tribunal Constitucional alemão, in justiça Constitucional o Espécies, Conteúdo e Efeitos, págs. 55-56 e 62 e segs.

(2) Um exemplo recentíssimo e importantíssimo: a sentença do Tribunal Constitucional federal de 29 de Setembro de 1990 sobre o sistema eleitoral paxa as primeiras eleições da Alemanha unificada. V. PEDRO CRUZ VILLALON, Legislación electoral y circunstancias excepcionales: Ia igualdad de oportunidades de los partidos politicos y Ias primeras elecciones ge-nerales de Ia nueva R.F.A., in Revista Espa-gola de Derecho Constitucional, 1990, págs. 129 e segs.

(3) V. o citado estudo de Luís AGuiAR DuQuF-, El Tribunal Constitucional y Ia función legislativa..., OU IVIARIA ANGELEs AHUMADA Ruiz, El control de Ia constitucionalidad de Ias omisiones legislativas, in Revista del Centro de Estudios Co-nstitucionales, 1991, págs. 169 e segs.

(1) V. JOHN AGRESTO, The Supreme Court and Constitutional Democracy, Itaca e Londres, 1984, págs. 118-119, nota.

(2) Cfr., por todos, JEFFREM REIMAN, The Constitution, Rights and the Conditions of Legitimacy, in Constitutionalism - The Philosophical Dimension, obra colectiva, ed. por ALAN S. ROSENI3AUM, Nova Iorque, 1988, págs. 127 e segs.

Também nos Estados Unidos, os tribunaís têm exercido, e com frequência, o poder de solicitar aos órgãos legislativos que aprovem as leis que consideram necessárias; declarando direitos constitucionais ou fundamentais dos cidadãos, esperam que o Congresso ou as assembleias legislativas dos Estados adoptem, de seguida, as medidas legislativas destinadas a assegurar o seu exercício(). Ou é o próprio Supremo Tribunal que «descobre» um novo direito, ao abrigo do IX Aditamento (numa interpretação criadora, aliás contestada por certa corrente) (2).

Mas a primeira Constituição que terá contemplado ex professo a fiscalização da inconstitucionalidade por omissão terá sido a jugoslava de 1974 (com o seu art. 377.0). E a ela se seguiriam as Constituições portuguesa de 1976 (art. 279.0, depois 283.0) e brasileira de 1988 (arts. 103.0, § 2.0, e 5.0-Lxxi).

11 - Se não está demonstrado que o instituto jugoslavo tenha sido fonte do instituto português, este foi, por certo, a fonte da acção de inconsti-

tucionalidado Por Omissdo brasileira. 0 Brasil criou, porém, ainda uma figura nova, o mandado de injunção.

A «acção de inconstitucionalidade» é proposta por certos órgãos e entidades perante o Supremo Tribunal Federal. Declarada a inconstitucionalidade por omissão de medida legislativa para tomar efectiva norma constitucional, será dada ciência ao Poder competente para a adopção das providências necessárias e, em se tratando de órgão administrativo, para fazê-lo em trinta dias (art. 103.0, n.o 2).

Conceder-se-á mandado de injunção sempre que a falta de norma regulamentadora tome inviável o exercício dos direitos e liberdades constitucionais e das prerrogativas inerentes à nacionalidade, à soberania e à cidadania (art. 5.0-LXXI). Compete ao Supremo Tribunal Federal processar e julgar, originariamente, o mandado de injunção, quando a elaboração de norma regulamentadora for atribuição do Presidente da República, do Congresso Nacional, da Câmara dos Deputados, do Senado Federal, das Mesas de uma dessas Casas Legislativas, do Tribunal de Contas da União, de um dos Tribunais Superiores ou do próprio Supremo Tribunal Federal (art. 102.0, n.o 1, alínea q».

As duas figuras parecem distinguir-se por um diferente sentido e alcance. A acção de inconstitucionalidade por omissão é uma modalidade de fiscalização abstracta, o mandado de injunção uma modalidade de fiscalização concreta. 0 órgão competente para conhecer daquele é o Supremo Tribunal Federal, o órgão competente para conhecer desta pode ser qualquer tribunal. A primeira tutela qualquer norma constitucional, a segunda normas não exequíveis por si mesmas, principalmente normas atinentes a direitos de liberdade. Enfim, na acção de inconstitucionalidade por omissão, o Supremo Tribunal não se substitui ao órgão legislativo, apenas declara a existência de inconstitucionalidade, ao passo que no mandado de inj unção o tribunal pode emitir as medidas necessárias, de efeito individual ou erga omnes consoante os casos(').

(1) Cfr. HERZELEIDE MARIA FERNANDES DE OLIVEIRA, 0 Mandado de Injunçdo, in Revista de Informaçdo Legislativa, n.o 100, Outubro-Dezembro de 1988, págs. 47 e segs.; ADHEMAR FERREIRA MACIEL, Mandado de injunção e inconstitucionalidade por omissdo, ibidem, n.O 101, janeiro-Março de 1989, págs. 115 e segs.; PAULO Lopo SARAIVA, 0 Mandado de I-njunçdo, os Direitos Sociais e a justiça Constitucional, ibidem, n.o 108, Setembro-Dezembro de 1990, págs. 84 e segs.; JOSÉ AFONSO DA SILVA, Mandado de Injunçdo e Habeas Corpus, São Paulo, 1988; a obra colectiva, coordenada por SÁLvio FIGUEIREDO TF-IXEIRA, Mandado de Segurança e de Inju-nção, São Paulo, 1990; Luis ROBERTO BARROSO, Op. Cit«, PágS. 171 e segs.

146. A inconstitucionalidade por omissão legislativa no Direito português

1 -No caso português, deparam-se em todas as Constituições, quer normas programáticas quer preceptivas susceptíveis de serem infringidas por omissões do legislador. Mas só na actual Constituição se concebeu um meio destinado ex Professo a garanti-las.

Assim, na Constituição de 1822, lia-se no art. 28.0: «A

Constituição, uma vez feita pelas presentes Cortes extraordinárias e constituintes, somente poderá ser refonnada ou alterada depois de haverem passado quatro anos, contados desde a sua publicação; e quanto aos artigos, cuja execução depende de leis regulamentares, contados desde a publicação dessas leis ... ». Quer isto dizer que se previa a dependência de certos preceitos constitucionais de normas legislativas que os executassem e que, na falta destas, se estabelecia uma consequência ou sanção-a imutabilidade desses preceitos.

Lembrem-se também as normas dos arts. 237.o e 238.o e do art. 240.0, ao contemplarem, respectivamente, o direito à educação e o direito à assistência, embrionários direitos sociais.

Na Carta Constitucional, além das normas relativas à dnstrução primária e gratuita a todos os cidadãos» (§ 30.(> do art. 145.0), aos *Colégios e Universidades» (§ 32.0) e aos «Socorros Públicos» (§ 29.0), eram passíveis de violação por omissão as que mandavam organizar «quanto antes, um Código Civil e Criminal, fundado nas sólidas bases da justiça e Equidade» (§ 17.0) ou assegurar «um Privilégio exclusivo temporário» aos inventores (§ 24.0).

0 mesmo poderia dizer-se da Constituição de 1838, quando, por exemplo, o § 1.1> do art. 13.o prescrevia que a lei determinaria o modo de fazer efectiva a responsabilidade pelos abusos cometidos no exercício da liberdade de imprensa ou quando o § 1.(> do art. 123.o previa a existência de jurados «nos casos e pelo modo que a lei determinar».

E também da Constituição de 1911, a respeito da regulamentação por lei especial do habeas corpus (n.O 31 do art. 3.0) ou a respeito da incumbência ao primeiro Congresso da República de elaborar a lei sobre os crimes de responsabilidade, o Código Administrativo, as leis orgânicas das províncias ultramarinas, a lei da organização judiciária, a lei sobre a acumulação de empregos públicos, a lei sobre incompatibilidades políticas e a lei eleitoral (art. 85.0).

Nas normas da Constituição de 1933, por um lado, devolvia-se para o legislador (na prática, mais o Governo do que a Assembleia Nacional) a disciplina das liberdades públicas (§ 2.o do art. 8.0), numa tendência que a doutrina (embora, raramente, os tribunais) contrariaria de transformar as normas sobre direitos, liberdades e garantias em normas programáticas (1),

(1) Cfr. JORGE MIRANDA, Contributo..., cit., págs. 173-174, nota; e Inviolabilidade do domicílio, cit., Zoe. cit., págs. 401 e segs. e 416 e segs., e autores citados.

e, por outro lado, o Estado tomava uma posição francamente intervencionista na vida social e económica (v., entre outros, os arts. 14.0, 30.o e segs. e 43.0).

Enfim, na Lei Fundamental de 1976 multiplicam-se os apelos ao legislador ordinário, de vários tipos. A adaptação das leis atinentes ao exercício dos direitos, liberdades e garantias deveria estar concluída até ao termo da primeira sessão legislativa (art. 293.0, n.o 3, inicial, atrás estudado); da lei depende o modo de participação das organizações de trabalhadores na elaboração da legislação de trabalho (hoje arts. 55.0, alínea d), e 57.0, n.o 2, alínea a», assim como a criação de um sistema de segurança social (art. 63.0, n.o 2) e de um serviço nacional de saúde (art. 64.0, n.O 2); de lei dependem ainda a delimitação negativa do sector privado (art. 87.o, n.o 3), o enquadramento de medidas de política agrária (arts. 97.c> e segs.), a criação de regiões administrativas (art. 256.0), etc. As duas revisões constitucionais de 1982 e 1989 não arrepiaram caminho aí, bem ao contrário.

Se todas as nossas Constituições têm conferido às assembleias políticas competência para vigiar pelo cumprimento da Constituição, a Carta acrescentava que, no início das suas sessões, as Cortes examinariam se a Constituição teria sido exactamente observada «para

prover como for justos (art. 139.0) (1). Ora, no objecto desta função de garantia da Constituição cabiam não apenas as infracções positivas mas também a não efectivação de normas como as que acabámos de indicar.

Não deixa de ser clucidativo aproximar desta competência parlamentar a competência atribuída ao Conselho da Revolução, em 1976, como «gaxante do cumprimento da Constituição» (arts. 142.o e 146.0), de «velar pela emissão das medidas legislativas necessárias para tomar exequíveis as normas constitucionais», podendo, para o efeito - e nisto residia o elemento inédito, desconhecido de qualquer Constituição anterior - «recomendar aos órgãos legislativos competentes que as emitam em tempo razoável» (art. 279.0, em seguimento do art. 146.0, alínea b».

II - Uma autónoma fiscalização da inconstitucionalidade por omissão surgiria, entre nós, aquando das negociações com vista à 2.a Plataforma de Acordo Constitucional. A confirmação nos tribunais do seu poder genérico de apreciação da inconstitucionalidade (art. 207.0) viria a ser acompanhada da organização deste novo instituto.

Na primeira contraproposta apresentada pelo Conselho da Revolução previa-se (3.6): «No caso de o Conselho da Revolução verificar que a Constituição não está a ser cumprida por omissão das medidas legislativas necessárias para tornar exequíveis as normas constitucionais, poderá recomendar aos órgãos legislativos competentes que as adoptem em tempo razoável. - Quando considerar que as suas recomendações não foram cumpridas, poderá o Conselho da Revolução requerer ao Presidente da República

(1)Fonte: art. 137.() da Constituição brasileira de 1824.

que fixe prazos para que as medidas recomendadas sejam emitidas. - Se os órgãos legislativos continuarem a não adoptar as medidas recomendadas, e decorridos que sejam os prazos fixados pelo Presidente da República, poderá o Conselho da Revolução substituir-se àqueles e emitir ele próprio as medidas» (1).

A segunda paxte da cláusula não obteve o acordo dos partidos, por representar uma verdadeira faculdade de avocação legislativa pelo Conselho. Somente assentaram no que viria a ser o art. 279.0, porque, como se disse na Assembleia Constituinte, esta disposição «compromete o Conselho da Revolução na execução da Constituição, mas não concentra nas suas mãos uma soma de poder que poderia ser eventualmente contrária às exigências do sistema democrático» (2).

Contudo, a fiscalização da inconstitucionalidade por omissão foi elevada a limite material da revisão constitucional (art. 290.0, alínea m), hoje 288.0, alínea 1), 2.a parte).

III - Na primeira revisão constitucional, chegou a defender-se, conforme já demos conta, a supressão do instituto. Ele permaneceria, porém (assim como após 1989), apenas com algumas diferenças (3).

São quatro essas diferenças:

1) No texto de 1976, a fiscalização competia ao Conselho da Revolução oficiosamente, como gaxante do cumprimento da Constituição (citados arts. 146.0, alínea b), e 279.0); no texto de 1982, carece de uma iniciativa de certos órgãos (art. 283.0, n.o 1).

2) No texto de 1976, o Conselho da Revolução decidia precedendo parecer da Comissão Constitucional (art. 284.0, alínea b)); no texto de 1982, o Tribunal Constitucional aprecia só por si.

3) No texto de 1976, verificada a existência da inconstitucionalidade por omissão, vinha a ser dirigida uma recomendação aos órgãos legislativos competentes (art. 279.0); no texto de 1982, o Tribunal Constitucional limita-se a dar disso conhecimento ao órgão legislativo competente (art. 283.0, n. 0 2) (4).

4) No texto de 1976 o Conselho da Revolução não era obrigado a formular a recomendação (podia formulá-la); e como somente através dela era verificada a inconstitucionalidade por oraissâo, podia esta, assim,

(1) V. Fontes e Trabalhos Preparatórios da Constituição, ii, pág. 1213.

(2) Deputado Barbosa de Melo, in Diário, n.o 116, pág. 3830. Cfr., todavia, em sentido algo diverso a intervenção do Deputado Vital Moreira (ibidem).

(8) Confirmando-se também aqui a doutrina que defendemos sobre limites materiais da revisão constitucional.

(4) É também isso que dispõe o art. 377.0 da Constituição jugoslava.

apesar do processo, não vir a ser declarada; no texto de 1982, verificada a existência da inconstitucionalidade, o Tribunal Constitucional tem de dar conhecimento do omissão ao órgão legislativo -além de que a sua decisão é publicada no Diário da República (citado art. 122.0, n.o 1, alínea g)).

Estas diferenças prendem-se, obviamente, não tanto a modificações na natureza da fiscalização quanto a diferenças de natureza dos órgãos dela encarregados; resultam da passagem de uma fiscalização politica a uma fiscalização essencialmente jurisdicional.

147. Sentido da fiscalização da inconstitucionalidade por omissão

I - A fiscalizaçao nao possui carácter preventivo, nem substitutivo. Não tem carácter preventivo, mas sim natureza de fiscalização a Posteriori, porque o Tribunal Constitucional (como, anteriormente, o Conselho da Revolução) não interfere na formação de quaisquer actos e só pode agir em consequência duma omissão juridicamente relevante a cujo reconhecimento tem de proceder. Não tem carácter substitutivo, porque não pode o Tribunal adoptar as medidas que repute necessárias, ainda quando o órgão legislativo, ao qual tenha sido comunicada a verificação, não supra a omissão.

Poderia indagar-se sobre se o instituto se traduz exactamente numa fiscalização de inconstitucionalidade e se não deveria, antes, ser considerado uma medida de defesa da Constituição (em sentido amplo), afim de outras medidas. 0 interesse prático desta diferente qualificação não ressalta claro e, para lá disso, ela não é corroborada pela localização sistemática e pela importância da omissão legislativa na dinâmica do sistema.

Nem a virtual inefectividade da decisão de fiscalização - a verificação tão-pouco cria qualquer obrigação jurídica para o órgão legislativo, apenas declara uma obrigação preexistente -afecta o sentido jurídico do instituto.

II-Seria, no entanto, erróneo assimilar a verificação da existência da inconstitucionalidade por omissão à declaração de inconstitucionalidade (por acção). Uma coisa é declarar inválida ou ineficaz uma norma com os efeitos que isso produz; outra coisa declarar que falta uma norma que não deveria faltar.

A verificação da existência de inconstitucionalidade por

omissão não altera a ordem jurídica, circunscreve-se a factor - a juntar, provavelmente, a outros -susceptível de levai os órgãos legislativos a transformar o seu comportamento de negativo em positivo.

E é assim, por uma necessidade de equilíbrio entre o princípio da garantia da Constituição, encarnado no Tribunal Constitucional, e o princípio democrático, encarnado nos órgãos legislativos; é assim,

mais uma vez, por decorrência do Estado de Direito democrático.

148. Os pressupostos da inconstitucionalidade por omissão legislativa

I -Da letra, do espírito e do contexto do art. 283.0 (neste ponto idêntico ao primitivo art. 279.0) decorrem os pressupostos ou requisitos de funcionamento do instituto, os quais correspondem a outros tantos momentos de indagação do órgão de fiscalização (1). São eles:

a) Que o não cumprimento da Constituição derive da violação de certa e determinada norma;

b) Que sé trate de norma constitucional não exequível por si mesma;

c) Qile, nas circunstâncias concretas da pratica legislativa, faltem as medidas legislativas necessárias para tornar exequível aquela norma.

II -Antes de mais, somente é de ter por relevante o não cumprimento da Constituição que se manifesta através do não cumprimento de uma das suas normas, devidamente individualizada. Não é escopo do art. 283.o a apreciação dos resultados globais de aplicação da Constituição, mas a apreciação de uma situação de violação necessariamente demarcada a partir de um preceito a que o legislador ordinário não confere a exequibilidade.

A inconstitucionalidade por omissão - tal como a inconstítucionalidade por acção - não se afere em face do sistema constitucional em bloco. É aferida em face de uma norma cuja não

e segs.

(1) Cfr. GOMES CANOTILHO, Constituiçjo dirigente..., cit., págs. 351

exequibílídade frustra o cumprimento da Constituição. A víolação especifica-se olhando a uma disposição violada, e não ao conjunto de disposições e princípios. Se assim não fosse, o juízo de inconstitucionalidade seria indefinido, fluido e dominado por considerações extrajurídicas e o órgão de garantia poderia ficar remetido ao arbítrio ou à paralisia.

Trata-se de uma regra comum à fiscalização recortada no art. 283.o e à recortada no art. 280.o A única diferença entre a inconstitucionalidade por acção e a inconstitucionalidade por omissão é aqui esta, embora importantíssima: enquanto que a primeira tanto consiste na infracção de uma disposição como de um princípio, a inconstitucionalidade por omissão consiste na infracção de um preceito, de uma disposição-norma, e não mais. Para lá da letra do art. 283.0, é uma necessidade de deternúnaçao e, portanto, de segurança e certeza, que a justifica (1).

III - Conhecem-se a caracterização da norma não exequível por si mesma, a sua análise em comandos primário e secundário e a possibilidade de violação tanto por acção como por omissão do legislador (2).

Por seu turno, variará extiaordínariamente a norma orientada para conferir exequibilidade-a «medida legislativa necessária» a que se refere o art. 283.o Mas o adjectivo inculca no sentido de uma ideia de proporcionalidade e terá de ser sempre um acto legislativo ou lei em sentido formal-leí, decreto-lei ou decreto legislativo regional-pela própria natureza das coisas.

Não pode ser outra norma constitucional, a formular em ulterior revisao, porque a Constituição mesmo quando propõe grandes objectivos e metas de transformação, deve ser interpretada tal como existe, deve ser interpretada como texto jurídico que é e não como provavelmente virá a ser. Não pode ser norma constante de tratado, porque, embora bomóloga de norma constante

(1) Diferentemente, GomEs CANOTILHO e VITAL MOREIRA, Op. Cit., II, pág. 550.

(2) Cfr. supra.

de lei, a sua produção não depende da vontade unilateral do Estado Português. Não pode ser norma regimental (pelo menos enquanto a norma constitucional não exequível atribua um direito), porque não pode ela dar garantia ou efectividade fora do âmbito da respectiva assembleia ou das relações com outros órgãos. Não pode ser norma regulamentar, porque os regulamentos se reportam à «boa execução das leis» (arts. 115.0, n.o 7, e 202.0, alínea c», individual ou globalmente consideradas (regulamentos autónomos), e não à execução da Constituição.

A lei será quase sempre uma lei expressamente feita após a entrada em vigor da Constituição (ou da lei de revisão). No entanto, o conferir de exequibilidade poderá ser obtido por adaptação e até por aproveitamento de leis anteriores, contanto que estas, como quaisquer outras, sejam repensadas à luz da constelação de valores ínsitos nas normas constitucionais (e, nesta ocorrência, não haverá inconstitucionalidade por omissão).

Seja como for, conforme diz o Tribunal Constitucional, a intervenção do legislador não se reconduz aqui ao x(dever)) que impende sobre o órgão ou órgãos de soberania para tanto competentes de acudir às necessidades xxgerais)) de legislação que se façam sentir na comunidade jurídica (isto é, não se reconduz ao x(dever geral)) de legislar), mas é antes algo que deriva de uma específica e concreta incumbência ou encargo constitucional (Verfassungsauf trag). Por outro lado, trata-se de uma incumbência ou (dmposição)) não só claramente definida quanto ao seu sentido e alcance, sem deixar ao legislador qualquer margem de liberdade quanto à sua própria decisão de intervir (isto é quanto ao an da legislação) - em tais termos que se pode bem falar, na hipótese, de uma verdadeira ((ordem de legislar)) -, como o seu cumprimento fica satisfeito logo que por uma vez emitidas (assim pode dizer-se) as correspondentes normas (1).

IV-Por omissão entende-se a falta de medidas legislativas necessárias, falta esta que pode ser total ou parcial (2). A violação da Constituição, na verdade, provém umas vezes da completa

(1) Acórdão n.o 276/89, de 28 de Fevereiro, in Didrio da República, 2.a série, n.() 133, de 12 de junho de 1989.

(2) Sobre omissões e lacunas, cfr. supra; e sobre omissões absolutas e relativas, WESSEL citado por MORTATI, op. cit., loc. cit., págs. 927 e segs.; GomEs CANOTILHO, Constituição dirigente..., cit., págs. 335 e segs.

inércia do legislador e outras vezes da sua deficiente actividade, competindo ao órgão de fiscalizaçao pronunciar-se sobre a adequação da norma legal à norma constitucional(').

Pode não ser indiferente, para o efeito, que se trate de omissão institucio" (relativa a uma instituição ou a um órgão criado pela Constituição) ou uma omissão não institucional (relativa a um direito fundamental ou a uma incumbência do Estado na vida economica e social).

0 juízo da inconstitucionalidade por omissão traduz-se num juízo sobre o tempo em que deveria ser produzida a lei: nenhuma omissão pode ser descrita em abstracto, mas somente em concreto, balizada entre determinados factos, estes de sinal positivo. A

ausência ou a insuficiência da norma legal não pode ser separada de determinado tempo histórico, assinalado pela necessidade de produção legislativa e cuja duração, maior ou menor, ou será pré-fixada - muito raramente - pela própria Constituição (2) OU dependente da natureza das coisas (ou seja, da natureza da norma constitucional não exequível por si mesma confrontada com as situações da vida, inclusive a situação que, à sua margem, esteja, por acção, o legislador ordinário a criar).

Assim, o órgão de fiscalização, sem se -;ubstituir ao órgão legislativo ' tem de medir e interpretar o tempo decorrido, esse tempo que fora dado ao órgão legislativo (competente) para emitir a lei (3); e terá de concluir pela omissão, sempre que, tudo ponderado, reconhecer que o legislador não só podia como devia ter emitido a norma legal, diante de determinadas circunstâncias ou situaçoes em que se colocou ou foi colocado. Pois o significado último da inconstitucionalidade por omissão consiste no afastamento, por omissão, por parte do legislador ordinário, dos critérios e valores da norma constitucional não exequível; e esse afastamento só

(1) Tomando-se adequação aqui no sentido de suficiência e não no sentido de satisfação perante qualquer juizo de mérito (que ao órgão de fiscalização é vedado emitir).

(2) Em disposições transitórias, o mais das vezes.

(3) Mas que não se confunde com o ((tempo razoável* da 2.a parte do anterior art. 279.o (o tempo para fazer a lei após a recomendação do Conselho da Revolução).

pode ser reconhecido no tempo concreto em que um e outro se movam.

V - No limite, dir-se-ia que a inconstitucionalidade por onússão se reconduz a uma inconstitucionalidade por acção numa acepção latíssima-por reverter na persistência de regras legislativas e de comportamentos em contradição com o sentido objectivo da norma constitucional ou da Constituição.

Por outro lado, algumas omissões parciais implicam, desde logo, inconstitucionalidade por acção, por violação do princípio da igualdade, sempre que acarretem um tratamento mais favorável ou desfavorável prestado a certas pessoas ou a certas categorias de pessoas, e não a todas as que, estando em situação idêntica ou semelhante, deveriam também ser contempladas do mesmo modo pela lei. É então que, reagindo contra o arbítrio, mais se propicia a intervenção dos tribunais a declararem inconstitucionais as normas legais que contenham essas omissões ou, eventualmente, a estenderem ou a reduzirem o seu âmbito.

E também, como já vimos, a revogação da lei que dê exequibilidade a certa norma constitucional, sem ser acompanhada de emissão de nova lei, determina inconstitucionalidade material do acto revogatório.

VI - Para além disso, contudo, em vários casos em concreto ocorre uma estreita interpenetração da inconstitucionalidade por acção e da inconstitucionalidade por omissão, em consequência da forma como se acha organizado e se dinamiza o sistema jurídico.

Nestas hipóteses, não pouco delicado se revela delimitar o juízo sobre a inconstitucionalidade de certos preceitos e a verificação de uma inconstitucionalidade por omissão: o juízo que conclui pela conforn-údade de dada norma com a Constituição pode depender da verificação da vigência de certas outras regras no ordenamento nacional (1).

Uma apreciação da inconstitucionalidade pode, pois, chegar

(1) Parecer n.o 9178, de 14 de Março, da Comissão Constitucional, in Pareceres .... v, pág. 29.

quer a um, quer a outro tipo de inconstitucionalidade, conforme se tem verificado também em Portugal, com consequências de vulto (1). Mas isto não autoriza o Tribunal Constitucional, quando chamado a decidir no âmbito do art. 281.0, a convolar o seu uizo numa verificação nos termos do art. 283.o A distinção dos dois institutos entre nós exige uma diferenciação de iniciativas e de processos (2).

VII - Haverá omissão relevante, quando, não existindo ainda norma legislativa, esteja desencadeado o processo legislativo a ela dirigido, objectivamente cognoscível (3), como sucede quando tenha sido apresentado um projecto ou uma proposta de lei à Assembleia da República ou a qualquer das assembleias legislativas regionais? E haverá omissão quando, estando aprovado já pelo órgão legislativo o projecto ou a proposta, a correspondente lei ainda não tenha sido publicada?

Quando ainda nem está aprovado o projecto ou a proposta, continua a dar-se inconstitucionalidade por omissão. Esta deve apurar-se independentemente de qualquer iter conducente ao seu suprimento, porquanto só conferem exequibilidade a normas constitucionais medidas legislativas actuais e não futuras ou potenciais. A observação da prática parlamentar - com dezenas e dezenas de iniciativas legislativas, sem qualquer seguimento - leva outrossim a esta conclusão ~).

Ao invés, se o processo já está concluído no órgão legislativo competente e se dele já não depende a edição da norma, não se justifica mais qualquer juízo de inconstitucionalidade sobre o seu comportamento.

(1) V. o acórdão n.o 423187, de 27 de Outubro (por nós anotado em 0 ensino de religião e moral nas escolas públicas, in 0 Direito, 1988, págs. 475 e segs.). A partir desta decisão do Tribunal Constitucional, foram adoptadas medidas legislativas e administrativas conducentes não só a garantir a livre escolha entre receber ou não receber ensino de religião católica mas também a assegurax ensino de outras religiões nas escolas públicas.

(2) Tal é a tese que temos defendido. No parecer n.o 9/78, a Comissão Constitucional entendeu diversamente (com o nosso voto de vencido, in Pareceres..., v, págs. 36 e segs.) e o Conselho da Revolução formulou, de seguida, uma recomendação, através da resolução n.o 56/78, de 18 de Abril; mas já no parecer n.o 35/79, de 13 de Novembro (ibidem, x, págs. 139-140), a Comissao aproximou-se da orientação por nós preconizada.

(3) Não a mera declaração de intenções legislativas, se bem que integrada em programa do Governo.

C) Alteramos, por conseguinte, o que escrevemos na 2.a edição deste tomo (pág. 409) e aderimos à opinião expendida por JORGE BACELAR GouvziA, Inconstitucionalidado Por omissão, cit., loc. cit.

VIII - A inconstitucionalidade por omissão não surge apenas por carência de medidas legislativas, surge também por deficiência delas. Mas isto não significa que, perante um projecto ou uma proposta de lei com vista ao cumprimento de determinada norma constitucional, tenha de se proceder à sua análise para discernir se o sentido dos seus preceitos se enquadra ou não no sentido da Constituição. De jeito algum cabe ao órgão de fiscalização da inconstitucionalidade por omissão debruçar-se, a esse título, sobre o conteúdo de qualquer acto de iniciativa legislativa.

Até a deliberação da Assembleia da República não haverá norma que possa ser ou não susceptível de exame no confronto da Constituição; e enquanto isso se não verificar também o efeito da eventual apreciação que o Tribunal Constitucional realizasse não seria outro senão uma diminuição da capacidade legiferante da Assembleia.

Muito menos teria qualquer fundamento averiguar da conformidade de normas de um projecto com as normas da Constituição, porque tal indagação acabaria por redundar em fiscalização preventiva da inconstitucionalidade por acção, a qual só se torna possivel na fase da promulgação (art. 278.0) e porque, de todo o modo, nunca um processo nos termos do art. 283.o poderia redundar em processo diferente().

149. Situações não abrangidas pelo art. 283.0

I - Uma correcta leitura do art. 283.o implica afastamento do seu âmbito de certas omissões normativas:

a) A omissão de leis internas para dar execução a tratados internacionais ou para proceder à transposição de directivas das Comunidades Europeias;

b) A omissão das leis das grandes opções do plano a médio prazo ou anual (arts. 92.o e segs.);

c) A omissão da lei do orçamento (arts. 108.o e 109.0);

d) A omissão de aprovação de convenção internacional ou de acto legislativo sobre questões objecto de referendo com resposta afirmativa (art. 118.0);

e) A omissão de decreto4ei de desenvolvimento de lei de bens (art. 201.0, n.O 1, alínea c), e n.o 3) (2);

f) A omissão de regulamento de execução de actos legislativos (repetimos).

(1) É o contraponto lógico do que há pouco dissemos.

(2) Diferentemente, GomEs CANOTILHO e VITAL MOREIRA, OP. cit., ii, pág. 550.

Em nenhuma destas hipóteses está em causa norma constitucional não exequível por si mesma e, em algumas (as das alíneas a), e) e f», ainda se estaria diante de uma pretensa inconstitucionalidade indirecta (1).

II- Relativamente à primeira hipótese, poderá o Estado incorrer em responsabilidade internacional.

Quanto às outras, funcionarão os mecanismos de responsabilidade política e, no tocante ainda à lei orçamental, os meios supletivos previstos na lei de enquadramento.

150. Iniciativa e processo de fi~zação da inconstitucionalidade por omissão

I - 0 poder de iniciativa da apreciação da existência da inconstitucionalidade por omissão cabe ao Presidente da República, ao Provedor de justiça e, com fundamento em violação dos direitos das regiões autónomas, aos presidentes das assembleias legislativas regionais (art. 283.o, n.o 1).

Só aqui - por causa do princípio do pedido - ocorre simetria ou paralelismo com a apreciação da inconstitucionalidade por acção (2).

II -A Lei n.o 28/82 remete para o regime da fiscalização abstracta sucessiva da inconstitucionalidade por acção (art. 67.0).

De registar a necessidade de audição do órgão, não já do órgão autor da norma, mas do órgão que deveria ser autor da norma (em falta) - o órgão que o Tribunal Constitucional considera competente para emanar a medida legislativa que dê exequibilidade à norma constitucional.

(1) Tão-pouco havia omissão relevante para efeito do art. 283. (, quanto ao estatuto definitivo da Madeira antes da Lei n.o 13/91, de 5 de junho, até porque a Constituição contemplava a subsistência do estatuto provisório (art. 297.0).

(2) Sobre os órgãos com poder de iniciativa, v. Didrio da Assembleia da República, ii legislatura, 2.a sessão legislativa, 2.a série, supl. ao n.o 69, pág. 1288(10), e supl. ao n.o 93, pág. 1762 (19).

151. A prática da fiscalização

I - Tem sido muito exíguo (por circunstancialismos derivados da situação político-constitucional do país e por menor sensibilidade ao instituto dos órgãos de iniciativa) o número de vezes em que foi exercida a fiscalização da inconstitucionalidade por omissão em Portugal.

II - Do primeiro período constitucional (de 1976 a 1982), refiram-se os seguintes pareceres da Comissão Constitucional:

- Parecer n.o 4177, de 8 de Fevereiro (sobre direitos de participação das organizações de trabalhadores)(');
- Parecer n.o 8/77, de 3 de Maxço (sobre participação na reforma agrária) (2);
- Paxecer n.o 11177, de 14 de Abril (sobre organizações de ideologia fascista) (3);

- Parecer n.o 9178, de 14 de Março (sobre trabalhadores de serviço doméstico) (4);
- Parecer n.o 35179, de 13 de Novembro de 1979 (sobre acesso à Universidade) (5);

- Parecer n.o 1181, de 12 de Maio (sobre acesso ao ensino dos trabalhadores e dos filhos dos trabalhadores) (6).

Só em dois casos (quanto a organizações de ideologia fascista e quanto aos direitos dos trabalhadores do serviço doméstico) concluiu a Comissão pela ocorrência da inconstitucionalidade por omissão e só nesses dois casos formulou o Conselho da Revolução a correspondente recomendação.

III - No segundo período constitucional ainda têm sido mais escassas as intervenções do Tribunal Constitucional:

- Acórdão n.o 182189, de 1 de Fevereiro (sobre direitos dos cidadãos perante a utilização da informática) (7);
- Acórdão n.o 276189, de 28 de Fevereiro (sobre crimes de responsabilidade dos titulares de cargos políticos) (8);

(1) Pareceres, i, págs. 77 e segs.
(2) Ibidem, i, págs. 145 e segs.
(8) Ibidem, ii, págs. 3 e segs.
(4) Ibidem, v, págs. 21 e segs. Ibidem, x, págs. 135 e segs. Ibidem, xv, págs. 71 e segs.
(7) Didrio da República, 1.a série, n.o 51, de 2 de Março de 1989.
(8) Ibidem, 2.a série, n.o 133, de 12 de junho de 1989.

- Acórdão n.o 36190, de 14 de Fevereiro (sobre referendos ou consultas directas aos cidadãos a nível local)(').

Nos três casos a iniciativa proveio do Provedor de justiça e somente no primeiro o Tribunal considerou que se verificava inconstitucionalidade.

§ 6.o

A fiscalização da constitucionalidade relativamente a Macau

152. 0 problema da fiscalização

I - A Constituição, ao regulax a fiscalização da constitucionalidade e da legalidade, não prevê ex Professo a sua extensão a Macau, nem de tal se ocupa no art. 292.o Por outro lado, a fiscalização preventiva organizada nos axts. 278.o e 279.o é de diplomas provindos de órgãos de soberania e das regiões autónomas, assim como alguns dos aspectos do regime de fiscalização sucessiva abstracta (em especial, as referências a estatutos regionais, leis de valor reforçado e leis gerais da República) são pensados apenas para o território da República.

Daqui não procede, no entanto, que a Constituição vede ou afaste * fiscalização relativamente a Macau. Bem pelo con~o: não Só porque * princípio da constitucionalidade é um dos princípios estruturantes da ordem jurídica portuguesa (no qual se insere a ordem jurídica do Território) mas também porque, pelo menos, a fiscalização judicial difusa é dele um corolário bem sedimentado.

Assim, ainda que o estatuto do Território nada dissesse, deveria entender-se que os tribunais de Macau (e os tribunais com sede em Portugal que decidissem recursos de decisões por eles tomadas ou recursos de decisões proferidas por órgãos administrativos) sempre teriam o poder de apreciar a constitucionalidade - à face da Constituição e do estatuto das normas aplicáveis e o poder de as não aplicar quando inconstitucionais.

A dificuldade reside, sim, no modo como articulax esta fiscalização judicial difusa e a competência do Tribunal Constitucional (2), se e quando chamado a apreciar normas emanadas dos órgãos de governo próprio do território.

II - Nada disto tem que ver com a competência do Tribunal Constitucional relativamente a quaisquer normas editadas pelos órgãos de soberania

(1) Ibidem, 2.a série, n.o 152, de 4 de julho de 1990.

(2) Apesar de a Lei n.o 28182, desde o início, lhe cometer jurisdição no âmbito de toda a ordem jurídica portuguesa (art. 1.0). Cfr. BARBOSA DE MELO e CARDOSO DA COSTA, Projecto de lei .... cit., pág. 17; e intervenção do Ministro L~RCELO RE13ELO DE SOUSA na comissão eventual para o Tribunal Constitucional, in Didrio da Assembleia da República, reunião de 14 de Outubro de 1982.

da República, incluindo as que sejam, porventura, comuns aos dois espaços jurídicos e as que (a começar pelas próprias normas estatutárias e pelas de organização judiciária previstas no art. 292.0, n.o 5, da Constituição) se destinem apenas a Macau.

Obviamente, as decisões do Tribunal Constitucional sobre acções ou omissões que se projectem em toda a ordem jurídica portuguesa não podem deixar de se estender ipso facto ao Território, embora seja de admitir -tendo em conta os seus condicionalismos próprios - que, por exemplo, o Tribunal fixe os efeitos da inconstitucionalidade em termos diferentes daqueles que fixa para Portugal.

De igual sorte, não podia ser questionada a competência do Tribunal Constitucional paxa conhecer de recursos de decisões de tribunais sediados na República respeitantes a normas aprovadas em Macau (1).

153. Evolução desde 1976

I -Na versão do estatuto que vigorou entre 1976 e 1990, contemplava-se a fiscalização da constitucionalidade, mas em moldes deficientes - porque pouco claxos e incompletos.

No art. 31.0, n.o 1, alínea c), atribuía-se à Assembleia Legislativa competência para vigiar pelo cumprimento das normas constitucionais e das leis, promovendo a apreciação pelo tribunal competente da inconstitucionalidade de quaisquer normas provenientes dos órgãos do Território.

No art. 40.(~, n.o 3, estipulava-se que, se a discordância entre o Governador e a Assembleia Legislativa sobre diploma por esta aprovado se fundasse em ofensa de regras constitucionais ou de normas dimanadas dos órgãos de soberania que o Território não pudesse contrariar e se o diploma fosse confirmado por dois terços dos Deputados em efectividade de funções, seria ele enviado ao tribunal competente para conhecer da inconstitucionalidade de diplomas dimanados dos órgãos legislativos do Território, devendo a Assembleia e o Governador conformar-se com a decisão. 0 axt. 14.0, n.o 3, sobre ratificação de decretos-leis, remetia para este regime.

No art. 4 1.o dava-se aos tribunais -naturalmente, nos feitos submetidos a julgamento - o poder de não aplicar as normas dimanadas dos órgãos do Território que não versassem matéria de exclusiva competência destes contrárias a normas dimanadas dos órgãos de soberania da República e o poder de declarar a sua inconstitucionaiidade material.

Era um esquema pouco claro, porquanto as modalidades de fiscalização não se encontravam bem recortadas, as fórmulas estavam mal redigidas e não se estabelecia qual era o tribunal competente quer para a apreciação preventiva (do art. 40.0, n.o 3), quer para a apreciação sucessiva

(1) V. acórdão n.o 332/90, de 3 de Dezembro, in Didrio da República, 2.a série, n.o 65, de 19 de Março de 1991.

(que parecia ser a esboçada no art. 31.0, n.O 1). E, se em 17 de Fevereiro de 1976 (antes ainda da aprovação da Constituição), quando o estatuto foi publicado, se compreendia a prudência do legislador, já depois deveria ter-se por menos razoável não se ter precisado este ponto (nomeadamente a seguir à criação do Tribunal Constitucional) (1).

Era um esquema incompleto, por isso mesmo e, sobretudo, porque aos tribunais em fiscalização concreta não era dado conhecer a inconstitucionalidade orgânica e formal (por certo, por influência serôdia do regime do art. 123.o da Constituição de 1933). Todavia, eram de admitir recursos de decisões dos tribunais de Macau para o Tribunal Constitucional (2) (3).

II - A revisão do estatuto operada pela Lei n.o 13190, de 10 de Maio, trouxe as seguintes modificações ou inovações:

a) Atribuiu expressamente ao Tribunal Constitucional a fiscalizaçao preventiva e a fiscalização sucessiva abstracta (novos arts. 40.0, n.o 3, e 11.0, n.o 1, alínea e), e 30.0, n.o 1, alínea a), 2.a paxte);

b) Conferiu ao Governador também o poder de desencadear a fiscalização sucessiva abstracta, estabelecendo, porém, uma relação de reciprocidade com o poder da Assembleia Legislativa - o Governador só pode pedir a apreciação de normas dimanadas da Assembleia (art. 11.0, n.o 1, alínea e», e a Assembleia só pode pedir a apreciação de normas dimanadas do Governador (art. 30.0, n.o 1, alínea a), 2.8 parte);

c) Deixou de restringir à inconstitucionalidade material o poder de fiscalização concreta dos tribunais;

(1) 0 único elemento positivo era - entre 1976 e 1982 - ficar excluída a intervenção do Conselho da Revolução, e, portanto, tratar-se de sistema exclusivamente jurisdicional de controlo da constitucionalidade.

(2) Sobre a fiscalização da constitucionalidade em Macau antes de 1990, v. AFoNso QUEIR6, Liçjes .... cit., págs. 385-386; JORGE MIRANDA, Manual..., ii, 2.a ed., págs. 364-365 e 383; GomEs CANOTILHO C VITAL MOREIRA, op. cit., ii, págs. 478 e 579.

Relativamente ao ((tribunal competente* a que se reportavam os arts. 31.0, n.o 1, alínea c), e 40.0, n.o 3, havia alguma divergência

entre o nosso entendimento e o de GomEs CANOTILHO C VITAL MOREIRA. Para nós, só o estatuto de Macau (feito com participação da Assembleia Legislativa) poderia designá-lo; não poderia ser a lei orgânica do Tribunal Constitucional (pág. 365). já aqueles dois Autores, embora afirmando que a fiscalização da constitucionalidade das normas de Macau teria de se realizar nos termos do próprio estatuto (pág. 478), perguntavam se o silêncio deste não poderia ser integrado com recurso à Constituição, considerando competente o Tribunal Constitucional (pág. 579).

(3) V. os atrás citados acórdãos n.o 284/89, deg de Março, e n.0245190, de 4 de julho.

d) Alargou a fiscalização sucessiva abstracta também à conformidade com normas dimanadas dos órgãos de soberania que os órgãos do Território não possam contrariar (mesmos arts. 11.0, n.o 1, alínea e), e 30.0, n.o 1, alínea a), 2.a parte).

Clarificando e reforçando as formas de fiscalização, a Lei n.(> 13/90 traduziu-se, pois, num sensível avanço na construção de um Estado de Direito em Macau (o que não significa que não pudesse ter-se ido um pouco mais longe do que se foi).

III - Muito recentemente, a Lei n.o 112191, de 29 de Agosto (bases da organização judiciária de Macau), veio preceituar no seu art. 17.0, sob a epígrafe de «recurso de amparo», o seguinte:

«I. Da decisão proferida por tribunal sediado no território pode sempre recorrer-se para o plenário do Tribunal Superior de justiça, com fundamento em violação de direitos fundamentais gaxantidos pelo Estatuto Orgânico de Macau, sendo o recurso directo e restrito à questão da violação. - 2. Sem prejuízo do disposto no artigo anterior (actos do Governador e dos Secretários-Adjuntos), há recurso para os tribunais de jurisdição administrativa de actos administrativos ou de simples vias de facto de poderes públicos, com fundamento na violação de direitos fundamentais garantidos pelo Estatuto Orgânico de Macau*.

Resta saber como a lei de processo vai regulá-lo, como vai conjugar-se a competência atribuída ao Tribunal Superior de justiça de Macau, agora criado, com a competência do Tribunal Constitucional e como vão ser entendidos direitos fundamentais que, na realidade, se encontram enunciados e definidos (como se sabe) não no estatuto, mas sim na Constituição da República.

154. Regime actual

I - Ressaltam à vista desarmada notas importantes de diferença entre o regime de fiscalização consignado agora no estatuto orgânico do Território e o regime definido na Constituição da República.

Assim, quanto à fiscalização concreta:

- Na República, há recurso para o Tribunal Constitucional quer relativo a inconstitucionalidade quer a ilegalidade (art. 280.0); em Macau só relativo a inconstitucionalidade (art. 280.1> da Constituição e art. 41.0 do estatuto);

- Na República, não há acção directa para defesa de direitos fundamentais, em Macau dir-se-ia ter sido instituído um «recurso de amparo».

Quanto à fiscalização preventiva:

- Na República, a fiscalização preventiva é só de constitucionalidade (art. 278.'»; em Macau, é também de legalidade;

- Na República, a fiscalização preventiva tem por objecto, além de convenções internacionais, actos destinados a ser promulgados como leis

ou como decretos-leís e actos destinados a ser assinados como decretos legislativos regionais ou como decretos regulamentares regionais de regulamentação de leis gerais da República (art. 278.0, n.os 1 e 2); em Macau, apenas tem por objecto decretos da Assembleia Legislativa, e não também decretos4eis do Governador (1);

- Na República, a pronúncia do Tribunal Constitucional no sentido da inconstitucionalidade determina efeitos variáveis consoante os diplomas e, no caso de leis da Assembleia da República e de decretos das assembleias legislativas regionais, pode ser ultrapassada pela confirmação por dois terços dos respectivos Deputados e por promulgação ou assinatura (art. 279.0, n.o 2); em Macau ela impõe-se à Assembleia Legislativa e ao Governador.

Quanto à fiscalização sucessiva abstracta:

- Na República, a iniciativa pertence a diversos órgãos e fracções de titulares de órgãos (art. 281.0, n.o 2); em Macau, pertence somente ao Governador e à Assembleia Legislativa e, em relação a cada um destes órgãos, somente quanto a normas decretadas pelo outro;

-Na República, instituem-se mecanismos de aproveitamento de decisões em fiscalização concreta para passagem à declaração de inconstitucionalidade ou de ilegalidade com força obrigatória geral (art. 281.0, n.o 3), não em Macau.

Por último, quanto à fiscalização da inconstitucionahdade por omissão:

- Na República, existe fiscalização de inconstitucionalidade por omissão de normas legislativas necessárias para tomarem exequíveis normas constitucionais (art. 283.0), não em Macau.

II - No tocante ao Tribunal Constitucional, este regime é precário ou transitório, porque se prevê - ainda antes de 1999 - que o Presidente da República determine o momento a paxtir do qual os tribunais de Macau serão investidos na plenitude e exclusividade de jurisdição (2).

FIM DO TOMO II

(1) Provavelmente, porque a iniciativa da fiscalização preventiva cabe ao próprio Governador.

(2) Cfr. ANTÓNIO VITORINO, Macau ma jurisprudência do Tribunal Constitucional, in Estado e Direito, 1990, pág. 109.

INDICES

INDICE ANALITICO

AcçÃO DE INCONSTITUCIONALIDADE
- 359, 360, 456
ACTO
- constituinte - 9 1 e ss
- normativo público - 416 e ss -político - 414 e ss, 508

ANULABILIDADE - 367
APLICAÇÃO DAS NORMAS CONSTITU-
CIONAIS
-no espaço - 301 e ss
-no tempo - 271 e ss
APRECIAÇÃO OFICIOSA - 441, 442

CADUCIDADE - 272, 285 e ss, 297
CASOS JULGADOS - 493 e ss
COMISSÃO CONSTITUCIONAL - 398 e ss

CONSTITUIÇXO

- compromissória - 27, 28 - económica - 25 - formal - 12, 30

- institucional - 11, - instrumental - 12

-material - 11, 15, 20, 49 e ss heteroconstituição - 80

CONVENÇÃO CONSTITUCIONAL - 127
CORTESIA CONSTITUCIONAL - 127,
128
COSTUME CONSTITUCIONAL - 112 e ss, 137

DECLARAÇÃO DE INCONSTITUCIONALIDADE - 482 e ss
DECLARAÇÃO UNIVERSAL DOS DIREITOS Do HOMEM - 37 e ss, 318

11

13, 34 e ss

DERROGAÇÃO CONSTITUCIONAL -
135 e ss
DESCONSTITUCIONALIZAÇÃO - 272, 274, 295, 297

I)ESENVOLVIMENTO CONSTITUCIONAL
-141, 142

DESVIO DE PODER LEGISLATIVO -
344 e ss
DIREITO INTERNACIONAL - 279, 314, 420 e ss, 465 e ss
DIREITO PENAL - 496 e ss

DisposiçõEs CONSTITUCIONAIS -
238 e ss

EFEITOS DA INCONSTITUCIONALIDADE - 501 e ss
EXCEPÇÃO DE INCONSTITUCIONALIDADE - 358, 359

FISCALIZAÇÃO DA CONTITUCIONALI-
DADE
-abstracta-455 e ss
-concreta-435 e ss
-em geral - 352 e ss
-em Portugal - 391 e ss
- preventiva - 169, 464 e ss
- da revisão constitucional -
215 e ss
-sucessiva-476 e ss
FORMAS DE DEFESA DA CONSTITUIçÃo - 351

GARANTIA DA CONSTITUCIONALIDADE
-349 e ss

GOLPE DE ESTADO - 83, 84

HIERARQUIA - 333 e ss - preceptivas - 27, 243 e ss
- programáticas - 27, 243 e ss

ILEGALIDADE - 323 e ss
INCONSTITUCIONALIDADE
- 308, 3 10 e ss, 337 e ss
- por acção - 338
- antecedente - 341
consequente - 341, 342
- formal - 339, 340, 342 e ss, 348
-material - 339, 340, 342 e ss
- de normas constitucionais -
137, 316 e ss
-por omissão - 338, 507 e ss
-orgânica - 339, 340, 348
- originária - 340

-parcial - 338, 339
- presente - 341
-pretérita - 282 e ss, 341
- superveniente - 272, 285 e ss, 297, 340
- total - 338
INEXISTÊNCIA JURÍDICA - 367 e ss, 370, 371
INTERPRETAÇXO AUTÊNTICA DA CONSTITUIÇÃO - 262 e ss
INTERPRETAÇÃO CONFORME À CONS TUIÇÃO - 263 e ss
INTERPRETAÇÃO CONSTITUCIONAL - 137, 138, 253 e ss
IRREGULARIDADE - 367, 369, 370

JURISPRUDÊNCIA - 128, 129
LACUNAS - 266 e ss
LEI
-fundamental - 14, 15, 16
-orgânica - 467, 468
-reforçada - 327, 328
MACAU - 46, 47, 303 e ss, 527 e ss
MODIFICAÇÕES CONSTITUCIONAIS - 129 e ss
NORMAS
-de conflitos - 306 e ss
-exequíveis e não exequíveis 246 e ss

NOVAÇ.ÃO - 272, 275 e ss, 297
NULIDADE - 367, 373 e ss

OmissõEs - 270, 307 e ss, 507 e ss
óRGÃOs ADMINISTRATIVOS - 431 e ss

PIDE-DGS - 43, 44, 316 e ss
PLATAFORMA DE ACORDO CONSTI TUCIONAL - 95, 96
PODER CONSTITUINTE
- formal - 12, 71 e ss, 90 e ss
- material - 11, 71 e ss, 76
- limites - 105 e ss
PRAXE - 126
PREÂMBULO - 223 e ss
PRECEDENTE - 126, 127
PRINCÍPIO DO PEDIDO - 458 e ss
PRINCÍPIOS
- constitucionais - 223 e ss
-cooperativos - 41, 42
-fundamentais - 231 e ss

QUESTÃO PREJUDICIAL - 358

P,AZOABILIDAI)E - 347, 348
RECEPÇÃO
-formal - 32, 33
- material - 32, 33, 272, 273, 297
RECURSOS - 442 e ss
REFERENDO - 160 e ss, 524
REGIõEs AUT6NOMAS - 166, 167
REGULAMENTO - 329, 331, 332, 508, 524
REPRISTINAÇÃO - 289, 290, 488, 489, 499, 500

REQUISITOS DE QUALIFICAÇÃO -
171 e ss, 364
RESPONSABILIDADE CIVIL - 375,
485
IRESTAURAÇÃO - 78

REVISÃO CONSTITUCIONAL - 134,
135, 148 e ss
- limites circunstanciais - 175 e ss

- materiais - 175 e ss
REvisÃo INDIRECTA - 138
REVOGAÇÃO - 272, 273
REVOLUÇÃO - 81 e SS

- de revisão constitucional - 153 e ss
S013ERANIA - 79
SUSPENSÃO DA CONSTITUIÇÃO - 142,
143

TERP,ITÓRIO - 301, 302
TRANSIÇÃO CONSTITUCIONAL - 85

RIGIDEZ CONSTITUCIONAL - 143 e ss e ss, 139, 140, 219 e ss
RUPTURA NÃo RF-voLuciONÁRIA - TRIBUNAL CONSTITUCIONAL - 361,
139 362, 381, 382, 383, 388 e ss, 404
e ss, 433 e ss
SANÇÃO CONSTITUCIONAL - 352
SISTEMAS VALORES JURÍDICOS - 362 e ss
de fiscalização da constitucio- VICISSITUDES
CONSTITUCIONAIS
nalidade - 376 e ss 130 e ss
"I

ÍNDICE GERAL DO TOMO 11

PARTE Il

Constituição e Inconstitucionalidade

TITULO I

A Constituição como Fenômeno jurídico

CAPÍTULO I

Sentido da Constituição

§ 1.o

Noções básicas sobre Constituição

1. Os dados de partida 7
2. A perspectiva material e a perspectiva formal sobre a Constituição 10
3. A Constituição (em sentido institucional) anterior ao constitucionalismo 13
4. A Constituição (em sentido material) do constitucionalismo liberal 15
S. A Constituição (em sentido material) no século xx 20

6. Classificações materiais de Constituições 23
7. A Constituição em sentido formal 29
S. A Constituição em sentido instrumental 34

9.

A Declaração Universal dos Direitos do Homem como parte da Constituição formal portuguesa 37

10. Os princípios cooperativos como parte da Constituição formal portuguesa .....

11.As Leis n.- 8, 16 e 18175 como parte da Constituição formal portuguesa 43
12. 0 estatuto de Macau como parte da Constituição formal portuguesa 46
13. Normas material e formalmente constitucionais 48
Manual de Direito Constitucional

§ 2.o

Concepções gerais sobre a Constituição

Págs.

52 53 55

17. Algumas posições de autores portugueses 61
18. Posição adoptada 66

14. A teorização da Constituição .....
15. As grandes correntes doutrinais .....
16. Algumas teorias da Constituição .....

CAPITULO II

Formação da Constituição

§ 1.o

Poder constituinte e formação da Constituição

19. Poder constituinte material e poder constituinte formal 71
20. 0 poder constituinte material originário 76
21. Constituição e soberania do Estado 79

22. A revolução como fenômeno constituinte
23. A transição constitucional . . . . . .
24. 0 poder constituinte formal e o seu processo . . . . . .
25. Os tipos de actos constituintes stricto sensu
26. Forma, legitimidade e conteúdo da Constituição . . .
27. As formas e as regras dos actos constituintes . . . . .

28.

Os limites materiais do poder constituinte

§ 2.0

Fontes das normas constitucionais

29. As fontes formais de Direito e o Direito constitucional .....
30. 0 problema do costume em Constituição formal .....
31. Visão adoptada sobre o costume constitucional .....
32. 0 costume no Direito constitucional português .....
33. Figuras afins do costume constitucional .....
34. A jurisprudência como fonte de normas constitucionais ....

CAPITULO III

Modificação e subsistência da Constituição

§ 1.o

As modificações constitucionais em geral

81 85 90 91 97 99

105

110
112
116
124
126
128

35. Modificabilidade e modificações da Constituição 129
36. Modificações da Constituição e vicissitudes constitucionais
130

índice

.54 1

Págs.

37. Os diversos tipos de vicissitudes constitucionais 134
38. Rigidez e flexibilidade constitucionais 143

§ 2.o

A revisão constitucional e o seu processo

39. A diversidade de formas da revisão constitucional 148
40. Sistemas de revisão em Direito comparado 153
41. A revisão constitucional nas Constituições portuguesas 159
42. As regras do processo de revisão na Constituição de 1976 163
43. Requisitos de qualificação da revisão constitucional 171

§ 3.o

Os limites materiais da revisão constitucional

44. A formulação de limites materiais da revisão ..... 45. Os limites materiais na actual Constituição portuguesa

46. A polémica doutrinal sobre os limites materiais . . . . . 47. Posição adoptada ..... 48. A necessidade de limites materiais de revisão ..... 49. A revisibilidade das cláusulas de limites expressos ...

so.
51.

Preterição de limites materiais e inconstitucionalidade . . . . Preterição de limites materiais e fiscalização da constitucio nalidade da revisão .....

52. Preterição de limites e transição constitucional . .

TITULO II

Normas constitucionais

CAPITULO I

Estrutura das normas constitucionais

53. Os princípios e a sua função ordenadora .
54. Classificações de princípios constitucionais .....
55. A sede dos princípios e os (xprincípios Fundamentais)) da Cons
tituição .....
56. Os preâmbulos constitucionais .....
57. Classificações de disposições constitucionais .....
58. Normas preceptivas e normas programáticas .....
59. Normas exequiveis e não exequíveis por si mesmas
60. A força jurídica das normas programáticas e das normas não
exequíveis por si mesmas .....

175 182 190 197 199 206 211

215 219

223 227

231 233 238 243 246

250
542 Manual de Direito Constituci~

CAPITULO II

Interpretação, integração e aplicação
§ 1.0
Interpretação e integração das normas constitucionais

Pági,.
61. A problemática da interpretação constitucional 253
62. Alguns pontos de apoio 257
63. A interpretação autêntica da Constituição 262
64. A interpretação conforme à Constituição 263
65. As lacunas da Constituição e a sua integração 266

§ 2.o
A aplicação das normas constitucionais no tempo

66. A superveniência das normas constitucionais 271
67. Direito constitucional novo e Direito constitucional
anterior 272
68. Direito constitucional novo e Direito ordinário anterior
275
69. A subsistência do Direito ordinário não contrário à Cons
tituição 279
70. A inconstitucionalidade superveniente das leis ordinárias
ante
riores contrárias à Constituição 285
71. Direito constitucional novo e actos jurídico-públicos 290
72. 0 destino do Direito anterior à face da Constituição de 1976 292
73. A adaptação do Direito ordinário anterior segundo o art. 293.0,
n.o 3, de 1976 298

§ 3.o
A aplicação das normas constitucionais no espaço

74. Constituição e território do Estado 301
75. A aplicação da Constituição em Macau 303
76. Normas constitucionais e normas de conflitos 306
77. Os tribunais não portugueses e a inconstitucionalidade 308

TITULO III

Inconstitucionalidade e garantia da Constituição

CAPITULO I

Inconstitucionalidade e garantia em geral

§ 1.o
Inconstitucionalidade em geral

78. Noção ampla e noção restrita de inconstitucionalidade 310

311

79. Análise do fenómeno .....

.....

Indice

543

Págo.
SO. Inconstitucionalidade de normas constitucionais 316
81. Inconstitucionalidade e ilegalidade 323
82. Inconstitucionalidade e herarquia 333
83. Os diferentes tipos e juízos de inconstitucionalidade 337

84.

Inconstitucionalidade material e inconstitucionalidade formal e orgânica

§ 2.0
A garantia da constitucionaiidade em geral

85. Norma jurídica e garantia . . . . .

86. 87. 88. 89. 90.

Garantia da constitucionalidade e garantia da Constituição Garantia e fiscalizaçao ..... Critérios substantivos de fiscalização ..... Critérios processuais de fiscalizaçao ..... Fiscalização difusa e fiscalização concentrada

§ 3.o

Consequências da inconstitucionaudade

91. Inconstitucionalidade e valores jurídicos .....

92. Os valores jurídicos da inconstitucionalidade no Direito por-

tuguês actual . . . . .

342

349
351
352
354
357
360

. . 362

367

93. Inconstitucionalidade e responsabilidade civil do Estado ...
375

CAPITULO II

Sistemas de fiscalização da constitucionalidade

§ 1.0

A fiscalização da constitucionalidade em Direito comparado

94. Inserção histórica .....
95. Os grandes modelos ou sistemas típicos . . . . . .
96. Sistemas atipicos e mistos . . . . . .
97. As mais recentes tendências da fiscalização da constitucio
nalidade .....
98. Estado de Direito e fiscalização jurisdicional .....

§ 2.0

A fiscalização da constitucionalidade em Portugal

99. Períodos de evolução .....

100. A fiscalização da constitucionalidade nas Constituições ante-
riores à de 1976 .....
392

376 379 385

386 387
544 Mamtd de Direito Constituci~

101. 0 problema da fiscalização entre 1974 e 1976 .....
102. 0 sistema de fiscalização no texto inicial da Constituição
103. A fiscalização da constitucionalidade na revisão constitucional
de 1982 .....

104. A fiscalização da constitucionalidade na revisão constitucional

396 399

403

407

105.- Quadro actual de competências do Tribunal Constitucional 410

CAPITULO III

Regime actual de fiscalização
no Direito português

Aspectos gerais

106. Inconstitucionalidade, gaxantia e fiscalização no texto cons
titucional .....
107. Objecto da fiscalização: normas ou actos normativos .....
108. Objecto da fiscalização: normas ou actos norinativos públicos
109. Fiscalização da constitucionalidade de normas internacionais
110. Fiscalização também do Direito anterior .....
111. Fiscalização de normas aprovadas e fiscalização de normas

publicadas .....

112. Ãmbito da fiscalização .....

113. Fiscalização só pelos tribunais.

114.

115.

Os tipos de processos do Tribunal Constitucional .....

Os tipos fundamentais de decisões do Tribunal Constitucional

1 2.o

A fiscalização concreta

116. 0 sistema português de fiscalização concreta ..... 117. A apreciação da inconstitucionalidade pelos tribunais em geral 118. Sentido da apreciação oficiosa pelo juiz ..... 119. Decisões recorríveis para o Tribunal Constitucional ..... 120. Sentido da aplicação de normas anteriormente julgadas incons-

titucionais ou ilegais .....

121. Objecto do recurso .....
122. Interposição dos recursos .....
123. Legitimidade para recorrer
124. Tramitação dos recursos. .

125.

126.

A intervenção das secções e do plenário .....

Alcance da decisão do Tribunal Constitucional . . .

Indice

A fiscalização abstracta da lnconstitucionalidade por acçzo

127. k28. 129. 130.

131. Diplomas sujeitos a fiscalização. . 132. Iniciativa e tempo da fiscalização

133. 134. 135. 136.

545

455
458
463
464
465
467

Pronúncia no sentido da não inconstitucionalidade 470
Pronúncia no sentido da inconstitucionalidade 470
A fiscalização sucessiva abstracta por acção 476
A passagem da fiscalização concreta à fiscalização abstracta 479

Sentido do pedido de fiscalização abstracta .....

0 princípio do pedido .....
Regime processual da fiscalização abstracta
A fiscalização preventiva e a sua função . . .

§ 4.o

Os efeitos da declaração de inconstitucionalidade
com força obrigatória geral

411 413 416 420 422

427 428 430 433 434

435
438 441 442

443 446 448 450 453 454 454

137. A irrelevância da não declaração de inconstitucionalidade
138. A declaração de inconstitucionalidade com força obrigatória geral .....
139. Alcance e efeitos da declaração de inconstitucionalidade . . . .
140. Retroactividade da declaração e repristinação .....
141. A ressalva dos casos julgados .....
142. A ressalva dos casos julgados e o tratamento mais favorável em Direito penal .....
143. A fixação dos efeitos pelo Tribunal Constitucional .....

§ 5.0

A fiscalização da inconstitucionalidade por omissão

144. As omissões inconstitucionais em geral e as omissões legislativas em especial .....
145. A inconstitucionalidade por omissão legislativa em Direito comparado .....
146. A incc)nstitucionalidade por omissão legislativa no Direito português .....
147. Sentido da fiscalização da inconstitucionalidade por omissão
148. Os pressupostos da inconstitucionalidade por omissão legis lativa .....
149. Situações não abrangidas pelo art. 283.o .....
150. Iniciativa e processo de fiscalização da inconstitucicnalidade por omissão .....
151. A prática da fiscalização . .

482

484 486 489 493

496 501

507

514 517

518 524

525 526
546

§ 6.o

A fiscalização da constitucionalidade relativamente a Macau

152. 0 problema da fiscalizaçao .....
153. Evolução desde 1976

154. Regime actual

índi;ces

.....

.....

índice analítico

índice geral. .

Págs.

527 528 530

535 539

EXECUÇÃO GRÁFICA
COIMBRA EDITORA, LDA.
Rua do Arnado
3000 COIMBRA