

DOI: <https://doi.org/10.23925/ddem.v.2.n.8.63053>



Licença Creative Commons Atribuição 4.0 Internacional

CONSTITUIÇÃO E VICISSITUDES CONSTITUCIONAIS

CONSTITUTION AND CONSTITUTIONAL VICISSITUDES

Jorge Miranda¹

RESUMO

O objetivo deste artigo é investigar como o direito constitucional trabalha com os elementos essenciais que perfazem uma constituição de um Estado de Direito. Analisa as circunstâncias em que os valores são constitucionalizados e as interações que produzem quando da efetividade das normas constitucionais. Por isso, o ponto de partida é que todo o Estado tem a sua Constituição, que o define, que estrutura a comunidade, o povo e que organiza o seu poder, resultando que a Constituição forma o estatuto da comunidade e do poder político. A pesquisa foi desenvolvida utilizando o método de abordagem hipotético-dedutivo, o procedimento comparativo, a técnica de documentação indireta, a pesquisa bibliográfica: em livros e periódicos jurídicos; documental; em legislação.

Palavras-chave: Direito Constitucional; Vicissitudes Constitucionais; normas auto-exequíveis; princípios constitucionais.

ABSTRACT

The purpose of this article is to investigate how constitutional law works with the essential elements that make up a constitution of a rule of law. It analyzes the circumstances in which values are constitutionalized and the interactions they produce when constitutional norms become effective. Therefore, the starting point is that every State has its Constitution, which defines it, which structures the community, the people and organizes its power, resulting in the Constitution forming the statute of the community and political power. The research was developed using the hypothetical-deductive method of approach, the comparative procedure, the technique of indirect documentation, the bibliographical research: in books and legal periodicals; documentary; in legislation.

Keywords: Constitutional right; Constitutional vicissitudes; Self-enforcing standards; Constitutional Principles.

1. ESTADO E CONSTITUIÇÃO

I – Todo o Estado tem a sua Constituição, que o define, que estrutura a

¹ Professor Catedrático das Faculdades de Direito da Universidade de Lisboa e da Universidade Católica Portuguesa. Doutor Honoris Causa em Direito, pela Universidade de Pau (França, 1996), Universidade do Vale do Rio dos Sinos (Brasil, 2000), Universidade Católica de Lovaina (Bélgica, 2003) e pela Universidade do Porto (2005). Participou na elaboração das constituições Portuguesa (1976), de São Tomé e Príncipe (1990), de Moçambique (1990), da Guiné-Bissau (1991) e do Timor-Leste (2001). jorgemmiranda@sapo.pt. <https://orcid.org/0000-0002-2396-1328>.

comunidade, o povo e que organiza o seu poder.

Assim:

- a) A Constituição, conexamente estatuto da comunidade e do poder político;
- b) A Constituição, conjunto de normas materiais e não apenas de normas procedimentais, quadro jurídico básico da vida do Estado e da vida no Estado;
- c) A Constituição, expressão de valores básicos quer na vertente subjetiva dos direitos fundamentais que na vertente objetiva das estruturas políticas e sociais;
- d) A Constituição, conjunto de normas diretamente aplicáveis, seja por via imediata (normas auto-exequíveis) seja por via sistemática (normas não exequíveis por si mesmas – ou carecidas de concretização).

II – 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 consideração quer dos valores humanos mais preciosos, quer do papel, no fim de contas, precário e transitório de cada sistema positivo; no mundo complexo, dividido e conflitual dos nossos dias; somente ela permite, no limite, contestar os comandos constitucionais quando seja irreduzível a incompatibilidade.

Mas a procura dos valores não se confunde com qualquer subjetivismo; os valores só são eficazes, quando adquirem objetividade 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.

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 refração há-de ser tanto maior quanto maior for o ativismo e a ostentação das ideologias. Num contexto de contrastes ideológicos e até de legitimidades (como foram o dos séculos XIX e XX) pode, por vezes, a ideia de Direito que emergir passar para 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 o consentimento, acabe por não obter a adesão e venha a provocar, a prazo, a repulsa.

O conceito de Constituição converteu-se, desde há 150 anos, num circunstancialismo suficientemente elástico para na sua forma se enxertarem conteúdos políticos, económicos e sociais divergentes e para se projetar em tipos constitucionais caracterizados. A Constituição própria 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 insuscetível 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) nem tudo que se apresenta decretado como constitucional o consegue ser efetivamente, 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 torna viva, só permanece viva, quando o empenhamento em conferir-lhe realização está em consonância (não só intelectual mas, sobretudo, afetiva e existencial) com o sentido essencial dos seus princípios e preceitos; quando a *vontade da Constituição* (Konrad Hesse) vem a par do *sentimento constitucional* (Pablo Lucas Verdu).

2. O PODER CONSTITUINTE

I – Quanto ao poder de criação ou decretação originária da Constituição, o poder constituinte², por um lado; observe-se:

a) O fator determinante da abertura de cada era constitucional é, não a aprovação de uma Constituição formal, mas sim o corte ou a contraposição frente à situação ou ao regime até então vigente, em nome de uma nova ideia de Direito ou de um novo princípio de legitimidade, 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 – que assim vai infletir a ordem preexistente e assumir a inerente responsabilidade histórica;

c) Tal entidade, ora pode convocar ou estabelecer uma assembleia, um colégio, outro órgão com vista à elaboração da Constituição formal ora, porventura, ser ela logo a

² Cfr. Jorge Miranda, *Teoria da Constituição*, Coimbra, 2020, págs. 89 e segs.

decretá-la;

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

e) Aliás, mesmo se a ideia de Direito é de democracia pluralista, o órgão encarregado de fazer a Constituição formal não goza de uma margem de liberdade plena; não adstrito, decerto, a um determinado e único sistema de direitos fundamentais, de organização econômica, de organização política ou de garantia da constitucionalidade, está sujeito a um limite – o da coerência com o princípio democrático e da sua preservação (não pode estabelecer uma Constituição não democrática).

II – Não significa isto, contudo, que a fabricação da Constituição formal redunde em algo despiciendo ou acessório, porquanto, por outro lado:

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

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

c) 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 isso é menos seguro que só essa Constituição representa o novo fundamento do ordenamento jurídico;

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

3. DO PODER CONSTITUINTE MATERIAL AO PODER CONSTITUINTE FORMAL

I – Importa distinguir, portanto: um poder constituinte material, como poder de autoconformação do Estado segundo certa ideia de Direito, e um poder constituinte formal, como poder de decretação de normas com a forma e a força jurídica próprias das normas constitucionais.

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.

O 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 há quase sempre dois tempos no processo constituinte, o do triunfo de certa ideia de Direito ou do nascimento de certo 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 formação e 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.

Confere, pois, 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 ação) ao abrigo das vicissitudes da legislação e da prática quotidiana do Estado e das forças políticas.

II – 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 atualizar-se em qualquer instante.

Não é, com efeito, todos os dias que uma comunidade política adota um novo sistema constitucional, fixa um sentido para a ação do seu poder, assume um novo destino; é apenas

em tempos de «viragem histórica», em épocas de crise, em ocasiões privilegiadas irrepetíveis em que é possível ou imperativo escolher. E estas ocasiões não podem ser previstas, nem 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), porquanto soberania significa faculdade originária de livre regência da comunidade política mediante a instituição de um poder e a definição do seu estatuto jurídico.

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

Pode haver formação por passagem a Estado de coletividade 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 efetividade da sua soberania (a seguir a ocupação do território). E pode haver transformação do Estado no confronto com outros Estados, por modificação da soberania (sujeição a regime de protetorado ou sua cessação, incorporação ou desincorporação de confederação; integração em Estado federal ou em união real ou secessão) ou por alargamento ou diminuição significativa da comunidade e do território.

Fruto ou de luta da própria coletividade pela sua emancipação política ou de decisão de outro Estado ou de organização internacional, efeito de ato 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 extrajurídico. Muito pelo contrário, nunca deixa de ser, em si, um ato jurídico por sempre ter de apelar para um princípio justificativo e sempre ter de implicar uma conceção de Direito dominante (ou talvez melhor aqui, uma vontade de Direito inovatória).

O nascimento do Estado coincide com a sua primeira Constituição, porque na Constituição vão exteriorizar-se as representações particulares do conceito de Estado. Reciprocamente, a Constituição mais originária do Estado é a Constituição do seu nascimento, por ser ela que traz consigo a configuração concreta 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, 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 projeto que qualifique a alteração ocorrida e catalise as energias jurídicas coletivas.

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

IV – 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 daí que o fenómeno 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. Usando a terminologia de Carl Schmitt, 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 Constituição e subsiste o poder constituinte. Mas, desaparecida uma Constituição material, logo surge outra, ainda que a correspondente Constituição formal demore mais ou menos tempo a ser preparada.

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

V – 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, direta 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 estatais, seja como Constituição definitiva, seja como Constituição provisória;
- b) Constituição coincidente com Constituição ou estatuto jurídico da comunidade política preexistente (colónia autónoma, território sob mandato ou sob tutela, comunidade em situação internacional *sui generis*);
- c) Constituição dimanada de entidade externa e destinada a entrar em vigor com

o acesso à soberania (ou à independência) do novo Estado.

4. A REVOLUÇÃO COMO FENÓMENO CONSTITUINTE

I – Até aos séculos XVII e XVIII, a revolução era tomada principalmente da ótica do direito de resistência coletiva 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 norte-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 seu sentido positivo. Passa a ser encarada não tanto como substituição de um Governo por outro quanto como criação de uma ordem nova – o que está, seguramente, ligado à prevalência das formas modernas de legitimidade legal-racional sobre as formas anteriores de legitimidade tradicional (na aceção de Max Weber).

Mas só muito mais tarde a Ciência do Direito reconheceria nela um fenómeno constituinte ou, simplesmente, um facto ou ato normativo (conforme a perspectiva que se adote) objeto de estudo *ex professo*.

II – Nada se afigura, com efeito, mais gerador de Direito do que uma revolução, nada há talvez de mais eminentemente jurídico do que o facto ou ato revolucionário³.

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, afetando os até então reinantes, vêm, do mesmo passo, carregar de legitimidade o facto ou ato revolucionário e desencadear efeitos normativos múltiplos, extensos e suscetíveis de, por seu turno, adquirirem uma dinâmica própria. Tais valores podem não ser suficientemente *valiosos* no plano do Direito natural e a legitimidade que 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.

III – No caso da revolução portuguesa de 25 de Abril de 1974, se a nova ideia do

³ Cfr. Jorge Miranda, Da Revolução à Constituição – Memórias da Assembleia Constituinte, Parede, 2015, págs. 103 e segs.

Direito se revelou claramente nas proclamações e nos primeiros atos concretos do movimento vitorioso – o Movimento das Forças Armadas – ela veio a ter formal consagração num documento sem precedentes no Direito público português: no Programa divulgado na madrugada seguinte, explicitamente referido na lei pela qual foram declarados destituídos os titulares dos cargos políticos do regime deposto (a Lei nº 1/74, de 25 de abril) e depois publicado no *Diário do Governo* em anexo à lei que definiu a estrutura provisória do poder (a Lei nº 3/74, de 14 de maio).

O Programa do Movimento das Forças Armadas não foi, portanto um mero texto político; foi também, desde o início, um texto carregado de sentido jurídico, pois, com o êxito da ação revolucionária, transformou-se de ato interno do Movimento em ato constitucional do Estado. Ele compreendia “medidas imediatas”, relativas à substituição dos órgãos do poder e à restauração das liberdades cívicas, e “medidas a curto prazo”, correspondentes às grandes linhas da política do País até à feitura da nova Constituição.

E a sua função não era outra senão uma função constituinte, de criação ou de recriação do ordenamento ou da decisão política fundamental. Por isso, naturalmente dispunha que o Governo Provisório governaria por decretos-leis que obedeceriam obrigatoriamente ao seu espírito (B,4).

IV — Sob este ângulo, afigura-se indiferente que o autor da revolução seja um governante em funções, o titular de um órgão 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 objetivos — políticos ou políticos e sociais — sejam algo restritos ou muito amplos. Em qualquer hipótese, a revolução põe em causa a integridade da ordem constitucional, rompe-a para a ter de reconstruir de imediato e para, tendo de a reconstruir, ter de fundar de novo todo o sistema jurídico estatal.

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 rutura, e mesmo — na restauração — uma dupla e sucessiva rutura, com os efeitos inerentes (até porque o restabelecimento do antigo Direito não pode nunca ignorar a vigência do Direito intercalar).

V — Mais relevante para efeito de análise do poder constituinte mostra-se o modo como se produz a rutura revolucionária. Ela ocorre sempre num momento determinado, quase instantaneamente, 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 Portugal de 1974 a 1976 — em que esse é apenas o momento inicial de um processo demorado e complexo, com diversos intervenientes, e não raro contraditório e conflitual.

O derrube do regime precedente pode, pois, ser seguido de um processo ou ciclo revolucionário — umas vezes relativamente homogêneo (ainda que com progressiva radicalização de atitudes), outras vezes com dois ou mais projetos político-constitucionais procurando impor-se e a que correspondem duas ou mais pretensões de juridicidade (ligadas a diferentes legalidades e efetividades 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 rutura 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.

VI — Não são muitas as *heteroconstituições*⁴ ou Constituições decretadas de fora do Estado por outro ou outros Estados ou, nos últimos tempos, por uma organização internacional.

Incluem-se nelas algumas das Constituições, ou das primeiras Constituições, dos países da *Commonwealth* aprovadas por leis do Parlamento britânico (Canadá, Nova Zelândia, Austrália, Jamaica, Maurícia, etc.), a primeira Constituição da Albânia (obra de uma conferência internacional, de 1913), a Constituição cipriota (procedente dos acordos de Zurique, de 1960, entre a Grã-Bretanha, a Grécia e a Turquia)⁵ ou a Constituição da Bósnia-

⁴ A locução é de Miguel Galvão Teles (Constituição, in Verbo, 6, pág. 1500). Cfr. Raymond Goy, Sur l'origine extranationale de certaines Constitutions, in Mélanges Patrice Gélard, obra coletiva, Paris, 1999, págs. 37 e segs.; Giuseppe De Vergottini, Diritto Costituzionale Comparato, 6.^a ed., I, Pádua, 2004, págs. 133 e segs.

⁵ Sem esquecer, no plano puramente político, as Constituições surgidas por imposição de outros Estados: as Constituições das Repúblicas Helvética e Bática 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. E por imposição das Nações Unidas: as Constituições da Namíbia de 1990 e de Camboja de 1993 ou nas Constituições de Cosovo e do Sudão do Sul.

Herzegovina (após os chamados acordos de Dayton de 1995)⁶. 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.⁷⁸

Verifica-se, pois, uma verdadeira *novação* do ato constituinte⁹ ou (doutro prisma) uma deslocação da regra de reconhecimento; e apenas o texto que persista se liga à primitiva fonte, não o valor vinculativo das normas.

5. A REVOLUÇÃO COMO FENÓMENO CONSTITUINTE

I — Até aos séculos XVII e XVIII, a revolução era tomada principalmente da ótica do direito de resistência coletiva ou rebelião: era considerada uma forma extrema de resistência contra os governantes.¹⁰

Desde essa época — por causa da Revolução francesa e, em menor medida, das Revoluções portuguesa de 1640, inglesa de 1688 e norte-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 seu sentido positivo. Passa a ser encarada não tanto como substituição de um governo por outro quanto como criação de uma ordem nova — o que está, seguramente, ligado à prevalência das formas modernas de legitimidade legal-racional sobre as formas anteriores de legitimidade tradicional (na aceção de Max Weber).¹¹

⁶ Cfr. Laurent Pech, La garantie internationale de la Constitution de Bosnie-Herzegovine, in *Revue française de droit constitutionnel*, 2000, págs. 419 e segs.

⁷ 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, *Scritti minori*, I, Milão, 1950, pág. 128).

⁸ A partir do momento da independência, as referências reversas passam a reportar-se à Constituição como norma originária (Miguel Galvão Teles, *A Revolução portuguesa e a teoria das fontes do Direito*, in *Portugal — O sistema político e constitucional — 1974-1987*, obra coletiva, Lisboa, 1989, pág. 586).

⁹ Assim, Giuseppe de Vergottini, *Diritto Costituzionale Comparato*, I, 8.^a ed., Pádua, 2011, pág. 233.

¹⁰ Cfr. Aristóteles, *Política*, livro V (na versão portuguesa de 1998, págs. 349 e segs.).

¹¹ V., por todos, Hannah Arendt, *On Revolution*, Nova Iorque, 1962, trad. portuguesa *Sobre a Revolução*, Lisboa, 1971, maxime págs. 21 e segs. Os elementos do conceito moderno de revolução (conexo com o sentido copernicano do termo — *De revolutionibus orbium coelestium*) 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., por exemplo, José Durão Barroso,

Mas só muito mais tarde a Ciência do Direito reconheceria nela um fenómeno constituinte ou, simplesmente, um facto ou ato normativo (conforme a perspectiva que se adote) objeto de estudo *ex professo*¹².

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 ato 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, afetando os até então reinantes, vêm, do mesmopasso, carregar de legitimidade o facto ou ato revolucionário e desencadear efeitos normativos múltiplos, extensos e suscetíveis de, por seu turno, adquirirem uma dinâmica própria. Tais valores podem não ser suficientemente *valiosos* no plano do Direito natural e a legitimidade que 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.

Ensaio sobre a gramática política das revoluções, in *Prospectivas*, n.os 15-16, 1983, págs. 79 e segs.; Jorge Borges De Macedo, *Revolução*, in *Polis*, V, págs. 540 e segs.; ou Gianfranco Pasquino, *Rivoluzione*, in *Dizionario di Politica*, Turim, 1990, págs. 977 e segs.

¹² V. Santi Romano, *Frammenti di un Dizionario Giuridico*, Milão, 1953 (reimpressão), págs. 220 e segs.; Hans Kelsen, *General Theory of Law and State*, Nova Iorque, 1961 (reimpressão), págs. 117-118, 219-220, 368-369 e 372, e *Teoria Pura do Direito*, II, trad., Coimbra, 1962, págs. 35 e segs.; Norberto Bobbio, *Teoria dell'Ordinamento Giuridico*, Milão, 1960, págs. 203 e segs.; Mario A. Cattaneo, *Il concetto di rivoluzione nella scienza del diritto*, Milão, 1960; Marcel Waline, *Les Conséquences Juridiques des Révolutions*, in *Mélanges Alexandre Svolas*, obra coletiva, Paris, 1961, págs. 193 e segs.; Franco Pierandrei, *Scritti di Diritto Costituzionale*, Turim, 1965, I, págs. 209 e segs.; Julien Freund, *L'essence du politique*, Paris, 1965, págs. 570 e segs.; Karl Engisch, *Introdução ao Pensamento Jurídico*, trad., Lisboa, 1966, págs. 149-150 e 263 e segs.; Georges Burdeau, *Traité de Science Politique*, IV, págs. 581 e segs.; P. Szucka, *Direito e luta de classes (1921)*, trad., Coimbra, 1973, págs. 167 e segs.; Afonso Queiró, *Revolução*, in *Verbo*, XVI, págs. 511 e segs.; André Vincent, *Les Révolutions et le Droit*, Paris, 1974; Jorge Miranda, *A Revolução de 25 Abril e o Direito Constitucional*, cit.; Castanheira Neves, *A Revolução 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 coletiva, Rio, 1976, págs. 451 e segs.; Harold Berman, *Law and Revolution*, Cantabrigia, 1983; Herbert Hart, op. cit., págs. 129-130; Giovanni Fiaschi, *Rivoluzione*, in *Enciclopedia del Diritto*, XLI, 1989, págs. 68 e segs.; Paulo Ferreira da Cunha, *La Restauration portugaise et sa théorie constitutionnelle*, in *Quaderni Fiorentini per la Storia del Pensiero Giuridico Moderno*, 1998, págs. 43 e segs.; Paulo Otero, *Lições de Introdução ao Estudo de Direito*, I, 2.º tomo, Lisboa, 1999, págs. 332 e segs.; Marcos Waschowicz, *Estudo epistemológico da Constituição e da Revolução: um fundamento para o Estado democrático contemporâneo*, in *Estudos de homenagem ao Prof. Doutor Jorge Miranda*, obra coletiva, II, Coimbra, 2013, págs. 579 e segs.

6. A TRANSIÇÃO CONSTITUCIONAL

I — Menos estudado do que a revolução vem a ser o fenómeno que apelidamos de transição constitucional. Menos estudado, não só por até há poucos anos ser muito menos frequente mas também por ser mais difícil de registar (ou de fixar, com todo o rigor) o momento da mudança de regime ou de Constituição material.

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 Câmara dos Comuns reconduz-se, no fundo, a uma prolongada transição. 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 na Itália de 1922 a 1925; a consagração de regimes de partido único na África nos anos 60 e 70; a restauração da democracia na Grécia em 1974; a «reforma política» espanhola de 1976-1978.

Refiram-se também as transições de regimes militares, ou de base militar, para regimes constitucionais democráticos no Peru, de 1977 a 1979, na Argentina, de 1982 a 1983, no Brasil, de 1985 a 1988, e no Chile, de 1988 a 1990; a transição do domínio de um partido hegemónico para a plena competitividade política, no México; a transição de regimes marxistas-leninistas para regimes pluralistas na Hungria, na Polónia e na Bulgária, em 1989 e 1990; a transição na Nicarágua em 1990; a abertura ao pluralismo político em São Tomé e Príncipe, Cabo Verde, Moçambique, Guiné-Bissau e, de certo modo, Angola no início dos anos 90; a passagem do *apartheid* ao regime democrático multirracial na África do Sul; a passagem, na Venezuela, da Constituição de 1961 à Constituição de 1999.

II — Na revolução há uma necessária sucessão de Constituições — materiais e formais. A rutura com o regime precedente determina logo o nascimento de uma nova Constituição material, a que se segue, a curto, 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 órgão de poder constituinte com vista à Constituição que a vai substituir.

O processo de transição é, na maior parte das vezes, insuscetível de configuração *a priori*, dependente das conjunturas históricas. Outras vezes adota-se o processo de revisão

constitucional; 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.

III — Nem se conteste a autonomia do conceito, sugerindo que se reconduz, no fundo, a 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, julga poder 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-la ou destruí-la (pois *nemo plus juri transfere potest quam habet*). 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. É a nova legitimidade ou ideia de Direito que obsta à arguição de qualquer vício no processo e que, doravante, vai não só impor-se como fundamento de legalidade mas ainda obter efetividade.

IV — No Brasil, do regime autoritário estabelecido em 1964 passar-se-ia para um novo regime constitucional, através de um longo processo, dito de transição democrática, a partir da «abertura» levada a cabo pelos dois últimos Presidentes militares, da grande campanha de 1984 por eleições diretas para a Presidência da República, da capacidade negociadora dos dirigentes oposicionistas e de dissidências no interior do partido situacionista. Em Janeiro de 1985 seria eleito Presidente, nessas condições, ainda pelo colégio eleitoral, o candidato da Oposição¹³. Logo a seguir, a emenda constitucional de 15 de Maio suprimiria as normas constitucionais de exceção e retomaria a eleição presidencial direta; e a emenda de 27 de Novembro atribuiria poderes constituintes ao Congresso a eleger em 15 de Novembro de 1986.^{14 15}.

¹³ Tancredo Neves (que, devido a doença e morte, não chegaria a tomar posse). Quem tomaria posse seria José Sarney, vindo da dissidência.

¹⁴ E em que puderam tomar assento os Senadores eleitos em 1982.

¹⁵ Cfr. Paulo Bonavides, *Constituinte e Constituição*, Fortaleza, 1985; Carlos Roberto Pellegrino, *Antecedentes da*

Não se previu uma Assembleia Constituinte; previu-se um Congresso simultaneamente ordinário e constituinte (e que como Congresso ordinário, tal como o Presidente da República empossado em 1985, iria perdurar até terminar o seu mandato). Esse Congresso aprovaria uma nova Constituição em 5 de Outubro de 1988.¹⁶

V — O acesso à independência dos cinco países africanos de língua portuguesa, depois de ter sido longamente retardado por causa do regime político em Portugal, deu-se a ritmo acelerado, logo que este regime foi substituído, e em cerca de 15 meses. Os «movimentos de libertação» que tinham conduzido a luta (política-militar ou só política) receberam o poder, praticamente ou quase praticamente sem transição gradual, por meio de acordos então celebrados com o Estado Português. Nuns casos (Guiné, Moçambique e Angola) os próprios movimentos viriam a proclamar a independência e a outorgar Constituições; noutros casos (Cabo Verde e São Tomé e Príncipe), ela seria declarada formalmente por assembleias eleitas, mas todas dominadas pelos respetivos movimentos, transformados também logo em partidos únicos.

As primeiras Constituições foram: a de 1973 (depois substituída pela de 1984), quanto à Guiné-Bissau; as de 1975, quanto a Moçambique, São Tomé e Príncipe e Angola; e a provisória, de 1975 (depois substituída pela de 1980), quanto a Cabo Verde. E tiveram de comum uma conceção monista do poder e institucionalização de partido único (correspondente ao movimento de libertação do país, ou, relativamente a Angola, ao movimento vencedor na capital, da guerra civil entretanto eclodida).¹⁷

VI — Já mais difícil se antolha qualificar como de transição constitucional a passagem, na França, da IV para a V República, visto que, em poucos meses (de maio a outubro de 1958), foi chamado, na sequência de movimentações militares, a constituir Governo um adversário da V República, o General De Gaulle; esse Governo elaborou um projeto de Constituição, e este foi aprovado por referendo.¹⁸

Tal como não se enquadra plenamente na figura da transição a unificação alemã de

Constituinte brasileira de 1987, in *Boletim do Ministério da Justiça*, n.º 364, Março de 1987, págs. 21 e segs.; Jorge Miranda, *A transição constitucional brasileira e o Anteprojecto da Comissão Afonso Arinos*, in *Revista de Informação Legislativa*, Abril-Junho de 1987, págs. 29 e segs.

¹⁶ V. Tércio Sampaio Ferraz Júnior, Maria Helena Dinis e Ritinha A. Stevenson Georgakilas, *Constituição de 1988 — Legitimidade, Vigência e Eficácia, Supremacia*, São Paulo, 1989; Manoel Gonçalves Ferreira Filho, *Sobre a Constituição de 1988*, in *Revista da Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa*, 1990, págs. 67 e segs., e *Curso de Direito Constitucional*, 28.ª ed., São Paulo, 2002.

¹⁷ Jorge Miranda, *Manual de Direito Constitucional*, I, 1, 10ª ed., Coimbra, 2014, págs. 240 e segs.

¹⁸ Cfr. Serge Arné, *La prise du pouvoir par le Maréchal Pétain (1940) et le Général De Gaulle (1958)*, in *Revue de Droit Public*, 1959, págs. 48 e segs.; Willy Zimmer, *La loi du 3 juin 1958 : contribution à l'étude des actes pré-constituants*, *ibidem*, 1995, págs. 383 e segs.

1991 (ou melhor, a absorção da Alemanha Oriental pela República Federal da Alemanha), só possível em face da queda do Muro de Berlim e de um acordo entre os Estados Unidos da América e a União Soviética.

7. A REVISÃO CONSTITUCIONAL E A DERROGAÇÃO

I – A revisão constitucional é a modificação de normas constitucionais expressa e com alcance geral e abstrato. Assenta num poder constituído, subordinado ao poder constituinte (na distinção que se faz desde os alvares do moderno constitucionalismo).

Ao poder constituinte cabe, pois, estabelecer o tempo e o modo do seu exercício, através das regras e dos limites correspondentes – limites temporais, circunstanciais e materiais (como os que constam dos arts. 284º e seguintes da Constituição portuguesa) – limites revisíveis, mas no respeito do que eles prescrevem.¹⁹

Trata-se da modificação da Constituição com uma finalidade de auto-regeneração e autoconservação, 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.²⁰ É a modificação da Constituição nos termos nela própria previstos ou, na falta de estatuição expressa sobre o processo, nos termos que decorram do sistema de órgãos e atos jurídicos-constitucionais; e insira-se a modificação diretamente no próprio texto constitucional ou aprove-se, para o efeito, uma lei constitucional autónoma.

Algumas Constituições preveem, com designações variáveis, quer uma revisão *parcial* quer uma revisão *total*²¹. No entanto, nestas hipóteses, ou se trata tão só de renovar na totalidade um texto constitucional sem mudança dos princípios fundamentais que o enformam²², ou se trata mesmo de admitir a mudança desses princípios, por maioria muito agravada ou

¹⁹ Cfr., entre nós, J. J. Gomes Canotilho e Vital Moreira, *Constituição da República Portuguesa Anotada*, II, 4ª ed., Coimbra, 2010, págs. 1011 e segs.; Rui Medeiros, anotação in Jorge Miranda e Rui Medeiros, *Constituição Portuguesa Anotada*, III, 2ª ed., Lisboa, 2019, págs. 87 e segs.; Jorge Miranda, *Teoria ...*, cit., págs. 198 e segs.

²⁰ Evidentemente, cada revisão constitucional em concreto prosseguirá mais ou menos uma ou outra destas vertentes. Cfr. Gaetano Silvestre, *Spunti di riflessioni sulla tipologia e sui limiti della revisione costituzionale*, in *Studi in onore di P. Biscaretti di Ruffi*, obra coletiva, II, Milão, 1987, págs. 1187 e segs.

²¹ Assim, a Constituição argentina (art. 30.º), a austríaca (art. 44.º, n.º 3), ou a suíça de 1999 (arts. 192.º e 193.º).

²² Sobre revisão constitucional, v., além de obras gerais, Gabriel Arnould, *De la révision des Constitutions*, Paris, 1886; Costantino Mortati, *Concetto, limiti, procedimento della revisione costituzionale*, in *Revista Trimestrale di Diritto Pubblico*, 1952, págs. 29 e segs.; Carlo Esposito, *Costituzione, leggi di revisione della Costituzione e «altri» leggi costituzionale*, in *Raccolta di Scritti in onore di Arturo Carlo Jemolo*, obra coletiva, III, Milão, 1963, págs. 191 e segs.; Giuseppe Contini, *La Revisione della Costituzione*, Milão, 1962, e *Le Revisione Costituzionale*, in

por meio de assembleia constituinte a convocar para o efeito,²³ e então já se está no campo da transição constitucional.

II — A derrogação (ou quebra ou rutura 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 abstrata, mas de uma norma geral e concreta e, porventura, mesmo, de uma pretensa norma individual, de *jus singulare*. A derrogação determina uma exceção, temporária ou pretensamente definitiva, em face do princípio ou da regra constitucional.²⁴

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; é a modificação da Constituição levada a cabo por meio de processo de revisão que se traduz na exceção a um princípio constitucional ou na regulamentação de um caso concreto, «*en vue d'un cas donné*».

Há normas constitucionais derogatórias de princípios constitucionais criadas por via de revisão ou por via de ato análogo²⁵ — tal como as há desde logo emanadas pelo poder constituinte originário (as chamadas, por certos autores, *auto-ruturas* da Constituição). Mas a legitimidade de tais normas derogatórias tem sido contestada: pelo menos, a admissibilidade

Enciclopedia del Diritto, XL, 1989, págs. 134 e segs.; Stefano Maria Cicconetti, *La Revisione della Costituzione*, Milão, 1962; Maurice-Pierre Roy, *L'application de l'article 89 de la Constitution de 1958*, in *Revue du droit public*, 1980, págs. 687 e segs.; Manuel Contreras, *Sobre las transformaciones constitucionales y sus limites*, in *Revista de Estudios Politicos*, n.º 16, julho-agosto de 1980, págs. 165 e segs.; *La Révision de la Constitution*, obra coletiva, Aix-en-Provence-Paris, 1993; Javier Pérez Royo, *La reforma de la Constitución*, Madrid, 1987; Afonso D'oliveira Martins, *La Revisión Constitucional y el Ordenamiento Portugués*, Lisboa-Madrid, 1995; Nelson De Sousa Sampaio, *O poder de reforma constitucional*, 3.ª ed., Belo Horizonte, 1996; Luc Heuschling, *État de Droit, Rechtsstaat, Rule of Law*, Paris, 2002, págs. 609 e segs.

²³ Cfr. a Constituição brasileira de 1934 (art. 178.º), a espanhola de 1978 (arts. 167.º e 168.º), a búlgara de 1991 (art. 158.º), a colombiana de 1991 (art. 376.º), a russa de 1993 (art. 135.º), a venezuelana de 1999 (arts. 347.º e segs.).

²⁴ Cfr. uma noção diferente em Vittorio Italia, *La Deroga nel Diritto Pubblico*, Milão, 1977, *maxime* págs. 13-14, 86 e segs. e 93 e segs. Para este autor, a exceção é um preceito incompatível com outro; o ato derogante um preceito contrário, mas não incompatível com o ato derogado (pág. 56).

²⁵ 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 aspetos, não seja compatível com uma disposição da Constituição, sem modificar nem revogar esse preceito constitucional, desde que tal lei seja aprovada pela maioria necessária para modificar 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.º, n.º 3, da Constituição holandesa de 1983: «Qualquer 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 Convenção Europeia dos Direitos do Homem — Sua posição face ao ordenamento jurídico português*, Coimbra, 1982, pág. 1341).

incontrolada de rutura desemboca nas manipulações constitucionais, conducentes a um *conglomerado de ruturas* (HESSE), constitutivas de outra Constituição, substancialmente diferente da Constituição desenhada pelo poder constituinte.²⁶

A revisão e a derrogação constitucional são atos intencionais — atos cuja perfeição depende de que o agente tenha querido não apenas o procedimento mas também o resultado jurídico dele consequente.²⁷ Para que haja revisão ou derrogação tem de se manifestar intenção ou finalidade de substituir, suprimir ou aditar normas formalmente constitucionais, embora sempre no respeito dos princípios (cfr., de novo, o art. 287.º, n.º 1, da Constituição).

8. A PRIMEIRA REVISÃO DA CONSTITUIÇÃO DE 1976

O modo como se deveria fazer a primeira revisão constitucional foi, de todas as questões político-constitucionais surgidas após 1976, a mais agitada. A despeito de a Constituição se ocupar *ex professo* do assunto, cometendo tal poder à Assembleia da República [arts. 164.º, alínea *a*), 169.º, n.º 1, e 284.º e segs.], houve quem invocasse a possibilidade ou a necessidade de recorrer ao povo através de referendo; foram apresentados um projeto de lei e uma proposta de lei de autorização legislativa tendentes à organização do referendo;²⁸ e a campanha eleitoral relativa à eleição presidencial em 1980 teve-o como tema primacial.

O referendo serviria para resolver o problema dos limites materiais da revisão constitucional, pois só o povo, titular da soberania, os poderia ultrapassar; ou paravencer o bloqueamento ideológico que a Constituição traria consigo; ou para eliminar a regra da maioria qualificada de dois terços para a aprovação de alterações à Constituição; ou ainda, na hipótese de não se formar na Assembleia da República a maioria qualificada exigida no art. 286.º, para viabilizar a própria revisão.

Sendo, embora, diversas as funções esperadas do referendo, era comum a fundamentação: o princípio democrático — por o povo, por direito natural (segundo alguns), estar acima da Constituição e esta mesma apelar para a participação direta e ativa dos cidadãos na vida pública (arts. 48.º e 112.º).

Porém, a fraqueza jurídica dos argumentos era notória, à face dos cânones gerais de

²⁶ J. J. Gomes Canotilho, *Direito Constitucional*, 4.ª ed., cit., pág. 760 e 1077-1078.

²⁷ Marcello Caetano, *Manual de Direito Administrativo*, II, 10.ª ed., Lisboa, 1973, pág. 423.

²⁸ V. *Diário da Assembleia da República*, I legislatura, 4.ª sessão legislativa, 2.ª série, n.ºs 69 e 74, págs. 1140 e segs. e 1284 e segs., respetivamente; cfr. as impugnações que lhes foram dirigidas, *ibidem*, n.ºs 71 e 76, págs. 1214 (2) e 1312.

interpretação e das regras básicas do constitucionalismo ocidental (em que todo o poder público tem de estar previsto e contido em regras jurídicas e em que prevalecem os mecanismos representativos e pluralistas sobre os de democracia direta).

No fundo o que estava em causa era a oposição à Constituição; era, não já um processo para a modificar – o que pressupunha a aceitação das suas regras – mas um processo para a substituir; era saber se deveria ou não dar-se, e de que forma, rutura da ordem constitucional de 1976.²⁹

9. A INTERPRETAÇÃO CONSTITUCIONAL

I — 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 abstrata 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 as normas jurídicas que lhes correspondem.³⁰ Tem de olhar para a realidade constitucional, mas tem de a saber tomar como sujeita ao influxo das normas e não como merarealidade de facto. Tem de estar atenta aos valores sem dissolver a lei constitucional no subjetivismo ou na emoção política. Tem de se fazer mediante a circulação norma — realidade constitucional — valor. Tem de procurar estabilidade, condição de segurança dos destinatários das normas Tem de racionalizar sem formalizar. Tem de subsumir e tem de ponderar.

II — Entender e querer realizar a Constituição como Constituição *normativa* implica aceitar cinco postulados: o da *unidade*, o da *identidade*, o da *adequação* ou da *concordância prática*, o da *efetividade* e o da *supremacia*. Por si e pelos respetivos corolários, eles servem de cânones hermenêuticos que se projetam sobre os elementos clássicos — gramatical, histórico, teleológico e sistemático — e lhes requerem adaptações.

II — Em primeiro lugar, a Constituição — como, aliás, qualquer lei — deve ser

²⁹ Os resultados da eleição presidencial de 1980 resolveram esse problema no sentido da inadmissibilidade do referendo e do respeito das regras constitucionais sobre revisão, Como o Presidente da República é eleito por sufrágio universal direto, os seus eleitores seriam também os cidadãos votantes no referendo.

³⁰ Cfr. Castanheira Neves, *O jurisprudencialismo — proposta de uma reconstituição crítica do sentido do Direito*, in *Revista de Legislação e de Jurisprudência*, n.º 3957, julho-agosto de 2009, págs. 331 e segs.

apreendida, em qualquer instante como um todo, na busca da coerência, da harmonia de sentido das normas ínsitas no texto e da sua função integradora do tecido político-social. Os desdobramentos ou segmentações a que se alude com frequência — Constituição penal, económica, ambiental, do trabalho etc. — não podem conduzir a compartimentações estanques e, muito menos, a contraposições estéreis. Ainda quando convidem a aprofundamentos dogmáticos das áreas demarcadas e propiciem pontes com as normas correlativas de Direito ordinário não podem quebrar essa unidade e têm de ser considerados à luz dos princípios inerentes à Constituição material.

A tarefa do intérprete consiste, justamente, em enquadrar cada norma no seu contexto, numa perspectiva material que tenha em conta a realidade subjacente às normas.³¹ Não lhe é lícito desistir, invocando estes ou aqueles circunstancialismos históricos, a ambiência política ou as disputas ideológicas aquando da origem do texto para daí inferir a neutralização recíproca dos princípios nele consignados ou a sua insuscetibilidade de levar a resultados satisfatórios.³² Pelo contrário, a função integradora da Constituição exige um redobrado esforço, sobretudo ao juiz constitucional.

III — A unidade da Constituição é a chave da sua identidade. Somente a partir dela se chega à Constituição material de cada Estado em cada momento, assim como, encontrada esta, se torna possível e seguro descer para a dilucidação do sentido de disposições particulares (mas esses não são senão os passos da dogmática jurídica).

Não quer isto dizer que se deva menosprezar o elemento histórico. E, por causa da circulação de institutos, e da influência de uma Constituições sobre outras ou da interconstitucionalidade,³³ o elemento comparativo. Conhecer um dado instituto no sistema donde foi transplantado ou onde também se enxerga vem muitas vezes sanar dúvidas acerca da sua verdadeira dimensão e colocação; não raro, reforça o alcance a atribuir a ele ou a qualquer das normas jurídicas, que o constituam; não pode, porém, em qualquer caso, contrariar um sentido indiscutivelmente próprio do Direito positivo de que se trata.³⁴

³¹ Cfr., por todos, Konrad Hesse, *Escritos de Derecho Constitucional*, trad., Madrid, 1983, págs. 47 e segs.; J. J. Gomes Canotilho, *op. cit.*, pág. 1225.

³² Um caso paradigmático foi o da Constituição económica segundo o texto de 1976.

³³ Independentemente de se aceitar ou não a existência de família do Direito Constitucional: cfr. *Manual ...*, I, 1, cit., págs. 115 e segs.

³⁴ Jorge Miranda, *Notas para uma introdução ao Direito constitucional comparado*, in *O Direito*, 1970, págs. 115-116. Cfr., por exemplo, Albrecht Weber, *La protección de lapropriedade en derecho comparado*, in *Civitas — Revista Española de Derecho Administrativo*, 1991, pág. 490; ou Marie-Claire Ponthoreau, *Le recours à l'“argument de droit compare” par le juge constitutionnelle*, in *L'interprétation constitutionnelle*, obra coletiva, págs. 167 e segs.

IV — O postulado da adequação ou da concordância prática está estreitamente conexo com os dois postulados anteriores. Inseridas num sistema com princípios que o identificam, as normas constitucionais prosseguem os correspondentes fins. Por conseguinte, as formulações linguísticas donde constam devem ser interpretadas à luz desses fins, procurando-se resultados que sejam com eles os mais consentâneos.

Este postulado apresenta-se de particularíssima importância na área dos direitos fundamentais, em que cabe definir com rigor os bens jurídicos a cujo serviço se encontram.

Mas também é muito relevante no âmbito da organização do poder político, na delimitação e na distribuição das atribuições pelas diversas entidades públicas e das competências pelos diversos órgãos, na consideração das formas de designação e dos estatutos dos seus titulares.

V — O postulado da efetividade decorre da incindibilidade da interpretação e da aplicação. Porque são expressões verbais correspondentes a verdadeiras normas jurídicas (que têm de ser aplicadas a todos os artigos, números, alíneas do texto constitucional), há de ser encontrada uma função útil no ordenamento, um sentido conformador dos factos e situações apto a servir de parâmetro de decisão judicial.

Mais: a uma norma fundamental tem de ser atribuído o sentido que maioreficácia lhe dê.³⁵ Ou seja: tem de lhe ser conferida, ligada a todas as outras, a máxima capacidade de regulamentação e concretização. Vejam-se, no domínio dos direitos fundamentais, a preservação do conteúdo essencial, em especial, dos direitos, liberdades e garantias, o sentido restritivo das restrições e o sentido excepcional da sua suspensão; e, em especial, no domínio dos direitos sociais a garantia, pelo menos, de não retrocessos abrogantes. Veja-se, no domínio dos órgãos, não poder nenhum ter outra competência senão a que advém de norma constitucional, sendo-lhe vedado arrogar-se qualquer faculdade que, explícita ou implicitamente, seja outorgada só a outro.

E Constituição vigente e efetiva é aquela que é vigente e efetiva hoje e *para hoje*. Por mais relevante que tenha sido a intenção originária de autores do articulado (de resto, muito difícil de reconstituir em assembleia constituinte), do que se trata é de conferir às expressões verbais, à luz de uma adequada interpretação evolutiva, o significado normativo que, igualmente, possuam no momento e no contexto da aplicação.

³⁵ J. J. Gomes Canotilho (na esteira de Thoma), *Direito...*, cit., pág. 1224.

VI — O postulado da supremacia significa que não é a Constituição que deve ser interpretada de acordo com a lei; é a lei e é todo o Direito infraconstitucional que devem ser interpretados em conformidade com a Constituição;³⁶ e entre duas ou mais interpretações plausíveis de certo preceito deve adotar-se o mais conforme com a Constituição.³⁷

A liberdade de conformação do legislador ordinário, a apurar em razão de diversa estrutura das normas constitucionais, está sujeita a este imperativo. Será, por certo, bem menor diante de normas exequíveis por si mesmas do que perante normas não exequíveis e, sobretudo, perante normas programáticas. Mas a abertura irrecusável destas, ligada à exigência do pluralismo e da alternância (que são, de resto, exigências constitucionais) tem por limite a força prescritiva que aqueles nunca podem perder.

Pode, não raro, ser conveniente procurar conhecer o modo como a lei regulamenta, complementa ou concretiza uma norma constitucional e pode vir até a encontrar-se um sentido (*um sentido*, não *o sentido*) adequado que patenteie ou clarifique, no contexto do sistema, o sentido daquela norma. Não é nunca o sentido de lei que se substitui ao sentido da Constituição.

E o que se diz do legislador pode estender-se ao aplicador do Direito, mormente ao juiz constitucional — intérprete mais qualificado da Constituição — quer pelo seu múnus quer pela legitimidade do título que possua.³⁸ Conhecer a jurisprudência dos tribunais constitucionais e de órgãos homólogos torna-se indispensável a quem queira apreender a «Constituição viva».³⁹ Mas tão pouco o juiz constitucional faz interpretação autêntica e ninguém está sujeito a acolher acriticamente as suas fundamentações.⁴⁰ Pelo contrário, há que estar atento às declarações de voto individuais apenas aos acórdãos (mormente as declarações de voto de vencido) e os próprios tribunais podem julgar amanhã diferentemente e, ao longo do tempo, evoluir na sua compreensão do texto.

³⁶ Assim já escrevíamos em *Inviolabilidade do domicílio*, in *Revista de Direito e Estudos Sociais*, 1974, pág. 401.

³⁷ No fundo, a interpretação conforme com a Constituição é ainda interpretação sistemática (mas de lei, não da Constituição). Corresponde àquilo a que Miguel Teixeira De Sousa (*Introdução ao Direito*, Coimbra, 2012, págs. 363 e 364) chama o contexto vertical de interpretação.

³⁸ V. *Fiscalização da constitucionalidade*, 2ª ed., Coimbra, 2022, págs. 141 e segs.

³⁹ Na fórmula de certa doutrina italiana, segundo a qual, perante a jurisprudência consolidada, mormente de tribunais superiores, no sentido da inconstitucionalidade, o Tribunal deve abster-se de fazer interpretação conforme com a Constituição: cfr., por exemplo, Andrea Pugiotto, *Sindacato di costituzionalità e "diritto vivente"*, Milão, 1994; Rui Medeiros, *A decisão de inconstitucionalidade*, Lisboa, 1999, págs. 406 e segs. (reputando-a irrelevante em Portugal); Caterina Severino, *La doctrine du droit vivant*, Paris-Aix, 2003.

⁴⁰ Cfr. Pedro de Vega García, *El transito del positivismo jurídico al positivismo jurisprudencial en la doctrina constitucional*, in *Teoría y Realidad Constitucional*, n.º 1, 1998, págs. 65 e segs.

10. A INTEGRAÇÃO DE LACUNAS

I — A lei constitucional não regula tudo quanto dela deve ser objeto. Basta pensar no costume constitucional *praeter legem*, na expressa integração pela Declaração Universal dos Direitos do Homem (art. 16.º, 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.º, n.º 1).

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 ou completude da ordem constitucional como não há uma plenitude ou completude da ordem jurídica em geral. Há lacunas — intencionais e não intencionais, técnicas e teleológicas, originárias e supervenientes — e há 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 serão sempre as mesmas, poderão reduzir-se ou ser transitórias e depender de circunstâncias em evolução, mas parecem inevitáveis.⁴¹

II — Algumas dúvidas poderiam suscitar-se não já 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, suscetíveis 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?

São pertinentes tais dúvidas. O 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

⁴¹ Cfr. Santi Romano, *Osservazioni sulla completezza dell'ordinamento statale*, in *Scritti Minori*, I, págs. 371 e segs.; Massimo Corsale, *Lacune dell'ordinamento*, in *Enciclopedia del Diritto*, XXIII, 1973, págs. 257 e segs.; Castanheira Neves, *O princípio da legalidade criminal*, cit., págs. 132 e segs.; João Baptista Machado, *Introdução ao Direito e ao discurso legitimador*, Coimbra, 1983, págs. 192 e segs.; Claus-Wilhelm Canaris, *Pensamento sistemático e conceito de sistema na Ciência do Direito*, trad., Lisboa, 1993, págs. 239 e segs.; Carlos Frederico Marés De Souza Filho, *O Direito Constitucional e as lacunas da lei*, in *Revista de Informação Legislativa*, n.º 133, janeiro-março de 1997, págs. 5 e segs.; José de Oliveira Ascensão, *O Direito – Introdução e Teoria Geral*, 11ª ed., Coimbra, 2011, págs. 382 e segs. e 433 e segs.; João Varela, *A moderna integração das lacunas. O caso português*, in *Teoria da Argumentação e Neo-Constitucionalismo*, obra coletiva, págs. 167 e segs.; Miguel Teixeira de Sousa, *op. cit.*, págs. 385 e segs.

na perspectiva global do ordenamento jurídico (como sucede com as normas sobre imunidades), podem não o ser, na perspectiva específica e menos ampla do sistema constitucional.

Por isso mesmo a integração das lacunas de normas formalmente constitucionais deve ser feita no interior da Constituição formal e à luz dos valores da Constituição material, sem recurso a normas de legislação ordinária.⁴² E os critérios do art. 10.º do Código Civil — recurso à analogia e, na sua falta, à norma que o intérprete criaria se houvesse de legislar dentro do espírito do sistema — aplicam-se pelas mesmas razões por que se aplicam os do art. 9.º

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.⁴³

III — As lacunas constitucionais não se confundem com as omissões legislativas (também estas suscetíveis de análises diversas), cujo não preenchimento (ou não preenchimento após o decurso de certo tempo) determina inconstitucionalidade por omissão (art. 283.º).⁴⁴

As lacunas são situações constitucionalmente relevantes *não previstas*. As omissões legislativas reportam-se a situações *previstas*, mas a que faltam as estatuições adequadas a uma plena efetivação das respetivas normas no programa ordenador global da Constituição. As lacunas são detetadas pelo intérprete e pelos órgãos de aplicação do Direito. As omissões, se podem ser por eles também detetadas, só podem ser verificadas especificamente pelos órgãos de fiscalização da inconstitucionalidade por omissão.

O preenchimento de lacunas significa a determinação da regra para aplicação ao caso concreto e é tarefa do intérprete e do órgão de aplicação. A integração de omissões inconstitucionais reconduz-se à edição da lei pelo legislador, a não ser que se trate de omissões parciais e relativas e seja possível ao tribunal emitir sentenças aditivas.

11. O COSTUME CONSTITUCIONAL

I — O reconhecimento do papel do costume em sistema de Constituição formal

⁴² Primeiro há o sistema, e só depois é que pode haver lacuna (Miguel Teixeira de Sousa, *op. cit.*, pág. 389); e o sistema aqui é a Constituição.

⁴³ Sobre as lacunas da Constituição de 1976, *vide Teoria ...*, cit. págs. 306 e 307.

⁴⁴ Cfr. *Teoria ...*, cit., págs. 299 e segs.

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 atos desconformes com as suas estatuições ou por quaisquer fatores inorgânicos, vindos donde viessem.⁴⁵

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.

II — Uma tendência oposta surgiria, porém, ainda na vigência da 3.^a república na 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 efetividade no Direito constitucional.

São numerosos os autores que aceitam costume complementar da Constituição em sentido formal — ou porque, por exemplo, o Direito constitucional se não reduza às normas escritas, à «normalidade normada juridicamente»;⁴⁶ ou porque o costume dê este ou aquele caráter e tom ao Direito constitucional e se patenteie, de modo especial, no exercício das funções próprias do regime político pelos órgãos do Estado;⁴⁷ ou porque o costume exerça uma função supletiva, admitida tacitamente pelo legislador constituinte⁴⁸; ou porque ele se

⁴⁵ Sobre o costume constitucional, v. Autores citados em Teoria ..., págs. 143 e segs.; Benjamin Arkzin, La désuétude en droit constitutionnel, in Revue du droit public, 1928, págs. 697 e segs.; Julien Laferriere, La coutume constitutionnelle, ibidem, 1944, págs. 20 e segs.; Carmelo Carbone, La consuetudine nel Diritto Costituzionale, Pádua, 1948; Franco Pierandrei, La Corte Costituzionale e le «Modificazione Tacite» della Costituzione, in Scritti di Diritto Costituzionale, Turim, 1965, I, págs. 81 e segs., maxime 105 e segs.; Carlo Esposito, Consuetudine (diritto costituzionale), in Enciclopedia del Diritto, IX, 1961, págs. 456 e segs.; Jacques Chevalier, La coutume et le droit constitutionnel français, in Revue du droit public, 1970, págs. 1375 e segs.; Jean-Claude Maestre, A propos des coutumes et des pratiques constitutionnelles: l'utilité des Constitutions, ibidem, 1973, págs. 1275 e segs.; Maged El-Helw, La coutume constitutionnelle en droit public français, Paris, 1976; Denis Levy, De l'idée de coutume constitutionnelle à l'esquisse d'une théorie des sources du droit constitutionnel et de leur sanction, in Recueil d'études en hommage à Charles Eisenmann, obra coletiva, Paris, 1977, págs. 81 e segs.; Rene Capitant, La coutume constitutionnelle, in Revue du droit public, 1979, págs. 959 e segs. (é texto de conferência proferida em 1929); Anna Cândida da Cunha Ferraz, Processos informais de mudança da Constituição, São Paulo, 1986, págs. 177 e segs.; Claudio Rossano, La Consuetudine nel Diritto Costituzionale, Nápoles, 1992; Bruno Sérgio de Araújo Harts, O costume constitucional, in O Direito Público em tempos de crise — Estudos em homenagem a Ruy Rubens Ruschil, obra coletiva organizada por Ingo Wolfgang Sarlet, Porto Alegre, 1999, págs. 49 e segs.; Quirino Camerlengo, I fatti normativi e la certezza nell diritto costituzionale, Milão, 2002; J. J. Gomes Canotilho, Direito..., cit., págs. 861 e segs.; Friedrich Müller, Fragment (über) Gewalt des Volkes, 1998, trad. Fragmentos (sobre o poder constituinte do povo), São Paulo, 2004, págs. 33 e 34.

⁴⁶ Hermann Heller, *Teoria do Estado*, trad., São Paulo, pág. 298.

⁴⁷ Adolfo Posada, *Tratado de Derecho Político*, Madrid, 1930, II, pág. 93.

⁴⁸ Ganshof Van Der Meersch, *Introduction au Droit Constitutionnel Comparé*, policopiado, Estrasburgo, 1963,

afirme, com efetividade, nas crises do ordenamento, permita confirmar a vigência de regras sobre a produção jurídica, elimine lacunas constitucionais ou contribua para a estabilização dos princípios do ordenamento; ou porque mais frequentes que as revisões constitucionais sejam as mutações operadas por transformações da realidade de configuração do poder político, da estrutura social e do equilíbrio de interesses;⁴⁹ ou porque seja a própria rigidez de certas Constituições que dê azo a costumes constitucionais;⁵⁰ ou porque, a par da Constituição escrita, se desenvolva uma Constituição não escrita, enformada por princípios constitucionais fundamentais ou por regras consuetudinárias;⁵¹ ou porque o parâmetro da constitucionalidade deva ser tomado em face da experiência jurídica concreta; ou porque a insuficiência ou a indeterminação de uma pré-objetivação normativa obrigue a recorrer à prática ou a uma constituinte determinação pela prática;⁵² ou porque o costume decorra da própria necessidade de aplicação da Constituição.

As divergências dizem respeito não tanto à figura do costume constitucional quanto à sua extensão e, particularmente, às modalidades que pode revestir. O ponto mais sensível e delicado consiste em saber se pode aceitar-se ou não 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).

III — A Constituição em sentido formal nasce de um ato jurídico, do *ato constituinte*, seja este único ou instantâneo e se traduza num só diploma ou texto ou consista em atos diversos, documentados em diplomas também vários, de maior ou menor proximidade temporal. O problema do costume em sistema de 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, com a projeção do costume sobre normas constitucionais produzidas através daquele ato constituinte formal ou através de eventuais atos de revisão constitucional.

Tão pouco pode considerar-se, sequer como hipótese, o desuso de uma Constituição no seu todo, um costume de eficácia negativa que levasse à cessação da vigência de uma Constituição formal. Somente por outro ato com equivalente força constituinte — uma nova

págs. 5 e segs.

⁴⁹ Karl Loewenstein, *Teoria de la Constitución*, Barcelona, 1964, pág. 165.

⁵⁰ Armando Marques Guedes, *Introdução ao Estudo do Direito Político*, Lisboa, 1969, pág. 350.

⁵¹ Rogério Soares, *Constituição*, in *Dicionário Jurídico da Administração Pública*, II, pág. 667.

⁵² Castanheira Neves, *Fontes de Direito*, in *Polis*, II, págs. 1554-1555.

Constituição ou (como o mais das vezes se tem verificado) uma revolução — uma Constituição em sentido formal deixa de vigorar. O desuso, a dar-se, nunca pode reportar-se senão a certa ou certas normas constitucionais.

Por outro lado, o que está em causa é o costume referente a normas 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 normas constitucionais e leis materialmente constitucionais poderão ser particularmente ponderadas.

IV — Como compatibilizar, porém, normas constitucionais consuetudinárias com Constituição formal? — e para mais, com uma Constituição como a portuguesa que expressamente prescreve que o poder político se exerce «segundo as formas» ou «nos termos da Constituição» (arts. 3.º, n.º 1, e 108.º, bem como arts. 3.º, n.ºs 2 e 3, 110.º, n.º 2, 111.º, n.ºs 1 e 2, 114.º, n.º 2, 115.º, n.º 1, 116.º, n.º 3, 225.º, n.º 3, 234.º, n.º 1, 241.º, 266.º, n.º 2, 273.º, n.º 1, e 275.º, 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 projetaria sobre o poder político. E a dificuldade surge agravada aí onde — como sucede também com poucas exceções — a Constituição seja *rígida*, aí onde só possa ser revista por forma diferente da forma de lei ordinária.

É só na perspectiva global do ordenamento que se consegue ultrapassar esta e outras dificuldades. Aceites ou pressupostos o valor do costume em geral e a efetividade como fator de juridicidade (não em termos de puro facto, mas como sinal de adesão à ideia de Direito),⁵³ 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 ação. O seu lugar haverá de ser o que resultar da sua capacidade para conformar situações de vida — neste caso, situações da vida política, situações constitucionalmente significativas (sejam situações 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

⁵³ Cfr., por todos, Kelsen, *Teoria Pura...*, cit., II, págs. 38 e segs.; Ruggiero Meneghelli, *Il problema dell'effettività nella teoria della validità giuridica*, Pádua, 1964, *maxime* págs. 171 e segs. e 185 e segs.; *Validità giuridica nel normativismo e nell'istituzionalismo*, in *Diritto e Società*, 1991, págs. 1 e segs.; Mario Nigro, *Costituzione ed effettività costituzionale*, in *Rivista Trimestrale di Diritto e Procedura Civile*, 1969, págs. 1967 e segs.

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 contrário.⁵⁴

O 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 a totalidade das relações política e apenas onde ela não chega ou onde não é efetiva pode entrar o costume.

A existência de Constituição formal não determina a sua exclusividade; determina (parafrazeando HELLER) a primazia da normatividade constitucional. O 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 Constituição que os órgãos do poder têm de acatar.⁵⁵

O 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*.

V — Mesmo os setores mais adversos ao reconhecimento do papel do costume não contestam o facto da formação de costume constitucional *secundum legem*, conquanto possam negar a sua autonomia *qua tale*.

Algumas vezes trata-se de práticas cronologicamente anteriores à lei constitucional.⁵⁶ 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

⁵⁴ Por todos, José De Oliveira Ascensão, *op. cit.*, págs. 266 e segs., *maxime* 268 e segs. Mas não partilhamos a ideia de que o costume é o modo por excelência de revelação do Direito. Cfr. João Baptista Machado, *op. cit.*, págs. 163-164 e Miguel Teixeira de Sousa, *op. cit.*, págs. 158 e segs.

⁵⁵ Cfr. António Vieira Cura, *O costume como fonte de Direito em Portugal*, in *Boletim da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra*, 1998, pág. 269.

⁵⁶ Marcelo Rebelo de Sousa, *Direito constitucional*, I, Braga, 1979, pág. 49.

Direito em virtude da sua observância por partados 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.⁵⁷

Nuns e noutros casos haverá costume constitucional verdadeiro e próprio, contanto que o comando constitucional seja cumprido não por mera força da sua inserção na Constituição formal, mas por força dessas mesmas práticas tidas por obrigatórias;⁵⁸ e é na medida em que a norma acatada efetivamente se desprende, de certo modo, da Constituição formal que pode haver relevância do costume.

VI — Forçoso vem a ser também registrar a formação de mais ou menos numerosas normas costumeiras *praeter legem*, ou sejam, interpretativas e integrativas 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.⁵⁹ E não deixa ainda de ser nítida mesmo em sistemas constitucionais relativamente recentes, dada a impossibilidade de normas constitucionais pensadas em certo momento abarcarem todos os futuros novos aspetos das relações políticas — daí o surgirem, para os cobrir, não raro com maior versatilidade do que noutros setores, 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 apresenta 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.

VII — Outro é o caso do costume *contra legem* ou *contra Constitutionem*. A força jurídica da Constituição formal repele-o por princípio, tanto mais que, destinando-se a Constituição a reger o processo político, ele haverá de nascer, quase sempre, da não rigorosa observância pelos órgãos do poder das normas constitucionais escritas. O 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

⁵⁷ Assim, Carlo Esposito, *La Costituzione italiana* págs. 463 e segs.

⁵⁸ Não parece, por isso, correto dizer que o costume *secundum legem* tem mero valor estático (como diz Pablo Lucas Verdu, *op. cit.*, II, pág. 504).

⁵⁹ Denis Levy, *op. cit.*, pág. 85.

não exista. Condições pode haver que levem à sua formação, ligadas a dúvidas de interpretação de preceitos constitucionais e, em especial, a ausência ou a deficiência de mecanismos de garantia.

Em primeiro lugar, o costume constitucional *contra legem* pode emergir quando os preceitos se prestem a dois ou mais sentidos e algum ou alguns dos seus destinatários lhes deem 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 atos do poder ou em que, funcionando, não consegue cortar cerce práticas inconstitucionais, de tal sorte que, com o decurso do tempo, estas práticas se consolidam e adquirem grau suficiente de obrigatoriedade para prevalecerem. Ou então pode acontecer que seja o próprio órgão de controlo que, ao emitir o seu juízo em face de um comportamento desconforme com a Constituição escrita ou não usando do seu poder de fiscalização, participe na formação de nova norma constitucional. A efetividade do sentido normativo decorrente desta situação obsta à efetividade do original sentido normativo constante do texto constitucional.⁶⁰

12. A CADUCIDADE DE NORMAS CONSTITUCIONAIS

I – A existência de Constituição formal não determina a sua exclusividade; determina (parafraseando Heller) a primazia da normatividade constitucional. O 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.

Mais difícil tem sido a aceitação do costume *contra legem* ou *contra Constitutionem*. A força jurídica da Constituição formal repele-o por princípio, tanto mais que, destinando-se a Constituição a reger o processo político, aquele haveria de nascer, quase sempre, da não rigorosa observância pelos órgãos do poder das normas constitucionais escritas. O costume constitucional *contra legem* equivaleria à preterição da constitucionalidade.

Contudo, isso não permite fechar os olhos à vida a ponto de asseverar que tal costume

⁶⁰ Cfr. o conceito de revisão constitucional apócrifa de Vital Moreira (*A segunda revisão constitucional*, in *Revista de Direito Público*, IV, n.º 7, 1990, pág. 16).

não exista. Condições pode haver que levem à sua formação, ligadas a dúvidas de interpretação de preceitos constitucionais e, em especial, a ausência ou a deficiência de mecanismos de garantia.

II – Diverso fenómeno vem a ser, em rigor, a caducidade de normas jurídicas em geral e de normas constitucionais em especial.^{61 62}

Tal como o desuso, a caducidade refere-se necessariamente a certa edeterminada norma, e não à Constituição no seu conjunto. Afasta-se por, no desuso, ocorrer uma não prática assumida como relevante (com a consciência de não obrigatoriedade da norma em causa) e, na caducidade, por simplesmente já não se verificarem os pressupostos ou as condições de que dependia a vigência do preceito.

Na revogação dá-se a cessação de vigência da norma por ato expresso que a decreta ou por superveniência de norma contrária. Na caducidade, a cessação de vigência encontra-se preestabelecida ou provém da conjugação de mutações, de direito ou de facto, que tal provocam.

13. QUADRO DAS VICISSITUDES CONSTITUCIONAIS

Vicissitudes globais

Sem rutura

- Outorga (pelo monarca ou pelo partido único)
- Transição constitucional

Com rutura

- De dentro para fora
- Derrogação constitucional
- Golpe de Estado
- De fora para dentro
- Revolução

^{61 60}Cf. Miguel Teixeira de Sousa, *Introdução ao Direito*, Coimbra, 2012, págs. 174 e segs.

⁶² V., em Portugal hoje, *Teoria ...*, cit., págs. 335 e segs.

Vicissitudes parciais

Revisão constitucional

Interpretação (evolutiva) da Constituição

Integração de lacunas

Costume Caducidade