

Sebenta de Direito Constitucional

Nota: Esta sebenta reúne vários resumos/conteúdos de outros apontamentos, outros de autoria original. A parte sobre os PALOP foi propositadamente, por falta de ânimo, deixada incompleta. Organização e co-autoria: Tiago Jorge

1. O Direito Constitucional na Enciclopédia Jurídica

1. O conceito de Direito Constitucional

Direito Constitucional, é o conjunto de normas que regulam a organização, funcionamento e limites do poder do Estado, garantindo um equilíbrio entre a força coerciva deste e a autonomia e liberdade da comunidade em nome da qual aquele poder é exercido. Estabelece também os direitos das pessoas que pertencem à respetiva comunidade política.

Equilíbrio entre:

- ✚ O poder público estadual, que monopoliza os meios públicos de coerção;
- ✚ A comunidade de pessoas em nome da qual esse poder é exercido. Carecendo estas de autonomia e liberdade frente ao poder do estado;

O conceito decorre da palavra *Constituição*, sendo esta a identidade de um Estado.

O DC é considerado ramo do Direito, pois tem por base três elementos que permitem essa caracterização:

- elemento subjetivo: define-se pelo destinatário do DC, podendo este ser o Estado-Poder (organização do poder público) ou Estado-Comunidade (as pessoas que integram a comunidade política).
- elemento material: define-se pelas matérias que são objeto de regulação do DC, consistindo num conjunto de regras e princípios jurídicos aplicáveis como opções fundamentais do Estado.
- elemento formal: define-se pela superioridade hierárquica do DC na Ordem Jurídica.

2. As divisões do Direito Constitucional

- Direito Constitucional Social: regulação dos direitos fundamentais das pessoas face ao poder público
- DC Económico, Financeiro e Fiscal: organização económica da sociedade, controlando as intervenções do poder público nestas dimensões
- DC Organizatório: disciplina o poder público, no que toca à sua organização e funcionamento, bem como gere as relações que nascem das suas estruturas
- DC Garantístico: mecanismos de proteção da Constituição e defesa da sua superioridade na Ordem Jurídica, garantindo que prevalece sobre os atos jurídicos que lhe sejam contrários

Existem outros ramos, mais específicos, do Direito Constitucional, entre outros:

- DC Internacional: traça as relações internacionais do Estado, incorporando o Direito Internacional Público no Direito Interno; relação entre os estados membros da EU;
- DC dos Direitos Fundamentais: Regulação dos direitos fundamentais das pessoas frente ao poder público, relativamente à sua positivação, regime de exercício e mecanismos de defesa;

- DC Económico: orienta a organização da economia, tanto no foro privado como na intervenção estatal;
- DC Ambiental: impõe deveres e esquemas de atuação ao poder público, aumentando os direitos dos cidadãos;
- DC Eleitoral: funcionalmente – procedimento eleitoral; estaticamente – direito de sufrágio e princípio da soberania democrática;
- DC dos Partidos Políticos: define o estatuto jurídico dos partidos políticos e o seu papel a desempenhar numa sociedade democrática;
- DC Parlamentar: estatuto do Parlamento e as suas relações com os demais órgãos de poder;
- DC Procedimental: regulação das fases pelas quais se desenrola o processo legislativo, sobretudo dos atos legislativos.
- DC Regional: incide no estatuto constitucional das regiões autónomas
- DC Processual: estabelece mecanismos processuais de fiscalização da constitucionalidade das leis (justiça constitucional);
- DC de Segurança: regula a atividade das forças armadas e policiais, constitucionalmente relevantes para a proteção do Estado, como para os deveres fundamentais dos cidadãos de proteção do Estado;
- DC de Exceção: engloba os princípios e normas a aplicar em caso de crise que perturbe a estabilidade constitucional, permitindo um reforço do poder público contra os direitos dos cidadãos (temporariamente);
- DC Penal: Múltiplas de critério e limite do *ius puniendi* (direito de punir) do Estado a partir dos princípios e valores constitucionais.

3. As características do Direito Constitucional

O Direito Constitucional integra-se no Direito Público, dado que posiciona o poder público na sua dimensão de suprema autoridade soberana, regulando os seus poderes, bem como as relações com as pessoas e outros poderes e ainda as máximas de orientação da vida coletiva. Além do mais, tem em vista o interesse público, na medida em que nele se estabelecem as orientações da vida coletiva.

1. **Supremacia:** não se pode equacionar o Direito Positivo sem se ter em conta a estrutura hierarquicamente organizada que dispõe. No topo da pirâmide da Ordem Jurídica, encontra-se o Direito Constitucional, o que significa que nenhuma outra fonte poderá contrariar o seu sentido ordenador, sob pena de ser considerada inconstitucional. Para se garantir a supremacia, são adotados mecanismos que garantam a sua vigência, prevendo-se sanções para aqueles que a violarem. No entanto, a supremacia não pode ser confundida com uma suposta ilimitação material das opções de Direito Constitucional.
2. **Transversalidade:** o Direito Constitucional ocupa-se de traçar as grandes opções de determinada comunidade, o que resulta na sua relação com múltiplos temas que, inevitavelmente, são relevantes para a convivência coletiva. Pelegrino Rossi considera que a transversalidade do DC é observável na medida em que este é composto pelas *têtes de chapitre* da Ordem Jurídica.

A transversalidade traz problemas à harmonização com as zonas fronteiriças de outros Direitos.

3. **Politicidade:** Resulta do objeto do Direito Constitucional ser o estatuto do poder político. Não é só a natureza do seu objeto mas também as implicações que este irá projetar na definição do regime jurídico que irá estabelecer. Pode haver por isso uma dificuldade de perceber os casos que devem ser deixados simplesmente ao livre jogo da atividade política
4. **Estadualidade:** o Direito Constitucional é sujeito e objeto do Estado. Ainda que o Direito não tenha necessariamente de ser estadual, é indiscutível que o DC o é, sendo também o mais estadual dos ramos de Direito, ao representar a radicalidade da soberania estadual.
5. **Legalismo:** o Direito Constitucional tem uma visão legalista, tanto que a relevância atribuída às possíveis fontes normativas recai sobre a lei. Assim é dado que o DC evoluiu paralelamente à sua codificação, estabelecendo-se contra um Direito consuetudinário. Tendo em conta a função de regular o poder público, que deve ser realizada com a maior precisão, de forma a limitá-lo, é muito difícil fazê-lo recorrendo ao costume ou à jurisprudência. Por outro lado, a necessidade legalista prende-se com a expressão democrática de soberania, que é apenas viável pela representação das maiorias nas deliberações apropriadas à confeção das leis.
6. **Fragmentação:** nem sempre lhe compete proceder a uma regulação exclusivista das matérias constitucionais, o que significa que deixa para outros níveis de regulamentação a dita tarefa. Assim, o DC apresenta-se como o fundamento dos diversos institutos jurídicos.
7. **Juventude:** Esta característica deve-se ao facto de ter decorrido relativamente pouco tempo entre a sua criação moderna e a atualidade em que vivemos. Ele não contempla, portanto, conceitos e soluções decorrentes de há muitos séculos porque se assim não fosse, corria o risco de se apresentar com *debilidade dogmática*.
8. **Abertura:** o DC não é um sistema normativo fechado, sendo influenciado tanto pelos outros ramos de Direito, como pelos outros ordenamentos internacionais, mantendo com todos eles relações intersistemáticas.

4. As relações do Direito Constitucional com os ramos do Direito

O conhecimento de Direito Constitucional torna-se mais marcante pela demarcação das suas linhas de fronteira no confronto com outros ramos de Direito, contendo estas matérias com a particularidade de não ser fruto de uma divisão de tarefas, mas sim surgir com zonas sobrepostas, presentes tanto do DC como no ramo jurídico que com ele se relacionam.

Ao Direito Constitucional concede-se a essência de uma regulamentação jurídico-normativa, à qual se acrescenta uma força hierárquica suprema:

- a **essencialidade material regulativa** determina que cabe ao DC estabelecer as grandes opções da Ordem Jurídica, podendo apresentar-se conexos com múltiplos ramos do Direito.
- a **supremacia hierárquico-formal** subordina todos os ramos de Direito às orientações dadas pelo DC, acarretando a necessidade de os regulamentos normativos lhe serem

conformes, ainda que não sejam uma parte integrante deste, dada a impossibilidade de se transpor tudo para a Constituição.

Assim não pode estranhar-se que as relações do DC com outros ramos sejam mais intensas do que o que acontece com qualquer outro sector jurídico. Este facto permite até o desenvolvimento de *ramos jurídicos mistos* (como o DC Internacional ou o DC Penal).

Dado que o DC regula o poder público, as suas relações mais intensas dão-se com o Direito Público, havendo vários ramos onde se estabelecem as ligações:

- Direito Administrativo: o DC fixa as grandes linhas orientadoras dos principais temas, como a organização administrativa (Estado-administração), os direitos fundamentais dos administrados, as diversas manifestações do poder administrativo ou os termos da intervenção jurisdicional na averiguação da juridicidade administrativa;
- Direito Internacional Público: definição da relevância do DIP na ordem jurídica interna, definição dos poderes das pessoas coletivas internas no que respeita à participação nas relações internacionais, com a natural relevância que é dada ao Estado;
- Direito da EU: o DC autoriza essa pertença comunitária e de definir as relações entre as duas ordens jurídicas, sem nunca perder de vista o carácter primário do poder estadual que se simboliza na própria ideia de Constituição como lei unicamente estadual;
- Direito Penal: amplamente limitado pelos direitos invioláveis que o DC reconhece aos cidadãos;
- Direito Contraordenacional: o DC define as sanções pecuniárias ou outras de cariz acessório;
- Direito Judiciário: o DC estabelece as linhas mestre do seu ordenamento e da relação dos órgãos judiciais com os restantes;
- Direito Processual: o DC impõe certos direitos fundamentais de cunho processual, tais como o *Habeas Corpus*;
- Direito Financeiro: o DC estabelece as prioridades fundamentais na elaboração do Orçamento de Estado, bem como das receitas e das despesas de diversos organismos públicos em geral, para além dos mecanismos de controlo, político e jurídico, daquela mesma atividade;
- Direito Fiscal: o DC fundamenta a tributação e institui os direitos e deveres dos contribuintes;
- Direito da Religião: o DC protege a liberdade religiosa, numa perspectiva individual e comunitária – e no domínio da relação do poder público com o fenómeno religioso, nas suas diversas manifestações;
- Direito da Economia: não sendo em Estado Social a atividade económica desregulamentada, o DC ocupa-se da disciplina fundamental do regime económico a estabelecer;
- Direito da Segurança: o DC fixa as orientações fundamentais para cada uma das suas vertentes, como a segurança externa, interna, internacional ou a segurança do Estado.

Embora menos fortes, o DC apresenta-se igualmente como um sector jurídico com muitas opções para o Direito Privado. Isso é evidente nos sectores constitucionais do Direito Constitucional dos Direitos Fundamentais e do Direito Constitucional da Economia.

2. O Direito Constitucional na Ciência do Direito

7. A Ciência do Direito Constitucional

Do Direito Constitucional devem extrair-se orientações para o dever-ser concreto no plano estadual, daí que exista a Ciência do Direito Constitucional, cujo objeto de estudo é o Ordenamento Jurídico-Constitucional, procurando soluções com base num dado ordenamento constitucional concreto, repousando numa dada juridicidade positivada.

O pluralismo metodológico possibilita este exercício científico numa perspectiva multidimensional, destacando-se quatro que orientam o trabalho do constitucionalista:

1. *perspetiva histórico-comparatística*: permite o conhecimento do tratamento de um mesmo assunto tanto por normas anteriores como estrangeiras, no sentido de se encontrarem princípios gerais comuns, a fim de se encontrar um fundo explicativo das soluções adotadas.
2. *perspetiva exegética*: encontrar soluções através da interpretação das normas e integração de lacunas, tendo as fontes constitucionais como ponto de partida.
3. *perspetiva dogmática*: visa avaliar melhor os dados obtidos a partir das fontes constitucionais através da sua inserção numa lógica sistemática global.
4. *perspetiva teórica*: é possível a elevação acima do Direito Constitucional Positivo e formular orientações e conceitos gerais, com utilidade em vários espaços constitucionais.

A autonomia da Ciência do Direito Constitucional não é absoluta, mas antes relativa, dado que é derivada da Ciência do Direito. Todavia, podem especificar-se traços da sua autonomia:

- *autonomia regulativa (ou normativa)*: firma-se na existência de textos normativos próprios, altamente codificados no diploma Constituição.
- *autonomia científica ou dogmática*: atestada pela existência de conceitos e princípios privativos, tão importantes como as peculiaridades regulativas do DC.
- *autonomia pedagógica ou didática*: afirma-se pelo facto de, nas escolas de Direito, ter para si reservado um momento pedagógico peculiar, separado das restantes disciplinas.

8. Os desafios ao pensamento científico no Direito Constitucional; o “Constitucionalismo Total”

A Ciência do DC foi evoluindo na sua orientação metodológica, refletindo o debate geral sobre o pensamento científico acerca do Direito. Ao Direito Constitucional colocam-se dois prementes desafios:

- ✚ a operacionalidade dos princípios constitucionais como expressão da força normativa da Constituição: implica que as soluções práticas que ditam a determinação da Constituição como critério de decisão de juridicidade da Ordem Jurídica se

consubstanciem em orientações definidas a partir de princípios constitucionais, e não tanto de normas constitucionais. Estes princípios revelam-se sobretudo importantes na integração de eventuais lacunas constitucionais e pela sua natural flexibilidade;

- ✚ a irradiação do DC para todos os lugares de Direito: A Constituição já não é somente um assunto dos políticos ou dos bastidores do poder, mas antes uma ordenação fundamental da vida dos cidadãos e da comunidade política. Tal sucede, pelo menos, em três níveis: no Direito Público estadual; no Direito Privado nacional; e no Direito da Comunidade Internacional e das Relações Internacionais.

Este é um desafio especialmente árduo no DIP, mas que a Globalização trouxe, propiciando que os princípios e os valores associados ao Constitucionalismo Contemporâneo, nascido na contenção do poder do Estado, possam moldar muitos dos modos de organizar e de agir das instituições da Comunidade Internacional.

Quer isto dizer que o *Constitucionalismo Total* será também um *Constitucionalismo Global*, mercê das transferências dos mecanismos de limitação do poder público para os sujeitos internacionais, assim reorganizando as suas relações jurídicas, ainda que a diversa origem do DIP coloque obstáculos espinhosos, desde logo a maior proximidade que aqui se vive entre a Política e o Direito.

9. As Ciências Afins e Auxiliares da Ciência do Direito Constitucional

A Ciência do Direito Constitucional não está isenta de *ciências afins*, que tratam do mesmo objeto regulado pelo Direito Constitucional, e *ciências auxiliares*, que fornecem informações importantes para a compreensão do DC.

Torna-se necessário conhecer o modo como estas ciências se interrelacionam, para demarcar as zonas de vizinhança, de forma a evitar sincretismos metodológicos ilegítimos e porque é fulcral admitir que as ciências, sejam elas quais forem, já não se desenvolvem no seu isolamento, mas antes na interdependência.

As Ciências Afins:

- Ciência Política
- Teoria Geral do Estado
- Sociologia Política
- História das Ideias Políticas e História Política
- Filosofia Política
- Política Constitucional
- Constitucionalismo Económico

As Ciências Auxiliares:

- Ciência da Linguagem
- Estatística e Matemática
- História
- Sociologia
- Economia
- Antropologia
- Geografia e Astrofísica

7. Elementos de estudo

É diversa a natureza dos elementos de estudo com que se deve partir, salientando-se quatro tipos:

1. Elementos doutrinários
2. Elementos legislativos
3. Elementos jurisprudenciais

4. Elementos documentais

3. Os princípios constitucionais

11. O sentido dos princípios constitucionais em geral

Os **princípios constitucionais** traduzem indicações de dever-se, que se impõem aos destinatários do DC, mas que são muito mais gerais do que as **normas constitucionais**, apenas indicam caminhos a seguir, admitindo diferentes intensidades na respetiva operacionalidade.

Para além disto, coexistem com princípios contrários, ao passo que as normas são antinómicas, por isso se excluindo mutuamente, e aplicam-se sob diferentes velocidades, ao passo que as normas assentam numa "lógica de tudo ou nada". Finalmente, os princípios relacionam-se intimamente com as normas, sendo a aplicação delas a sua forma de realização.

Existem várias classificações que permitem o enquadramento dos princípios constitucionais:

- *princípios constitucionais jurídicos* (sistema jurídico) e *princípios constitucionais políticos* (conformação do poder público do Estado).
- *princípios constitucionais materiais ou princípios constitucionais organizatórios*: os primeiros dizem respeito a questões de fundo, os outros prendem-se com a distribuição de competências dentro do sistema político.
- *princípios constitucionais sociais, económicos e garantísticos*: orientações relevantes, como princípio da universalidade, do planeamento da economia, da constitucionalidade, da separação e interdependência de poderes;
- *princípios constitucionais supra-positivos e princípios constitucionais positivos*: os primeiros decorrem do Direito Natural, os outros representam opções livres da comunidade estadual.
- *princípios constitucionais lógicos e princípios constitucionais valorativos*: os primeiros integram uma ideia de racionalidade, os outros incarnam a defesa de valores fundamentais dos cidadãos.

Os princípios constitucionais têm várias funções:

- *função legitimadora*: definem a aceitação da OC, permitindo-se fazer um juízo da sua validade material.
- *função normogénica*: são aptos à produção direta de uma orientação de dever-ser que é acatada pelos órgãos aplicadores de Direito.
- *função interpretativa*: possibilitam a calibração de entendimentos hermenêuticos relativamente aos preceitos constitucionais.
- *função integradora*: orientam o preenchimento de lacunas.

Na CRP, os princípios constitucionais são considerados componentes ativos da Ordem Constitucional, servindo até, a par das normas constitucionais, para controlo da constitucionalidade de atos jurídico-públicos.

12. A relevância dos preâmbulos constitucionais

Logicamente, os preâmbulos estão antes do articulado constitucional e, por isso, não fazem parte do enredo que se vai relatar.

Assim, existem três modalidades de preâmbulos:

1. *preâmbulo formal-protocolar*: consiste na adoção de uma pequena fórmula que antecede o primeiro artigo do texto constitucional, referindo-se ao órgão, ao local e à data da sua aprovação.
2. *preâmbulo histórico-narrativo*: consiste na descrição das circunstâncias histórico-políticas que rodearam o nascimento da Constituição.
3. *preâmbulo normativo-ordenador*: consiste na atribuição ao preâmbulo da mesma força dispositiva do texto constitucional.

Os preâmbulos são bons indicadores da evolução histórico-constitucional do Estado, tanto que aqueles Estados com o constitucionalismo implantado há mais tempo têm preâmbulos curtos e sóbrios, e aqueles que recentemente alcançaram a independência ou passaram por mudanças constitucionais, ostentam preâmbulos maiores e mais explicativos das alterações ocorridas.

É o caso da CRP, com um preâmbulo que se divide em três partes:

- parte *histórico-narrativa*
- parte *substantivo-doutrinal*, em que se apresentam as ideias que vão enformar o novo texto constitucional
- parte *protocolar-formal*

Este preâmbulo mantém-se inalterado desde a Assembleia Constituinte, mas há a necessidade de proceder à sua alteração na próxima revisão constitucional.

4. As normas constitucionais

13. O sentido das normas constitucionais em geral

Apresentam uma estrutura dualista: a previsão e a estatuição. Estabelecem critérios materiais de decisão, com a preocupação de serem aplicadas na totalidade. As normas de DC deixaram de ser normas meramente internas (aplicáveis ao Estado-Poder), para passarem também a dizer respeito ao Estado-Sociedade.

Classificação das normas:

- *normas primárias e secundárias*: as primeiras estabelecem critérios de decisão, as outras fixam consequências para a violação das primeiras.
- *normas prescritivas, proibitivas e permissivas*: as primeiras obrigam a um comportamento, as segundas proíbem um comportamento, as últimas permitem um comportamento.
- *normas materiais e remissivas*: as primeiras estipulam um critério material de decisão, as outras estabelecem uma ordenação de dever-ser, por referência a normas materiais.
- *normas comuns e particulares*: as primeiras aplicam-se aos destinatários em geral, as outras dirigem-se a certas categorias de pessoas.
- *normas gerais, especiais e excepcionais*: as primeiras aplicam-se à globalidade das situações, as segundas estabelecem desvios em face de um regime para fazer face a um certo grupo de casos, as últimas fixam um regime oposto ao fixado nas normas gerais.
- *normas nacionais, regionais e locais*.

Classificação própria do Direito Constitucional

- *normas substantivas e normas adjetivas*: as primeiras consagram regimes jurídicos, com soluções para os problemas que pretendem resolver; as segundas dispõem os mecanismos de defesa desses mesmos regimes;
- *normas materiais, normas organizatórias e normas procedimentais*: as materiais dizem respeito ao objeto e ao conteúdo dos atos, fixando-se a respetiva disciplina; as organizatórias às atribuições e competências de pessoas coletivas; as procedimentais regulam os trâmites dos atos jurídico-públicos;

14. Algumas modalidades de normas constitucionais

Normas preceptivas e programáticas:

1. Normas preceptivas: de aplicação imediata, pode exigir-se a estatuição assim que se observe a situação (a previsão). Contudo, podem ser suspensas (por exemplo: no Estado de Sítio).
2. Normas programáticas: de aplicação mediata/diferida, a estatuição fica adiada até que se reúnam condições para ser aplicada. São vinculativas em relação aos fins, mas não com a mesma força que a normas preceptivas.

Normas auto-exequíveis e hereto-exequíveis:

1. Normas auto-exequíveis: apresentam a capacidade inata de se executarem por si mesmas.
2. Normas hereto-exequíveis: de aplicabilidade indireta, necessitam de outra norma de valor inferior para ser concretizada (age em conjunto com esta, *p.e.* normas de direitos sociais).

Segundo Jorge Miranda, sintetizando ambas as vertentes

1. *Normas constitucionais preceptivas auto-exequíveis*: dotam-se simultaneamente de eficácia imediata e direta, pois ganham sentido logo na realidade constitucional e não carecem de qualquer outro ato jurídico-público para serem executadas (*p.e.* liberdade de expressão);
2. *Normas constitucionais preceptivas hetero-exequíveis*: têm eficácia imediata mas indireta, precisando de um ato jurídico-público complementar para serem executadas (*p.e.* efetividade da nova entidade reguladora da comunicação social);
3. *Normas constitucionais programáticas, por definição sempre hetero-exequíveis*: estipulam objetivos a atingir, mas sem que a respetiva força jurídica se imponha imediatamente, para o efeito carecendo de atos jurídico-públicos de execução (*p.e.* o direito à segurança social, à cultura...)

5. O Direito Constitucional e a Ordem Jurídica

15. O Direito Constitucional e as outras parcelas da Ordem Jurídica

A conceção sistemática do DC, como Ordem Jurídica não se pode limitar ao relacionamento entre normas e princípios constitucionais.

Assim, é necessário observar as relações entre o DC e os outros sistemas normativos, partindo do pressuposto que a Ordem Jurídica jamais poderia sobreviver se tudo fosse consagrado no DC.

16. As relações intersistemáticas do Direito Constitucional com outros ramos normativos

Estas relações podem dar-se:

- no *plano das fontes normativas*: o DC posiciona-se na formação das fontes de Direito, impondo as suas orientações.
- no *plano da hermenêutica jurídica*: o DC atua como parâmetro interpretativo e integrador de outros ramos jurídicos, podendo o inverso também acontecer.
- no *plano da aplicação das fontes normativas*: o DC vale preferentemente na aplicação das suas fontes no seio da Ordem Jurídica, mas podem ser aceites casos em que o mesmo DC se retraia em benefício da aplicação de outras fontes normativas.

Há inter-sistematicidade interna e inter-sistematicidade externa:

1. inter-sistematicidade interna: implica as relações sistemáticas do DC dentro da OJ em geral, sendo este responsável por dirigir o conjunto. O DC, não podendo dizer tudo, aceita que outros níveis da OJ o complementem.
2. inter-sistematicidade externa: representa a possibilidade do DC estabelecer comunicações com setores normativos não jurídicos, mas que possam ser relevantes para o DC. Nesta hipótese, existem as normas ou princípios constitucionais que, implícita ou explicitamente, requeiram uma apreciação que vá para além da positividade do Direito em geral (como normatividade inerente aos valores supra-positivos ou a normatividade decorrente de saberes de natureza técnica).

As razões que explicam as relações do DC com outros ramos são:

- comandar as opções fundamentais de outros ramos do Direito.
- incorporar opções fundamentais que sejam ditadas por outros ramos do Direito, mas cuja receção global não se justifica, apenas alguns dos seus traços fundamentais.
- estabelecer primariamente os fundamentos das disciplinas jurídicas.

Todas estas razões assentam no pressuposto comum de que a especialização estrutural e funcional dos vários setores jurídicos é inevitável, dado que o DC é o núcleo regulativo do Direito, mas é impossível nele incluir a globalidade da regulação.

Do mesmo modo, é de esperar que do DC nasçam orientações que atinjam todos os lugares da Ordem Jurídica ou desta possa legitimamente receber contributos para melhor levar a cabo a sua missão ordenadora.

O Estado

6. O poder político e o Estado

17. Conceito e origem do poder político

A atividade humana carece de regulação (estruturação, organizações e procedimentos) para que se atinjam os altos padrões da boa convivência social. Assim, nasce o poder político, cujo objetivo é harmonizar os diferentes objetivos dos indivíduos e grupos.

As distorções da tarefa do poder político comportam dois possíveis resultados:

- *anomia ou anarquia*: ausência de poder político, com muitos casos de irracionalidade;
- *ditadura ou totalitarismo*: poder políticos arbitrário, não respeitando as liberdades da comunidade que gere;

Poder político: capacidade de criar normas que regulam comportamentos e de as impor, através de um aparelho coativo, se necessário. Tem, portanto, duas dimensões:

- *dimensão subjetiva*, através da qual o poder político exprime orientações jurídicas destinadas à regulação da vida em comunidade;
- *dimensão adjetiva*, em que o poder político se "defende a si próprio", organizando a obediência que os outros lhe devem.

Ainda que a existência de estruturas de desempenho de poder político não seja contestável, o mesmo não sucede com a sua origem, a causa que explica a atribuição e a limitação intrínseca do próprio poder.

- *origem naturalista*: nascida no pensamento de Aristóteles, que advoga que o Homem é um animal político, esta teoria afirma que o poder político se apresenta como necessário à organização social, para a qual os seres humanos tendem, ainda que contra a sua vontade individual, mas de acordo com a sua sociabilidade inata. Aristóteles argumenta que o Homem só o é quando vive numa comunidade organizada, tendo a socialidade como fim a atingir (que só é realizável no Estado). Mais, o fim do Estado é apenas a realização do *bem* pleno.
- *origem teológica*: defende que todo o poder é derivado de Deus, sendo este a causa final de tudo e de todos, bem como a criação em geral.
 - *as teorias teocráticas* divinizam os reis (são, normalmente monárquicas), sendo-lhe até prestado culto
 - *as teorias do direito divino sobrenatural* implicam que os governantes sejam diretamente escolhidos por Deus, exercendo um poder que é um dom divino, observável pela ajuda na realização de feitos históricos
 - *as teorias do direito divino providencial* consagram que os governantes não são diretamente designados por Deus, antes pelo povo, sendo este o primeiro detentor do poder político e responsável por atribuí-lo a quem achar mais conveniente (destaque para São Tomás de Aquino)
- *origem voluntarista*: argumenta que os Homens decidem sair do Estado Natureza para construir a Sociedade, sacrificando parcelas das suas liberdades individuais para criar, através de um pacto ou contrato social, um poder político que proteja a todos de igual forma.
 - *a teoria do pacto de sujeição irrevogável e absoluto*, como a de Hobbes, confere aos governantes o poder de vida e morte sobre os súbditos, fazendo com que os homens saíssem da guerra de todos contra todos para criar a sociedade
 - *a teoria do pacto de sujeição revogável* opõe-se à teoria anterior na medida em que admite a destituição ou tiranicídio dos governantes pelo povo
 - *as teorias contratualistas democráticas*, como a de Locke, defende a limitação do poder político, sendo este radicado na vontade da comunidade e responsável pela proteção dos direitos fundamentais dos indivíduos
 - *a teoria do contrato social em favor de um poder parlamentar*, defendendo o poder político ilimitado (Rousseau).

Com a Idade Contemporânea e o Constitucionalismo, a origem do poder político, sendo popular, oscilou entre a soberania nacional (que reconhece o poder político na comunidade sociológica e histórica) e a soberania popular (que aceita que o poder político resida na comunidade através de cada um dos seus membros; os cidadãos têm direitos de participação política). Nos tempos mais recentes é consensual que o poder político reside na vontade dos cidadãos, que livremente estruturam a comunidade política através da aprovação da Constituição.

As teorias da origem voluntária e minoritária coincidem ao considerar que a atribuição da possibilidade de escolha do poder político deve recair sobre um grupo restrito, não sendo verdadeiramente democráticas:

- **Despotismo Esclarecido:** funda o poder político na iluminação do rei, estando este acompanhado pela sua elite bem-pensante, repudiando a origem divina
- **Doutrina marxista-leninista:** preconiza a ditadura do proletariado, tendo sido aplicada nos Estados soviéticos, entregando o poder político e o sistema económico apenas à classe operária
- **Totalitarismos de direita:** regimes fascistas e fascizantes, negaram a democracia, exercendo um poder político autoritário argumentado pelo interesse da nação e assente na organização corporativa da sociedade, tendo em conta as concepções belicistas e organicistas

18. O poder político e outros poderes

Para além do poder político, que pode impor-se fazendo uso da força, se necessário, existem outros poderes que movem os indivíduos e grupos sociais, podendo até ser mais efetivos que o poder político, ainda que não se caracterizem pela coercibilidade, fazendo-se impor através de uma lógica de persuasão.

- **poder social:** resume-se à circunstância da vida em sociedade estar submetida a tradições comuns e a normas de comportamento, em conformidade com certos padrões de etiqueta social, de onde se extrai um *dever-ser* (sem proteção coativa), à qual se dá o nome de Ordem de Trato Social. Todavia, o incumprimento desta ordem não acarreta sanções, mas antes juízos subjetivos de censura ou reprovação social.
- **poder religioso:** expressão da vontade das organizações religiosas ao estabelecer normas disciplinadoras da atitude dos respetivos crentes. Trata-se da Ordem Religiosa, disciplinadora de um *dever-ser* vertical (entre os crentes e Deus) e horizontal (entre crentes). Aqueles que incorrem no incumprimento dos imperativos religiosos são pecadores, sofrendo sanções espirituais em terra, ou no mundo pós-terreno.
- **poder da comunicação social:** assenta na função de intermediação que os meios de comunicação social facultam entre as notícias e os cidadãos. Usados de certo modo, os instrumentos de comunicação e informação podem ser desvirtuados e influenciar os cidadãos para além dos factos que querem relatar. A força deste poder afere-se pelo seu contributo na formação da opinião pública, que resume o conjunto das opiniões publicadas que limitam os decisores políticos e a opinião dos cidadãos em geral.

Podemos ainda enumerar:

- poder económico;
- poder militar;
- poder cultural;
- poder desportivo;
- poder científico;

11. O poder político e as diversas entidades jurídico-políticas

O poder político ganha um real sentido quando associado às estruturas que exprimem a sua concretização. Havendo poder político, a principal entidade detentora deste é o Estado. No entanto, este não é o único, dado que delega funções a outras entidades, passando também estas a deter uma parcela do poder e existindo outras não derivadas daquele:

1. entidades pré-estaduais
2. entidades infra-estaduais

3. entidades inter-estaduais
4. entidades para-estaduais

1. Anteriores à conceção e desenvolvimento do Estado, as mais representativas confundem-se com os primeiros indícios de organização da coletividade, em que o poder era entregue a entidades, numa tentativa de manutenção da segurança e convivência coletiva, limitado ao espaço territorial e de comunidades tradicionais.

Com a organização estadual, estas entidades foram extintas ou então existem clandestinamente, sendo que o poder político é exercido à revelia do poder estadual, estando confinado a determinadas parcelas do território.

2. Inserem-se no âmbito territorial do Estado, apresentando-se com autonomia organizatória e funcional por ele entregue, oriundas de um processo de descentralização do poder político. A qualidade das suas competências exercidas é menos intensa, tal como é menor a extensão espacial da atividade dos respetivos órgãos.

Estas entidades que corporizam espaços territoriais com autonomia jurídico-pública e têm poderes (ainda que limitados), correspondem ao contexto geral das entidades que se situam abaixo do Estado a que se vinculam. São exemplos as Regiões Autónomas, no caso de Portugal, ou as Regiões Administrativas Especiais de Hong Kong e Macau, na China.

3. Representam a possibilidade de duas ou mais realidades estaduais se associarem, criando os **Estados compostos**, em que essas realidades estaduais não desaparecem, mas ficam com poderes limitados. Desses Estados compostos podem criar-se duas sub-espécies:

- **Estados Federais**, a nova realidade estadual, não fazendo desaparecer os Estados Membros, adquire a natureza estadual com base na criação de uma nova estrutura de *sobreposição* em relação àquela que permanece nos Estados Federados;
- **Uniões Reais**, a nova realidade estadual surge numa estrutura de fusão com algum(ns) Estado(s) membros dessa União, pertencendo tanto à União, como ao Estado membro dessa União, sendo fundada num tratado internacional.

Existem outros fenómenos semelhantes:

- **Associações confederativas**, em que a transferência de poderes estaduais não é total, mas parcial, criando as *confederações*, muito mais limitadas do que os Estados compostos.

As *confederações* são associações de Estados, fundadas num tratado internacional, que consagra as atribuições transmitidas, bem como os órgãos responsáveis pela sua prossecução.

- **Organizações internacionais**, permitem o aparecimento de uma nova entidade jurídico-internacional, regulada pelo Direito Internacional Público, sem carácter estadual, sendo compostas por dois elementos:
 - elemento organizacional - atende à formação de uma nova pessoa coletiva, dotada de órgãos próprios, que lhe imputam uma vontade funcional em nome de interesses privativos
 - elemento internacional - refere-se à regulação pelo Direito Internacional, não sendo primeiramente criada pelo Direito Interno

4. São estruturas sem teor estadual, ainda que se aproximem desta realidade, havendo vários motivos para tal se suceder, havendo dois grupos possíveis:

1. *os beligerantes e insurretos*: marcados pela brevidade da sua existência, sob a promessa de virem a exercer poder político dentro do Estado onde atuam.

Os beligerantes são grupos que procuram a luta armada em prol da mudança do sistema político do Estado em que se inserem, não extravasando, portanto, para outros Estados, nem tendo uma implicação internacional. Devem ocupar uma parte do território, levando a cabo uma atividade bem sucedida.

Os insurretos são também grupos armados que buscam o derrube do sistema político, contudo, não se estabelecem numa zona definida do território, espalhando as suas guerrilhas em diversas zonas, não se encontrando uma que seja a "sede" do controlo político-administrativo.

2. *as minorias nacionais ou os movimentos de libertação nacional*: entidades que não são Estados, mas agem na promessa da sua criação futura. Querem transformar o território onde habitam (bem como a comunidade que o habita) numa realidade estadual, dando origem a uma unidade jurídico-política onde já existe uma unidade histórico-geográfica.

A atividade que desenvolvem não é necessariamente bélica, podendo ser puramente diplomática, chamando a atenção para a justiça da criação daquela nova realidade. Os seus objetivos são conseguidos através da proclamação de independência política.

É o Direito Constitucional o sector jurídico que primacialmente traça o estatuto do Estado, como principal entidade jurídico-política, em nenhuma outra estrutura de poder político o DC se apresenta com tanta intensidade regulativa.

7. O Estado como principal entidade jurídico-política

20. O Estado em geral: conceito, características, fins, aceções e nomenclatura

Nos dias de hoje, o Estado, herdado da Idade Contemporânea, é o principal modo de organização política e social, que satisfaz os interesses dos cidadãos, tendo-se mantido estável na sua essência ao longo da História.

É a estrutura que, num dado território, exerce o poder político soberano, em nome de uma comunidade de cidadãos que ao mesmo se vincula.

Características do Estado:

- *complexidade organizatória e funcional*, um mínimo para atingir os seus objetivos, acarretando uma pluralidade de tarefas, organismos, atividades e competências;
- *institucionalização dos objetivos e das atividades*: separação dos interesses pessoais e particulares dos interesses do Estado, criando-se a ideia de personalidade coletiva;
- *autonomia dos fins*: o Estado dissocia os seus fins daqueles pretendidos pelos seus membros individualmente considerados, realçando a ideia de bem comum;
- *originariedade do poder*: o Estado é detentor do poder político e expressa-se em função deste. O poder político é constitutivo dele mesmo, de tal forma que é o Estado que se autodetermina e auto-organiza;
- *sedentariade do exercício de poder*: não havendo Estados virtuais ou Estados nómadas, para o ser, o Estado carece de uma localização espacial
- *coercibilidade dos meios*: o Estado é o depositário supremo das estruturas de coerção, que permitem a aplicação do Direito.

Fins do Estado

- *segurança*

- *segurança externa*: proteção contra agressões externas no plano territorial, das pessoas e do poder
- *segurança interna*: manutenção da ordem pública, da segurança das pessoas e dos bens, bem como aplicação geral do Direito
- *justiça*
 - *justiça comutativa*: impõe o estabelecimento de relações de igualdade, abolindo as situações de privilégios
 - *justiça distributiva*: atribuir a cada um aquilo que merece de acordo com o seu mérito ou pela sua situação real
- *bem-estar*
 - *bem-estar económico*: provisão de bens que o mercado não fornece ou fornece insatisfatoriamente
 - *bem-estar social*: prestação de serviços sociais e culturais a cargo do Estado

Estado: Diferentes aceções

- no Direito Constitucional: aplica-se a conceção Estado-Poder na referência ao conjunto dos órgãos, titulares, atribuições e competências; aplica-se a conceção Estado-Comunidade na referência ao conjunto dos cidadãos que beneficiam da proteção conferida pelos direitos fundamentais. Em ambos os casos é a mesma pessoa coletiva pública que detém o poder constituinte e que interpreta o interesse público;
- no Direito Internacional Público: Estado enquanto pessoa coletiva participante das relações jurídicas internacionais;
- no Direito Administrativo (Estado-Administração): Estado enquanto pessoa coletiva pública, distinta de outras reguladas pelo Direito Administrativo, noutros níveis e setores da Administração Pública;
- no Direito Judiciário (Estado-Justiça): Estado enquanto pessoa coletiva pública que desenvolve a função jurisdicional;
- no Direito Privado: Estado enquanto pessoa coletiva que se submete ao Direito Privado, em tudo o que não requeira a regulação dada pelos diversos capítulos do Direito Público.

21. O elemento humano - o povo

O elemento humano do Estado é o conjunto de pessoas que apresentam um laço de vinculação jurídico-público ao Estado, a *cidadania*, que é o conjunto de *cidadãos* de um Estado que toma o nome de *povo*.

Ao considerar o vínculo dos cidadãos ao Estado, este ganha um substrato humano ou pessoal, evidenciando-se uma vertente comunitária.

O uso da expressão *nacionalidade* em substituição de *cidadania* não é totalmente correto, dado que se aplica a realidades afins que não as pessoas humanas.

A relevância das pessoas no Estado nota-se em:

- escolha dos governantes
- desempenho de cargos públicos
- definição das prestações sociais (as preocupações com o bem-estar económico e social são apuradas em função dos cidadãos que vão beneficiar)
- no cumprimento de deveres fundamentais (como a defesa da Pátria)

Conceitos divergentes de *povo*

- *população*: habitantes de um território estadual, sem vínculo de cidadania
- *nação*: as pessoas que se ligam entre si com base em laços sócio-psicológicos, como uma mesma cultura ou religião, formando uma comunidade baseada nesses traços

- *pátria*: a terra dos antepassados, numa conjugação de fatores territoriais e histórico-culturais
- *nacionalidade*: qualidade atribuída a pessoas coletivas ou bens móveis resgatáveis, que os associa a uma determinada Ordem Jurídica, tornando-a aplicável

A cidadania pode ser vista como estatuto ou como direito.

Como estatuto, designa a atribuição de um leque de posições jurídicas à pessoa que dela beneficia, variando em função da natureza das posições que nesse estatuto estão presentes:

- posições ativas (direitos) e passivas (deveres)
- posições constitucionais (atribuídas pela Constituição) e posições infraconstitucionais (de natureza internacional ou legal).

Como direito, traduz o percurso a ser percorrido de maneira a obter-se aquele estatuto, favorecendo assim a ligação da pessoa a determinada estrutura estadual.

A atribuição de cidadania sintetizou-se na prevalência de dois grandes critérios:

- *ius soli*: o lugar de nascimento, garantindo uma ligação afetivo-territorial, justifica a atribuição de cidadania (somos portugueses se nascermos em Portugal)
- *ius sanguinis*: as relações de sangue, porque se os progenitores pertencerem a certa cidadania, ela é como que hereditária (se os nossos pais forem portugueses, nós podemos ser portugueses).

22. O elemento funcional - a soberania

O elemento funcional do Estado expressa a organização de meios que se destinam a operacionalizar a atividade estadual em ordem a alcançar os respetivos fins. Tratando-se de uma estrutura própria, o poder político do Estado toma a natureza de *soberania*, valendo interna como externamente.

- *soberania na ordem interna*: representa a supremacia do Estado sobre quaisquer outros centros de poder político, sendo estes legitimados pelo primeiro e devendo-lhe obediência
- *soberania na ordem externa*: significa a igualdade e a independência nas relações com outras entidades políticas, principalmente outros Estados, reconhecendo-se diversos poderes.

O reconhecimento de que o poder político do Estado é soberano, permite extrair a primariedade deste, a competência das competências: a auto-organização. Esta primariedade implica que compete ao Estado autodefinir-se na sua estruturação e que os outros poderes políticos existem e medem-se em função das decisões que só podem ser tomadas pelo Estado.

Assim, surge o poder constitucional de auto-organização do Estado, seja ele inicial (quando se estabelece uma nova Constituição) ou superveniente (quando em cada momento se altera a Constituição).

No entanto, o Estado não pode agir sem limites. Há dois tipos de limites:

- axiológicos: todos os limites axiológicos que se imponham à atuação do poder político, impõem-se à atuação do poder soberano
- lógicos: derivam da coexistência de vários Estados soberanos

A *soberania interna* do Estado implica que, no seu território, o Estado é a autoridade máxima, não podendo nenhuma outra equiparar-se a ele. Assim o Estado é a fonte da juridicidade da Ordem Jurídica interna e com poder decisório sobre o estabelecimento de outras entidades infra-estaduais e dos seus poderes e competências.

As entidades infra-estaduais nunca podem ser soberanas, mas sim autónomas, se forem dotadas da possibilidade de acionar meios próprios de ação política.

Os poderes que se integram na soberania estadual interna repartem-se em dois núcleos:

- competências pessoais: incide sobre o conjunto de pessoas que são os seus cidadãos, em relação às quais o Estado define o seu estatuto jurídico-político
- competências territoriais: permite que se reconheça ao Estado a capacidade de configurar o regime de utilização e aproveitamento do espaço geográfico, bem como a projeção das suas leis aí.

A *soberania externa* simboliza a liberdade de as estruturas estaduais escolherem os seus vínculos contratuais e diplomáticos, não havendo nenhuma outra que lhes sejam superior nas relações internacionais, a não ser com o seu consentimento ou como resultado inevitável do contrato. Daqui temos dois tipos de Estado:

- Estados semi-soberanos são aqueles que, por alguma causa, não têm soberania plena na esfera de relações internacionais.
 - Estados confederados: têm a sua soberania limitada aos assuntos que ficaram delegados na estrutura confederativa. No entanto, não é uma limitação total porque mantêm a capacidade internacional nos domínios não abrangidos pela atividade da confederação.
 - Estados vassalos: recebem proteção de um Estado soberano, recebendo este poderes internacionais.
 - Estados protegidos: semelhante aos Estados vassalos, conferem um mandato ao Estado protetor para o exercício de certos poderes internacionais.
 - Estados exíguos: Estados que, devido à sua pequenez, não podem ter capacidades jurídico-políticas plenas.
 - Estados neutralizados: Estados impedidos de intervir em assuntos de natureza militar internacional (por ato unilateral ou tratado internacional).
 - Estados federados: são verdadeiramente Estados, mas por estarem incluídos numa federação perdem parte da respetiva capacidade internacional.
 - Estados membros de organizações supranacionais: Estados que, por pertencerem àquela esfera, perdem parte da sua soberania internacional em prol da comunidade (como a UE).
- Estados não-soberanos: apenas o são internamente, não detendo quaisquer capacidades de envolvimento internacional.
 - Estados federados: detêm soberania interna, incluindo o poder constituinte, e estabelecem uma estrutura de separação entre o nível estadual e o nível federal. Não são sequer sujeitos ao Direito Internacional, por delegarem a totalidade de poderes de atuação internacional ao nível federal.
 - Estados membros de uniões reais: mantêm a sua soberania interna, se bem que limitada e partilhando órgãos de poder com a união real, numa lógica de fusão dos poderes.

15. O elemento espacial - o território

O elemento espacial do Estado consiste no domínio geográfico em que o poder do Estado faz sentido (território estadual), sendo uma parcela de espaço físico que se submete ao respetivo poder político soberano, sem a qual a atividade do Estado não existe.

As funções do território estadual:

- sede dos órgãos estaduais: é no território que se situa a capital (que pode ser transferida para qualquer lado, a fim de se garantir a segurança externa).
- lugar de aplicação das políticas públicas do Estado, bem como residência da maioria dos seus cidadãos.

- delimitação do âmbito de aplicação da ordem jurídica estadual.
- espaço vital de independência nacional, bem como um espaço de construção da singularidade identitária.

O conceito de *território* deve ser afastado e distinguido de realidades afins:

1. **Domínio público do Estado e das demais pessoas coletivas:** são os direitos de utilização de bens coletivos que, por causa da sua função, não podem ser objeto de comércio privado (bens imóveis = património);
2. **Domínio privado do Estado e das demais pessoas coletivas públicas:** direitos de utilização de bens coletivos que permitem a sua entrada no comércio privado, sujeitos à regra geral da disponibilidade jurídica (ex.: cadeira de Universidade);
3. **Domínio privado das pessoas privadas:** direitos reais comuns que se exercem sobre os bens.

A diferença entre estes conceitos está no facto de o senhorio territorial exprimir, num plano mais abstrato, a aplicação espacial do Direito Estadual, ao passo que o domínio público e o privado são esquemas concretos de aproveitamento de bens que se integram na esfera jurídica das pessoas coletivas públicas, mesmo de entidades infra-estaduais.

No seu território soberano, o Estado organiza a sua competência segundo três características fundamentais:

1. *permanência*: o poder do Estado não tem uma vigência limitada.
2. *plenitude*: não há poder mais amplo que o poder estadual.
3. *exclusividade*: o poder estadual pertence apenas ao Estado, não é, de todo, partilhado.

Teorias da relação do Estado com o território

- teoria patrimonial: o direito sobre o território tem as mesmas características do direito de propriedade do Direito Civil.
- teoria do *imperium* pessoal: o direito sobre o território exerce-se sobre as pessoas que nele habitam.
- teoria do direito real institucional: idêntica à primeira, mas mitigada pela função dos serviços estaduais.
- teoria da jurisdição ou senhorio: o direito sobre o território exerce-se sobre pessoas e bens.

Dado que não consiste na apropriação do espaço, mas antes na aplicação difusa da Ordem Jurídica, o desenvolvimento do território estadual confirma a teoria do senhorio territorial, rejeitando qualquer semelhança aos direitos reais.

Os espaços aéreo, marítimo e terrestre estão sob a soberania do Estado, mas há ainda espaços que não estão sob o poder soberano do Estado, mas este tem poderes de jurisdição e fiscalização, sendo eles a *zona contínua* (espaço marítimo entre as 12 e as 24 milhas a seguir ao mar territorial, onde o Estado exerce poderes de fiscalização) e a *zona económica exclusiva* (espaço marítimo entre as 12 e as 200 milhas onde o Estado exerce direitos preferenciais de aproveitamento de recursos biológicos).

Finalmente, existem espaços de aproveitamento de todos os Estados (sobre os quais nenhum tem soberania): a nível terrestre só se exemplifica pela Antártida, dado que todas as outras parcelas de terra estão já ocupadas por algum Estado; a nível marítimo, o *alto mar* e a ZEE (considerando apenas a vertente de navegação); a nível aéreo, o *espaço aéreo internacional* e o *espaço exterior*.

24. As vicissitudes do Estado

O Estado não pode ser apenas tido em conta sob uma ótica estática, tendo também um carácter dinâmico, que lhe concedeu um início, que lhe concede transformações e conceder-lhe-á um fim.

- vicissitudes políticas: referem-se às mutações no sistema político, com óbvias implicações para o sistema constitucional. Na maior parte dos casos, não se reflete na cena internacional, mas isso pode ocorrer quando há aumento ou diminuição da capacidade jurídico-internacional do Estado.
- vicissitudes territoriais: estas já interferem na cena internacional, dado que operam modificações no elemento territorial, implicando reposicionamentos.
 - vicissitudes aquisitivas: o aparecimento de um novo Estado, que é o momento a partir do qual nasce Direito Público interno e internacional para a nova entidade jurídico-política. O aparecimento de um Estado expressa-se de diferentes modos:
 - ❖ processo de secessão: mantendo-se o Estado anterior, mais pequeno, cria-se um novo, a partir de um ato de separação territorial.
 - ❖ processo de descolonização política.
 - ❖ fusão num novo Estado de territórios que pertenciam a outros Estados que ao mesmo tempo se dissolvem.
 - ❖ desmembramento de um Estado anterior em dois ou mais Estados.
 - vicissitudes modificativas: não provocam o desaparecimento do Estado, apenas alterações no seu território.
 - ❖ aquisição de parcelas territoriais
 - ❖ perda de parte do seu território, por catástrofes naturais.
 - ❖ cessão parcial voluntária, havendo a desunião de uma parcela do território, a integrar num novo Estado ou a edificar-se autonomamente.
 - vicissitudes extintivas: determinam o desaparecimento de um Estado.
 - ❖ desaparecimento físico do território (ex.: Atlântida).
 - ❖ secessão extintiva: desmembramento de um Estado.
 - ❖ usucapião: quando há a posse de território alheio, sem contestação, acabando por se deter soberania sobre ele.
 - ❖ decisão unilateral de um governo de facto ou de uma organização internacional, quando impõem a extinção de um Estado, como consequência jurídica.

8. As estruturas do Estado

25. A diversidade da organização estadual

Várias soluções foram sendo preconizadas para o bom funcionamento do estado. Elas revelam-se através da análise das seguintes características:

- ✚ *tipo constitucional de estado*: Estado de Direito ou Estado de Legalidade;
- ✚ *forma política de governo*: monarquia ou república;
- ✚ *regime político de governo*: ditadura ou democracia;
- ✚ *forma de Estado*: estado unitário ou composto;
- ✚ *regime económico*: capitalista ou socialista;
- ✚ sistema de governo: parlamentar, presidencial ou semipresidencial.

26. Tipo constitucional de estado: Estado de Direito ou Estado de Legalidade

O *princípio do Estado de Direito* surge como um dos principais resultados do Constitucionalismo e do Liberalismo, opondo-se aos regimes que lhe precederam, com a preocupação essencial pela limitação do poder político, fundando assim o Estado Contemporâneo.

O Estado Absoluto, em todas as suas fases, nunca se preocupou com este problema. O poder público era criado e executado livremente pelo monarca, que em qualquer momento não só o transformava como inclusivamente em si concentrava os seus momentos de criação, execução e controlo.

Este foi o ambiente propício para o aparecimento do Estado de Direito, com a finalidade de reprimir a arbitrariedade do poder monárquico absoluto. Este conceito doutrinário compreendia a limitação jurídica do poder público segundo um conjunto de regras que se impunham externamente ao próprio estado.

Foi contra aquele conjunto de situações – em que reinava o puro arbítrio, ainda que se pudessem admitir algumas garantias – que o princípio de Estado de Direito se iria formar, alastrando-se da Alemanha para as restantes experiências constitucionais. Poderia até considerar-se já vigente de acordo com o *rule of law* britânico e com o Estado representativo francês.

Assim se substituiu a ideia da racionalidade decisória à do arbítrio como critério de atuação estadual, prevalecendo a *ideia de que a atuação do Estado, ou do poder político em geral, longe de se desenvolver fora do Direito, se lhe deveria submeter*.

Esta dimensão da limitação formal do Estado pelo Direito, mostrava-se bastante insuficiente e sobretudo muito empobrecedora se vistas as potencialidades materiais que depois se extrairiam deste mesmo princípio. Daí que logo se tivesse caminhado rumo à consagração de uma *dimensão material do Estado de Direito*, pela qual se coloca igualmente em relevo um conjunto de limitações que internamente contêm o poder do Estado. Assim se abriria o princípio do Estado de Direito ao Estado-Sociedade, para além da sua aplicação óbvia no domínio do Estado-Poder: a proteção dos direitos fundamentais, como as diversas limitações no modo de atuação do poder na sua relação com os cidadãos.

À dimensão material do princípio do Estado de Direito ainda se juntaria uma dimensão normativa, transparecendo o objetivo de enquadrar o poder público no seio das novas exigências impostas pelo Constitucionalismo na construção do sistema jurídico em geral.

Mas muitos estados, reivindicando respeitar os preceitos do Constitucionalismo, subverteram-no na sua essência. São aparências de Estados de Direito, devendo ser antes designados de Estados de Legalidade, nos quais o Direito mais não é do que uma simples, ténue ou até mesmo inexistente limitação ao poder estadual. O Direito e, em especial, a Constituição deixam de ser limites materiais, externos e superiores ao poder público, máxime estadual, para servirem de disfarce ao seu exercício arbitrário, ainda que na forma exterior todos os procedimentos decorressem dentro da mais rigorosa, estrita e lapidar correção imposta por uma legalidade meramente burocrática.

Nos Estados de Legalidade, o Direito não é o fundamento nem a medida da racionalidade do poder público, nem serve de parâmetro da sua validade material: o Direito torna-se vazio, sendo substancialmente preenchido ao sabor dos caprichos do poder instituído.

27. Forma institucional de governo: monarquia ou república

Foi na Antiguidade Clássica que se formularam as primeiras ideias no que concerne às formas políticas de governo:

- Platão: distinguia as formas de governo em razão do número de governantes, bem como da consideração ética do respetivo exercício (boas e más formas de governo, respetivamente):
 - ✚ *Monarquia* ou *Tirania*: poder de um só conforme à lei, ou sob o impulso da avidez ou da ignorância;
 - ✚ *Aristocracia* ou *Oligarquia*: governo de vários conforme à lei ou não;
 - ✚ *Democracia* ou *Demagogia*: caso o governo do povo agisse segundo o Direito ou, em decadência, fosse o governo sem lei nem limite.
- Aristóteles, inspirando-se no legado platónico, apresentaria uma trilogia de formas de governo em razão do número de governantes, assim como em nome de considerações éticas no exercício do poder, dissociando o grupo das formas sãs do grupo das formas degeneradas: as formas sãs eram *a realeza(monarquia)*, *a aristocracia* e *a politeia(regime constitucional)*, quando procuravam o bem comum; as formas degeneradas eram *a tirania*, *a oligarquia* e *a democracia(demagogia)*, procurando não o bem comum, mas vantagens para os próprios titulares do poder.

Nicolau Maquiavel, na Idade Moderna, simplificou estas classificações em *monarquia(principado)* e *república*, sendo esta a mais recente identificação com o atual fenómeno da forma institucional de governo:

- ✚ *Número de governantes*: a monarquia como poder de um só indivíduo, a república o poder exercido por um colégio de cidadãos;
- ✚ *Fonte de poder*: a monarquia representaria o exercício do poder por direito próprio do monarca, ao passo que a república assente na ideia da delegação do poder do povo ou da nação nos seus governantes;
- ✚ *Simbologia da chefia de Estado*: monarquia teria um regime hereditário, ao passo que a república um eletivo.

Por sua vez, Charles de Montesquieu divide-o em três:

- *A monarquia como o governo de um só*, segundo leis fixas e estabelecidas;
- *A república como o governo de uma parte ou do todo*, segundo leis gerais;
- *O despotismo como o governo de um só*, segundo leis arbitrárias.

Concretizando historicamente a relevância desta opção constitucional que qualquer Estado toma, concluiu-se que a forma institucional de governo se projetaria em três linhas regulativas fundamentais:

- ✚ Na nomenclatura da realidade política estadual;
- ✚ No critério da escolha dos governantes em geral e na escolha do Chefe de Estado em particular;
- ✚ Na duração e na renovação dos cargos públicos em geral.

Importa também distinguir este sentido de “república”, na sua oposição à “monarquia”, do sentido etimológico clássico que durante muito tempo o acompanhou como *respublica*, equivalendo a “coisa pública”, com o significado da construção de um interesse público por contraponto aos interesses particulares.

As *formas institucionais monárquicas de governo* foram as primeiras a desenvolver-se no Direito Constitucional. Define-se pelo carácter hereditário da chefia de estado, podendo, no entanto, por extensão, e de acordo com princípios aristocráticos, poder conceber-se em relação a outros cargos públicos ou na concessão de títulos nobiliárquicos.

Entre os vários tipos de monarquia:

- + *Monarquia romana*: rei eleito, que governava em conjunto com outros poderes legislativos e judiciais;
- + *Monarquia feudal*: hereditária, em que o rei era apenas reconhecido como *primus inter pares* (o primeiro entre iguais);
- + *Monarquia limitada*: o rei contrapunha-se às ordens sociais representadas em assembleia; foi exemplo a monarquia britânica, até à atual grande limitação do poder régio;
- + *Monarquia absoluta*: concentração de todos os poderes na pessoa do rei – Idade Moderna tardia;
- + *Monarquia Cesarista*: modelo especificamente vivido no tempo do constitucionalismo napoleónico, em que a posição jurídico-constitucional do “imperador dos franceses” se reivindicava de uma legitimidade popular, de tipo plebiscitário, não hereditária ou religiosa;
- + *Monarquia constitucional*: o rei reconhece os seus poderes limitados por uma constituição, nem ele está acima da lei;
- + *Monarquia parlamentar*: traduziu o compromisso entre a manutenção da instituição monárquica, no século XIX, e a sua crescente limitação material e procedimental, realçando-se a posição do parlamento como órgão representativo da vontade popular;
- + *Monarquia simbólica(ou democrática)*: o rei não possui quaisquer poderes efetivos de intervenção política, remetendo-se para um estatuto simbólico.

A monarquia simbólica é o paradigma de atuação da instituição monárquica atualmente, como no Reino Unido ou na Espanha.

As *formas institucionais republicanas de governo*, são mais tardias e surgiram com particular vigor no Constitucionalismo, altura em que nasceriam outros esquemas de organização do poder público.

O fundamento do princípio republicano não deixa ainda de estar intimamente associado ao princípio democrático, sem prejuízo da sua formulação autónoma e a despeito de ter aparecido mais tarde, já quando o princípio democrático era tido como genericamente aceite. É o que se verifica quanto à Chefia de Estado: a imposição de que ela deve ser atribuída a titulares democraticamente eleitos.

28. Regime político: ditadura ou democracia

A análise das características de um sistema constitucional, numa perspetiva mais jurídico-política, deve primeiro observar a relação entre os governantes e os governados, ou seja, as relações entre o Estado-Poder e o Estado-Sociedade, para depois se passar ao estudo exclusivo das relações que ocorrem dentro daquele.

A isso se chama forma política de governo, estabelecendo-se uma *summa divisio* fundamental:

- + As ditaduras
- + As democracias

As *ditaduras* correspondem à forma política de governo em que os governantes exercem um poder público efetivo e amplo, com indiferença ou mesmo contra a vontade dos governados, com as seguintes características:

- *Um poder amplo no seio das diferentes funções do Estado, com a prevalência das funções exercidas pelo ditador;*

- Um poder amplo na relação entre o poder político e os cidadãos, sem possibilidade de estes se protegerem com direitos fundamentais dotados de efetividade;
- Um poder amplo na duração e por vezes perpetuação dos cargos públicos exercidos, com duração indefinida e sobretudo não renovada pela legitimidade democrática desses mesmos cargos.

Estes indícios podem explicar-se pela ausência de:

- Mecanismos de escolha dos governantes pelos governados;
- Instrumentos de limitação de exercício dos poderes pelos governantes;
- Instrumentos de controlo da atividade exercida pelos governantes (p.e., Tribunal Constitucional).

Podem ainda classificar-se segundo:

- ✚ A composição do seu órgão fulcral:
 - Autocracia – quando o governo é de vários;
 - Monocracia – quando o governo é atribuído a uma única pessoa, podendo ser de raiz cesarista, militarista ou fascista.
- ✚ A doutrina que as justifica:
 - Bolchevismo – conceção marxista-leninista da ex-URSS;
 - Fascismo – conceção totalitária de direita;
 - Caudilhismo – conceção totalitária de direita, com alto pendor militarista, vigorante nos estados da América Latina até aos anos setenta do século passado.
- ✚ Amplitude da ditadura, no tocante à limitação da liberdade individual:
 - Ditaduras autoritárias;
 - Ditaduras totalitárias.

As *democracias*. A concretização da forma política democrática nos textos constitucionais faz-se com o apelo ao princípio da soberania popular, na titularidade do povo e dela emanando o critério de escolha e de atividade do Estado-Poder. Deste modo, a democracia significa que o poder público postula uma relação de confiança com a comunidade política, em que o respetivo exercício se submete a diversos controlos, jurídicos e políticos.

A operacionalização da democracia depende da regra da maioria, segundo a qual a decisão corresponde à vontade popular se determinada por um conjunto de cidadãos em número superior ao daqueles que têm uma opinião contrária. No entanto, tal não pode implicar a exclusão das minorias do sistema político. Assim, a aplicação do princípio da maioria sofre algumas reduções, com as decisões de maioria agravada ou de votos de bloqueio.

A ligação entre governantes e governados é por demais evidente na:

- ✚ Intervenção na escolha dos governantes;
- ✚ Intervenção na atividade levada a cabo pelos governantes (separação de poderes e respeito pelos direitos fundamentais);
- ✚ Intervenção na fiscalização dos atos governativos;
- ✚ Limitação de mandatos.

29. Formas de estado: simples ou composto

O conceito de forma de Estado, que se relaciona diretamente com a unicidade ou a pluralidade de estruturas estaduais e dos seus elementos constitutivos: estados simples e estados compostos.

Os estados simples caracterizam-se, sobretudo, pela unidade dos respetivos elementos constitutivos:

- ✚ Um só povo;
- ✚ Uma só soberania – uma única raiz do poder constituinte;
- ✚ Um só território.

Embora os estados possam optar pela descentralização das suas entidades e poderes, normalmente a soberania estadual garante para si as atribuições e competências essenciais:

- Ao poder Constituinte de elaborar a Constituição, que é por inerência do Estado;
- Ao poder de revisão constitucional, em que só o Estado intervém;
- Ao poder jurisdicional, reservado aos tribunais estaduais.

Entre os poderes estaduais passíveis de descentralização, contam-se:

- A função política
- A função legislativa
- A função administrativa.

Esta última partilha torna-se inevitável pela sua complexidade, que ocorre com entidades administrativas que, em conjunto com o Estado, integram a Administração Pública, a que se dá o nome de descentralização administrativa, que se explica:

- ✚ Por razões políticas: maior proximidade das decisões significa aprofundar a democracia, a um nível mais tangível ao dia a dia dos cidadãos;
- ✚ Por razões técnicas: na medida em que uma atividade administrativa próxima e limitada contribui para uma gestão mais eficiente e tecnicamente mais sabedora.

Os estados compostos assentam numa multiplicidade de unidades estaduais. Podem assumir duas realidades:

- ✚ Federações - a sua estrutura política tem uma natureza de sobreposição
- ✚ Uniões Reais – o Estado composto e os Estados simples que o integram mantêm a sua individualidade mínima.

Os estados que as compõem observam, no plano da soberania internacional a perda de exercício de poderes junto da comunidade internacional a favor da unidade composta. Ao nível da soberania interna, a solução é normalmente mista, porquanto há competências que se conservam na esfera estadual e outras que transitam para a esfera do estado composto.

30. Sistema de governo: parlamentar, presidencial ou semipresidencial

No que concerne à correlação de forças entre os órgãos de soberania, temos:

- ✚ Parlamentarismo;
- ✚ Presidencialismo;
- ✚ Semipresidencialismo.

Outras conceções, pela sua faceta híbrida, poderão ser admitidas, como, a título de exemplo, os governos de carácter diretorial.

O *Parlamentarismo* conheceu a sua origem no Constitucionalismo Britânico. É no Parlamento que reside o fulcro da decisão política, em conjugação com o Governo. Como principais características:

- *A centralidade do Parlamento na decisão política;*
- *A responsabilidade política do Governo perante o Parlamento;*

- *O enfraquecimento político do chefe de Estado.*

O *Presidencialismo* nasceu com os Estados Unidos da América. Caracteriza-se pela:

- Recíproca independência política do poder executivo e do poder legislativo;
- A junção, na mesma pessoa, da titularidade do poder executivo – o chefe de estado e de governo;
- A legitimidade político-popular do Chefe de Estado dada por eleições gerais, tornando-o um elemento ativo no jogo político e rivalizando com o Parlamento.

O *Semipresidencialismo* emerge de uma ideia de “trilogia política” na ação entre o Chefe de Estado, o Parlamento e o Governo. Das suas características destacam-se:

- A diarquia no executivo, com a distinção entre chefe de estado e chefe de governo;
- A legitimidade político-popular do chefe de Estado;
- A dupla responsabilidade do Governo perante o Parlamento e o Governo;
- O poder de heterodissolução do Parlamento pelo chefe de Estado.

9. A evolução do Estado na História Universal

31. A periodificação da evolução histórica do Estado

O Estado, enquanto entidade jurídico-política, não pode ser visto como imutável, sendo que tanto a sua estrutura como incumbências se foram alterando ao longo da evolução da História Universal.

Assim, pode desdobrar-se a evolução histórica do Estado consoante os períodos históricos vividos.

32. O Estado Oriental

É a entidade política estadual mais recuada no tempo, localizando-se nos princípios da História, aquando da invenção da escrita, por cerca de 3 000 a.C. As primeiras civilizações que melhor se estruturaram foram a Mesopotâmia, o Antigo Egipto e o Antigo Israel, apresentando características comuns:

- elevada extensão territorial.
- regime teocrático, fundindo os poderes políticos com os religiosos, ainda que apresentem diferenças, podendo o monarca ser deus ou um delegado seu.
- sistema monárquico.
- acentuada estratificação social.

A Antiga Mesopotâmia contribuiu grandemente para o Estado e o Direito Constitucional pela apresentação do primeiro código jurídico, o *Código de Hammurabi*. Também a civilização do Egipto contribuiu para o desenvolvimento de outros Estados. Já Israel tem a sua evolução amplamente documentada no Antigo Testamento.

33. O Estado Grego

Por se distinguirem radicalmente um do outro (Atenas e Esparta) é impossível desenhar um Estado Grego unitário, mas antes dois itinerários distintos. Se bem que partilham alguns traços:

- diversidade simultânea dos regimes políticos experimentados, com soluções inovadoras.
- exiguidade dos territórios.
- proximidade das esferas religiosa e civil
- sentido reflexivo a respeito da condição humana, criando espaço para o nascimento da Filosofia e de discussão acerca da organização coletiva.

Atenas

A cidade-Estado de Atenas acolheu uma organização política de base civil e democrática, tendo o poder dividido por três órgãos:

1. executivo, de tipo monárquico
2. parlamentar, representado pelo Areópago
3. judicial

A dimensão democrática deste sistema político é marcada pela abertura do Parlamento aos cidadãos detentores de direitos políticos (apenas os homens), numa lógica de igualdade e liberdade. O sistema político era de género participativo, algo que, como defendido por Benjamim Constant, é impensável para os dias de hoje, dada a extensão dos territórios e dos próprios direitos políticos.

Esparta

Refletiu uma opção de organização política militarista, em que a liberdade individual se indexava às exigências de defesa do território, com todo um vasto conjunto de deveres de natureza pessoal e social, sempre sob um ótica totalitarista. Esparta acreditava que as relações com os outros Estados deveriam ser tidas sob uma filosofia belicista.

Quanto à forma política de governo, iniciou-se com uma monarquia bicéfala, mas evoluiu para uma oligarquia.

34. O Estado Romano

O Império Romano durou mais de um milénio, daí que se possam individualizar várias fases de organização política. Contudo, há características gerais que sempre se mantiveram:

- acentuação do fator territorial, tendo sido o Estado romano expandido muito mais do que era inicialmente previsto.
- relação de domínio do poder político sobre o fator religioso.
- preocupação com a construção do Direito e das suas fontes (bem como a publicitação destas, como se deu com a Lei das XII Tábuas).
- afirmação de vários direitos de cidadania romana, integrando um leque de direitos públicos e privados.

Na construção do Estado Romano, quanto à sua organização política, houve três fases muito distintas:

1. *Monarquia*: fase de expansão do Império, incluía um Rei, a Assembleia Curiata e o Senado:
 - o Rei era eleito e tinha um título vitalício, desempenhando a totalidade do poder executivo.
 - a Assembleia Curiata, só constituída por patrícios, exercia funções legislativas, judiciais, eletivas e administrativas.
 - o Senado auxiliava o poder executivo do Rei (e tomava o seu lugar em caso de vacatura).
2. *República*: instaurada a 509 a.C. não estabeleceu uma rutura completa com a fase anterior, conservando alguns dos seus órgãos, mas eliminando o rei e multiplicando as magistraturas anteriormente existentes.

- o Consulado era composto por dois magistrados que exerciam o poder executivo durante um ano, detendo o poder de veto sobre as decisões do outro, recorrendo ao Senado em casos de impasse.
 - as Assembleias Populares acabaram por reconhecer a importância dos plebeus, detendo poderes legislativos, eletivos e judiciais.
 - o Senado inicialmente manteve-se como auxiliar dos cônsules, mas foi adquirindo cada vez mais poderes, passando a intervir nas deliberações e outras instituições.
3. *Dominato*: surgiu na sequência de crises económicas e militares e da expansão territorial que abalou a estabilidade da República, passando, inicialmente, pela fase de principado, onde se deu o reforço do poder executivo, mantendo-se alguns órgãos da fase republicana.

Aqui as assembleias populares perderam importância em prol do Senado que partilhava o poder com o *princeps*.

Em 284 d.C. deu-se a divisão do Estado Romano em oriental e ocidental e começou a fase de Império, com total concentração de poder político no imperador (nomeado vitaliciamente pelo Senado).

O período do Estado Romano contribuiu para a construção de vários institutos jurídico-políticos, sendo marcos importantes desta época:

- a preocupação com a participação popular nas assembleias.
- a complexidade organizatória do poder político.
- a formalização do Direito.

35. O Estado Medieval

Abrangeu a estrutura estadual durante toda a Idade Média, marcada pela expansão do Cristianismo e pela sua projeção político-social.

Caracterizando as formas políticas de governo, verificou-se uma acentuada simplificação dos mecanismos governativos. Adotou-se a monarquia, principalmente, podendo os Estados optar pelo uso da Lei Sálica ou não, desde que os reis fossem escolhidos com base no critério de sucessão hereditária.

A grande extensão territorial permitiu a criação de lugares de cunho aristocrático, que auxiliavam o rei na governação, embora se tenha dado alguma importância às assembleias populares, nas cidades livres.

O Estado Medieval assistiu à perda de parcelas de poder em prol de estruturas infra-estaduais, pela proliferação do feudalismo, atribuindo aos senhores feudais poderes de natureza política, e em prol das estruturas supra-estaduais, pela preponderância político-internacional do Papado, que, pela progressiva expansão da Igreja Católica favoreceu a concentração do poder espiritual no Romano Pontífice.

36. O Estado Moderno

O período da Idade Moderna (do Renascimento/Descobrimentos às Revoluções Liberais do século XVIII), assinalou uma viragem significativa na estrutura do Estado, no plano do poder político, registando a defesa de ditaduras soberanas.

Voltou a observar-se a concentração do poder político no Estado, acabando por se destruir as estruturas infra-estaduais e supra-estaduais.

O novo tipo histórico do Estado Moderno foi sendo construído gradualmente a partir de alguns pensadores políticos da época:

- Maquiavel: teorizou a necessidade de fortalecimento do Estado, devendo este ser governado por apenas uma pessoa, apoiada por um braço militar.

- Jean Bodin: ocupou-se da recuperação de um conceito de poder político liberto do feudalismo, a que chamou de "soberania", que consistia na capacidade de legislar sobre os súbditos sem o seu consentimento, tendo apenas como limites o Direito Divino, o Direito Natural e princípios gerais de Direito.
- Thomas Hobbes: engrandeceu o poder régio com a sua teoria contratualista, na qual os cidadãos entregavam o poder total ao soberano para que este os protegesse uns dos outros.

Características do sistema político do Estado Moderno

- intensificação do poder estadual com recurso ao conceito de soberania.
- dominação do poder religioso pelo poder político.
- construção dos novos Estados com base nas nações subjacentes, determinadas por identidades histórico-culturais.

Evolução do Estado Moderno

- *Estado Estamental*: correspondeu ao dualismo rei-reino, no qual o princípio monárquico era limitado pelo consenso dos diversos estratos sociais, presentes nas assembleias estamentais.
- *Estado Absoluto*: coincidiu com a abolição dos estamentos e a concentração do poder público no monarca, segundo uma conceção teocrática, reconhecendo o poder de Deus como limite à sua atuação.
- *Estado de Polícia*: mudança na estrutura do poder régio, fundado numa legitimidade racional, e não divina, de governação (*Despotismo Iluminado*).

Características gerais do Estado Moderno

- ausência de direitos fundamentais (quando os havia, era numa ótica de proteção de determinados grupos).
- ausência de cidadania, pois as pessoas eram verdadeiros súbditos, sujeitos ao poder arbitrário.
- ausência de democracia e representação, sendo que os Parlamentos eram frágeis ou inúteis.

37. O Estado Contemporâneo

Nascido pelas Revoluções Liberais do final do século XVIII, traçou relevantes ruturas com o passado, sendo marcado pelo Constitucionalismo.

Este divide-se em várias fases:

1. Estado Liberal
2. Estado Socialista
3. Estado Fascista
4. Estado Social
5. Estado Pós-social

O Estado Contemporâneo é marcado pela sua conceção de Estado de Direito, que significa que o Estado está submetido ao Direito e que este efetivamente contém o respetivo poder, evitando-se assim o poder arbitrário.

Características gerais do Estado Contemporâneo

1. a existência de Constituição, superior às demais leis.
2. separação entre o poder político e religioso.

3. reconhecimento de um conjunto de direitos fundamentais, inerentes à pessoa humana, anteriores e superiores ao poder político, que este se limita a declarar e não a criar.
 4. a origem liberal e democrática, com base na soberania popular e numa democracia representativa, proclamando-se ainda a teoria da separação dos poderes do Estado e o princípio republicano.
1. Com a Constituição escrita pôs-se em prática o Constitucionalismo Liberal, tendo os primeiros textos constitucionais sido o dos EUA, em 1787, e, na Europa, em 1791, o da Polónia e depois, da França.
 - importância *formal* da Constituição: sendo escrita e legal e aprovada por um processo formal, menos facilmente poderia ser modificada.
 - importância *material* da Constituição: protege melhor o Estado por nela se consubstanciarem a separação de poderes, os direitos fundamentais e a soberania nacional.
 2. A separação do poder político e do poder religioso é uma afirmação do princípio democrático. Esta separação deu-se de três formas, ao longo da evolução desta relação:
 - combate do fenómeno religioso, numa visão laicista do Estado.
 - separação colaborante entre os dois poderes.
 - separação neutral, em que nenhum interfere na esfera do outro.
 3. A positivação dos direitos fundamentais nos textos constitucionais veio sendo preparada desde a Filosofia do Iluminismo, como forma de universalizar a proteção do Homem perante o Estado, de acordo com os axiomas da razão racionante, através da conceção jusnaturalista.
 4. Os cidadãos são detentores do poder político e é em seu nome e pela prossecução dos seus interesses que o poder político age. O povo exerce a sua soberania num primeiro momento constituinte, aprovando (ou não) a Constituição e, depois, através da democracia representativa, elaborando o Parlamento a legislação ordinária.

10. A caracterização do Estado Português

38. A formação e evolução de Portugal

Pode enquadrar-se a evolução do país em três períodos:

1. *período medieval*: nascimento e alastramento peninsular do Estado.
2. *período moderno*: expansão territorial além continental e o fortalecimento do poder real.
3. *período contemporâneo*: a redução europeia e o Constitucionalismo, assim como toda a evolução célere do século XX.

O nascimento de Portugal

- 1139: batalha de Ourique, a partir da qual D. Afonso Henriques começou a ser apelidado de rei.
- 1143: Tratado de Zamora com Castela, com o reconhecimento de D. Afonso Henriques como rei, por parte do rei de Leão e Castela.
- 1179: *Bula Manifestus Probatum*, em que o Papa Alexandre III reconhece a D. Afonso Henriques o título de *rex* de Portugal

De qualquer maneira, não pode considerar-se a completude territorial de Portugal à partida, dado que, no espaço ibérico, esta só se concluiu com D. Afonso III, com a conquista do Algarve.

A partir do século XV, com os Descobrimentos, Portugal alargou o seu território além-mar, percorrendo quase todos os continentes, o que resultou numa abertura a novos horizontes económicos e religiosos, ao mesmo tempo, na imposição de novos esquemas de aplicação de Direito Estadual.

Entre 1580 e 1640, Portugal viveu sob uma união pessoal com os soberanos de Espanha, tendo os seus interesses ficado subordinados aos espanhóis, dado que a titularidade das coroas portuguesa e espanhola coincidia na mesma pessoa, ainda que, juridicamente, não se pudesse por em causa a subsistência de Portugal como Estado.

Com a Restauração de 1640, Portugal recuperou a independência política, voltando a ser governado por portugueses, em nome do seu interesse próprio.

O período da Idade Contemporânea abriu alas para a Revolução Liberal de 1820, iniciando-se o fenómeno dos textos constitucionais escritos, nunca mais abandonado, contando já Portugal com seis Constituições, todas elas diferindo nos seus fundamentos.

39. O elemento humano: os cidadãos portugueses

Como qualquer Estado, Portugal é composto por cidadãos, que têm a sua cidadania regulada: o regime de cidadania em Portugal obedece a duas fontes internas fundamentais, sem esquecer também as fontes internacionais - por um lado, as normas e princípios constitucionais; por outro, a Lei da Nacionalidade, LN, (erroneamente denominada, devendo referir-se *cidadania*), que concretiza os múltiplos processos de atribuição da cidadania, bem como os efeitos que lhe estão associados.

De uma perspetiva meramente textual, a Constituição não é clara quanto à cidadania, não fazendo qualquer indicação substantiva a respeito da qualidade de cidadão português, devendo assim a questão ser remetida para o Direito Infraconstitucional, ainda que isto possa parecer condenável. De qualquer forma, tem-se reconhecido que as opções a tomar, independentemente da abertura da Constituição para tal, têm determinados limites, devendo comprovar-se uma peculiar ligação a Portugal nos critérios de escolha dos cidadãos portugueses.

Perante a omissão de dados constitucionais, a LN tem sido fulcral na explicitação de critérios a aplicar à atribuição do vínculo de cidadania:

- *atribuição originário pelo nascimento*: para os casos de nascimento de cidadão português ou em território português, ainda que com limitações.
- *atribuição por efeito de vontade*: incluindo-se a aquisição de cidadania por filhos menores ou incapazes quando os pais a adquirem também, e o caso da aquisição de cidadania por casamento ou união de facto.
- *atribuição por efeito de adoção*.
- *atribuição por naturalização*.

O vínculo da cidadania pode ainda ser observado sob a ótica da sua perda ou renúncia.

De um modo geral, os principais critérios de atribuição de cidadania portuguesa são o *ius soli* e o *ius sanguinis*, que funcionam em sistemas mistos, em que os dois critérios se

encontram presentes, ainda que um possa sobrepor-se ao outro. No caso português especificamente, o *ius sanguinis* prevalece sobre o *ius soli*:

- os filhos de pai ou mãe portuguesa são sempre portugueses se nascidos em Portugal, e se nascidos no estrangeiro quando se encontrem ao serviço de Portugal, se declararem querer ser portugueses ou se inscreverem no registo civil português.
- os indivíduos nascidos em Portugal só são portugueses se não possuírem outra cidadania
A cidadania portuguesa implica:
 - direito de sufrágio.
 - exclusividade do acesso aos cargos políticos mais relevantes.
 - a obrigação de defender a Pátria, em caso de necessidade.

40. O elemento funcional: a soberania portuguesa

Tal como é descrito na CRP, Portugal é um Estado soberano, fundado na soberania popular, tendo um sentido de unitarismo como esquema de estruturação.

A explicitação deste poder estadual é-nos dada por múltiplos elementos normativo-constitucionais:

- a Constituição é o produto da vontade do povo.
- a afirmação do princípio da constitucionalidade, indicando o sentido de que o texto constitucional é o texto fundador da Ordem Jurídica Estadual.
- as limitações impostas pela CRP no tocante às suas revisões, através de uma extensa cláusula de limites materiais, não se abandonando a independência nacional e a soberania do poder político estadual.

Portugal é duplamente definido como soberano:

- *ao nível interno*: todos devem obediência ao Estado através da sua Constituição, legitimadora dos restantes atos jurídicos.
- *ao nível externo*: as relações internacionais de Portugal devem pautar-se por importantes princípios, sendo um deles o respeito pela independência nacional.

Contudo a soberania portuguesa pode pactuar com outros esquemas de organização política, dentro do próprio território português, que são politicamente autónomos, mas não soberanos (regiões autónomas, autarquias locais e outras entidades administrativas). A nível internacional, a soberania de Portugal é compatível com a adoção de compromissos internacionais.

41. O elemento espacial: o território português

O território português compreende os três tipos de território: marítimo, aéreo e terrestre.

Espaço terrestre

Compreende Portugal continental (incluindo os rios, lagos e lagoas) e os arquipélagos da Madeira e dos Açores.

Encontra-se confinado a um território terrestre com cerca de 88 000 km, tendo as fronteiras mais antigas da Europa. Contudo, está por definir a situação de Olivença, pertencendo de facto a Espanha, mas *de iure* a Portugal.

Espaço marítimo

Portugal goza de um território marítimo que inclui as águas interiores, o mar territorial até às 12 milhas e uma extensa plataforma continental.

Já sem soberania, mas com jurisdição, abrange ainda a zona contígua, das 12 às 24 milhas e a Zona Económica Exclusiva, até às 200 milhas, que é, de resto, das mais extensas da Europa.

Espaço aéreo

A Constituição não faz referência ao espaço aéreo, havendo uma flagrante lacuna neste sentido, que convém integrar pela criação de normas idênticas àquelas para os espaços soberanos análogos, esperando-se que esta desapareça na próxima revisão constitucional.

Apesar disto, a soberania exerce-se no espaço aérea sobrejacente aos espaços terrestres e marítimos de soberania estadual, prolongando-se verticalmente até ao limite inferior do espaço exterior, a definir-se de acordo com a prática do Direito Internacional.

11. Constitucionalismo Contemporâneo e Estado de Direito

42. Constitucionalismo e Estado de Direito

O Estado de Direito significou um corte abissal com o passado, revelando-se uma orientação forte contra o arbítrio régio, reinante no Estado Absoluto, em que as decisões praticamente correspondiam ao exercício puro do poder, sem um mínimo de parametrização material.

43. Traços fundamentais do Constitucionalismo

O Estado e o Constitucionalismo Contemporâneos podem ser caracterizados por:

- *Estado de Constituição: a afirmação de uma legalidade constitucional, voluntária e escrita;*
- *Estado de Direitos Fundamentais: o reconhecimento de um conjunto de direitos fundamentais inerentes à pessoa humana, anteriores e superiores ao poder político e que este se limitaria a declarar e não a criar;*
- *Estado Laico: a separação entre o poder político e o fenómeno religioso;*
- *Estado Democrático e Republicano: a origem liberal e democrática do poder político, com base na soberania popular, na representatividade e na separação de poderes, podendo até almejar uma república.*

No tocante à Ordem Jurídica Estadual, o início do Constitucionalismo Liberal conseguiu a aplicação prática da Ideia de Constituição. Os primeiros exemplos de textos constitucionais escritos foram a CNA de 1787, a Constituição de 3 de maio de 1791 na Polónia e a 1.ª Constituição Francesa, também de 1791.

Na Constituição salientam-se duas vertentes, limitando o arbítrio do poder político:

- Formal: Constituição escrita e legal, aprovada por um processo formal que a tornava rígida, menos facilmente poderia ser modificada e, por maioria de razão revogada;
- Material: Constituição caracterizada pelos princípios da separação de poderes, da representação liberal da soberania nacional e da proclamação dos direitos fundamentais liberais;

No plano das relações entre o Estado e os Cidadãos, o Constitucionalismo Contemporâneo notabilizou-se pela ideia original da declaração dos direitos fundamentais nos textos constitucionais. Para além disto, incluiu também uma noção de segurança jurídica inerente à circunstância de os direitos se encontrarem escritos.

Para além disto, era-lhe subjacente a conceção jusnaturalista, através da qual os direitos da pessoa, como cidadão e ser humano ativo, abstratamente se localizavam acima da vontade do Estado e que este, com as declarações de direitos, apenas se limitava a reconhecer e não a criar.

O Constitucionalismo Contemporâneo reformularia o tipo de relações existentes entre os estados e as igrejas, pautando-se, num primeiro momento, pelo laicismo e, mais tarde, até aos nossos dias, pela laicidade.

Para além de esta ser uma decorrência de afirmação do princípio democrático, não podia deixar de estar presente na intenção de vingança histórica contra o facto de a religião ter sido, no Estado Moderno, um instrumento ao serviço do fortalecimento do poder régio, que se pretendia esconjurar.

Assim, destacam-se três grandes linhas de relacionamento entre o Estado e a religião:

- ✚ Combate do fenómeno religioso por parte do poder político, numa visão laicista do Estado;
- ✚ Separação colaborativa, com um sentido mais amadurecido dessas relações;
- ✚ Separação neutra, sem intervenção, entre o poder religioso e político, com um igual tratamento das confissões religiosas.

A origem do poder passou agora a ser a soberania popular, pelo que os cidadãos são agora titulares do poder público do Estado. A partir daí surgiu o prisma da democracia representativa: o poder político passou a conceber-se em nome dos interesses dos cidadãos que integram a comunidade política, os cidadãos ativos enquanto titulares da soberania.

Densificando essa ideia de governo representativo, desabrocharam diversos e peculiares direitos fundamentais ligados à afirmação da cidadania. São os direitos fundamentais de natureza política, através dos quais se exercia essa soberania, ora num primeiro momento constituinte – quando as constituições são votadas democraticamente ou até mesmo referendadas – ora noutros momentos posteriores, de construção quotidiana da vida da comunidade política – quando a legislação ordinária é elaborada por parlamentos democraticamente eleitos.

Consequentemente, tais valores vieram a favorecer a ascensão do princípio republicano de governo.

A conceção democrática deveu-se em grande parte às ideias de Jean-Jacques Rousseau, que desenvolveria uma conceção totalitária de democracia.

12. Evolução do Constitucionalismo Contemporâneo

24. O Constitucionalismo Liberal do século XIX

O Estado Liberal foi a primeira fase do Estado Contemporâneo, limitando o Estado pelo Direito e pela positivação dos direitos fundamentais (como inerentes ao Homem e anteriores ao Estado), pela separação dos poderes e pela organização económica liberal, sem estratificação social e sem intervenção do Estado. Três grandes parâmetros regerem este período:

- *A positivação dos direitos fundamentais de defesa;*
- *A ideia de um poder estadual com separação de poderes, numa conceção orgânica e material das funções jurídico-públicas, acrescentando-lhe a implantação do governo liberal e representativo restritivo, mas em que a participação dos cidadãos não era intensa em face das fortes limitações introduzidas no sufrágio político;*
- *A organização económica liberal de cunho fisiocrático, libertando a economia das peias da sociedade estratificada que até então se conheceu.*

As doutrinas de limitação do poder surgiram impulsionadas pelas doutrinas liberais que viam o Homem como centro de ação política, autónomo e livre do Estado.

Assim nasceram vários direitos civis, garantindo que as pessoas eram reconhecidas nos seus atributos elementares de personalidade e capacidade jurídica, ao mesmo tempo que se visava uma intensa humanização do Direito Penal. Por outro lado nasceram os direitos políticos, para a permissão de participação ativa na política, bem como as liberdades de expressão, reunião ou associação. Neste período foi aplicado o conceito de liberdade negativa.

O Constitucionalismo Liberal implicou a adesão plena ao princípio de separação de poderes e o progressivo abandono do princípio aristocrático: os deputados passaram então a ser deputados que representavam o povo, titular da soberania, escolhidos por atos eleitorais, na base de um sufrágio, em todo o caso, restrito por ainda sofrer entorses de cunho censitário e capacitário.

No campo da organização económico-social, o Constitucionalismo Liberal consagrou o *liberalismo económico*, na sua expressão mais pura, consubstanciada no fisiocratismo, para cuja doutrina o poder público se deveria abster de intervir na economia, que funcionaria bem se se conservasse fora da manipulação do Estado.

Durante este período, a abstenção do Estado teve vários resultados tanto na conceção de finanças públicas neutras, sem recurso ao crédito e sem setores públicos apreciáveis, como numa tributação dispersa, que se fundava essencialmente em critérios de proporcionalidade.

27. O Constitucionalismo Social do século XX

A preocupação pelo pluralismo, numa sociedade de tipo mais democrático e não apenas liberal, implicava a construção de um Estado intervencionista, ao nível prestador e regulador, propiciando aos cidadãos uma liberdade de participação na governação.

Nascido na Europa, rapidamente se expandiu, não tendo origem numa só corrente ideológica, mas em várias que convergiram. Contudo, essencialmente, foi uma resposta rápida à devastação da II Guerra Mundial, de forma a que a Europa pudesse reerguer-se.

Caracteriza-se por:

- *aparecimento de novos direitos fundamentais*, em nome de uma igualdade social e reduzindo a liberdade individual.
- *sofisticação de diversos mecanismos de organização do poder político*, favorecendo o mecanismo de participação democrática.
- *a criação de uma organização constitucional da economia*, domínio relevante para conduzir à intervenção social do Estado.

O setor dos direitos fundamentais sofreu grandes alterações, observando-se uma evolução dos respetivos catálogos, e criando outros, para além daqueles de natureza liberal que se mantiveram. As novas categorias de direitos fundamentais consagravam a proteção dos cidadãos, concedendo-lhes direito à saúde, ao ensino e à segurança social e limitando a propriedade privada, a fim de proteger os interesses maiores da comunidade.

No que toca a organização política, a representação liberal atingiu a plenitude da representação democrática, com a universalização do direito de sufrágio. O aperfeiçoamento da democracia deu-se ainda pelo desenvolvimento de outros mecanismos de expressão da vontade popular (referendos ou iniciativas legislativas), e pela articulação dos poderes do Estado.

Para além disto, surgiram outras instâncias, acima e abaixo do Estado, para garantirem uma maior partilha de poder, tornando o Estado Social, para além disto (social), Democrático.

A organização económica foi reconhecida nos textos constitucionais, abolindo-se a conceção não intervencionista, abrindo caminho para a conceção contrária, em que o Estado deve intervir, de forma a garantir os interesses sociais e económicos dos seus cidadãos. Na sequência deste axioma, multiplicaram-se as funções sociais do Estado, notando-se o crescimento do setor público.

28. O Estado Pós-Social e da Pós-Modernidade do século XXI?

A entrada no novo milénio trouxe problemas ao Estado Social, havendo quem defenda a entrada em simultâneo no Estado Pós-Social. Os problemas consistem na insuficiência do aparelho social, que criou grandes cargas fiscais e ineficiente gestão de recursos, bem como a globalização que originou uma competitividade à escala mundial, ao invés de dentro de espaços economicamente protegidos.

Surgiu também um conjunto de novos direitos fundamentais (direitos "pós-modernistas") que se vão moldando ao sabor das necessidades, à medida que o Estado enfrenta novos desafios, de cariz de proteção ambiental, de progresso tecnológico (proteção da pessoa na Bioética) e os desafios do multiculturalismo das sociedades, aparecendo direitos para a defesa das minorias.

Os sinais da mudança dos termos dos direitos fundamentais são visíveis nas múltiplas organizações do poder estadual e da relação deste com os seus cidadãos, pela organização do poder público, afirmando-se a intensidade da democracia participativa (na possibilidade de os cidadãos impulsionarem o procedimento legislativo, por exemplo). A própria execução dos direitos fundamentais está sujeita a novas questões concorrência entre públicos, privados e sociais, num claro recuo do exclusivismo dos sistemas públicos.

Há quem afirme, todavia, que estas mudanças são apenas acertos à longa evolução do Estado Social, não sendo suficientemente fortes para se afirmar a existência de um novo tipo de Estado. Ainda assim, parece que os fatores de mudança são de tal forma intensos que permitem, sim, até por força da globalização e do multiculturalismo, afirmar um novo modelo de Estado.

13. Os (não) constitucionalismos socialista e fascista do século XX

47. O Constitucionalismo Socialista

Também apelidado de totalitarismo comunista ou de esquerda e inspirado na Revolução Bolchevique de 1917, pretendia a construção do Estado Soviético, sob a égide das doutrinas marxistas e leninistas. Contudo, terminou ainda no decorrer do século XX, se bem que ainda persista nalguns países para onde foi exportado.

Criou um sistema jurídico próprio, independente da tradição romano-germânica, tendo como elementos fundamentais a exclusividade da lei e a nula autonomia decisória do juiz.

Características gerais do Estado Socialista

Assentou numa ideia de revolução social, de acordo com os postulados do marxismo, resumindo-se aos seguintes tópicos:

- o motor da História deveria ser a luta das classes, numa dialética entre o povo oprimido (proletariado) e os opressores (capitalistas).
- ditadura do proletariado, devendo este ser o detentor único do poder político.
- atingir a perfeição comunista e o "homem novo" pela abolição, no último estágio do comunismo, as classes sociais, o Estado e o Direito enquanto super-estruturas.

Coube a Lenine a aplicação destes princípios, após a Revolução Russa. Contudo, evoluindo e expandindo-se ao longo do século XX foi aplicado em vários lugares:

- o Estado Socialista Soviético, a partir da Revolução Bolchevique de 1917.
- o Estado Socialista Chinês, a partir da revolução de 1949.
- o Estado Norte-Coreano, depois da guerra da Coreia.
- o Estado Socialista Cubano, a partir da Revolução Castrense de 1959.

Estado Soviético

Foi o Estado Soviético aquele que mais longe levou o socialismo científico marxista e leninista e que mais influenciou os outros países. O seu constitucionalismo, apesar de ser o melhor estruturado, escalonou-se em várias fases.

A Constituição Socialista transformou-se num instrumento de afirmação da ideologia, ao serviço da ditadura do proletariado, tendo o Direito sido, portanto, submetido a esta.

A proteção dos cidadãos foi limitada àqueles que podiam protagonizar a ditadura do proletariado e, de tal forma, que o usufruto dos direitos não se sobrepusesse aos interesses da sociedade e do Estado.

Foi adotado o sistema de direção central, em que a economia era planificada, definindo preços e salários e tendo os meios de produção sido coletivizados.

A URSS assentava num sistema piramidal, dada a sua organização federal, construindo-se da base para o topo, rejeitando as teorias liberais da separação de poderes. Assim, dava-se a concentração de poderes num órgão colegial parlamentar, sem qualquer pluralismo político. Havia um único partido (PCUS - Partido Comunista da União Soviética), que confundia os seus poderes com os poderes do Estado. O *princípio do centralismo democrático* era a justificação para a ausência de liberdade partidária.

Estado Socialista Chinês

Fundado por Mao-Tsé Tung em 1949, diferenciou-se do Estado Soviético em vários traços fundamentais:

- conceção da revolução socialista em duas fases: primeiro democrática e, depois, verdadeiramente socialista.
- dadas as características do território chinês, pretendia-se uma aliança entre operários e camponeses.
- baseava-se no apoio militar para realizar a revolução.

- tinha um carácter meramente nacionalista, indo contra os imperativos expansionistas do modelo que o inspirou.

O período constitucionalista pode dividir-se em três fases:

1. *período inicial*, de implantação do regime.
2. *período intermédio*, de consolidação do sistema socialista, através da Revolução Cultural de 1966.
3. *período atual*, com reformas internas iniciadas por Deng Xiao Ping, que permite a abertura do país a novas experiências político-constitucionais.

A Constituição chinesa afirma que:

- a China é um Estado Socialista, subordinado à ditadura democrático-popular da classe operária e assente na aliança dos operários e dos camponeses.
- há uma estruturação piramidal dos poderes.
- o Congresso Nacional Popular da China é o órgão supremo do poder político e pode destituir os outros órgãos.
- a liberdade individual está vinculada ao projeto global de sociedade.
- a organização económica apoia-se num entendimento coletivista.

Estado Socialista Cubano

Essencialmente moldado à imagem de Fidel Castro que derrubou o regime capitalista e subordinado aos EUA de Fulgêncio Baptista, possui um texto constitucional que denota as particularidades do regime, se bem que, ainda assim, bastante próximo do Estado Soviético:

- Cuba é formada por trabalhadores, sendo um Estado independente e soberano, organizado para o bem de todos.
- a soberania reside no povo, do qual deriva todo o poder político do Estado.
- há um partido único, a força dirigente que orienta os esforços rumo à construção da sociedade comunista.
- vigora o sistema de propriedade coletiva, com a nacionalização dos fundamentais meios de produção e a supressão da exploração do homem pelo homem.
- tem o Parlamento como órgão supremo do poder do Estado.

48. O Constitucionalismo Fascista

O século XX ficou também marcado por experiências totalitárias de direita, se bem que menos duradouras que as de esquerda, implantadas após a I Guerra Mundial.

- Itália: a partir de 1922, com Benito Mussolini, com um regime fascista *stricto sensu*.
- Alemanha: a partir de 1933, com Adolf Hitler, com um regime nacional-socialista, firme em preceitos expansionistas e racistas.
- Portugal: a partir de 1926 e até 1974, com Oliveira Salazar e depois Marcello Caetano, num regime autoritário.
- Espanha: a partir de 1939 e até 1976, com Francisco Franco, num regime nacionalista e tradicionalista.

Apesar de não derivarem de uma "*corrente-mãe*", apresentando várias diferenças ideológicas, é possível encontrar fundamentos semelhantes às doutrinas fascistas:

- *ausência de liberdade e de pluralismo políticos*, garantidos por forças repressivas (como a censura e a polícia política) e a adoção de um sistema de partido único.
- *repúdio do parlamentarismo*, por ser considerado ineficiente, havendo o predomínio do poder executivo, salientando-se o culto do chefe e o carácter militarista do Estado.
- *aceitação de uma economia capitalista de raiz*, mas incorporando uma ótica corporativista, sensível à inclusão das pessoas nas instituições.

Os textos constitucionais dos Estados fascistas mantiveram consagrados os direitos fundamentais herdados do liberalismo, se bem que com alterações advogando a necessidade de defesa do Estado.

Quanto à organização do poder políticos, com a exceção do Estado Alemão, os Estados fascistas mantiveram a formas institucionais de governo pré-existentes, notando-se, contudo, a intensificação do poder executivo e a desvalorização do poder parlamentar e abolição do princípio da separação de poderes. Sempre primaram pela unificação do poder, devendo até os cidadãos jurar fidelidade à ideologia do regime a fim de exercerem cargos de funcionalismo público.

A organização económica manteve-se sob os postulados liberais, com a propriedade privada e o mercado, embora com a imposição de limitações:

- internamente: privilegiaram-se certos grupos económicos, condicionando a atividade industrial e comercial.
- externamente: adotaram-se medidas de protecionismo económico.

Capítulo IV

14. Aspetos metodológicos gerais

49. Comparação em Direito Constitucional

O estudo comparativo do Direito Constitucional traz diversas vantagens:

- *função pedagógica*: possibilitando o melhor conhecimento de situações próprias.
- *função hermenêutica*: contribuindo para a interpretação e integração de lacunas.
- *função prospetiva*: dando pistas para alterações legislativas no futuro.
- *função formativa*: contribuindo para a elevação cultural dos juristas.

Metodologia comparatística

Pretende observar com confiança os sistemas constitucionais, dividindo-se entre macro e micro-comparação.

- Macro-comparação: comparação entre blocos ou ordenamentos jurídicos.
- Micro-comparação: comparação de institutos jurídicos, numa ótica funcional.

- Meso-comparação: comparação de sistemas jurídico-constitucionais nos seus traços fundamentais.

Apesar de não serem óbvios os elementos que devem ser comparados entre sistemas, pela macro-comparação, a grelha proposta é a seguinte, ainda que a análise escolha os critérios que permitam obter resultados mais singulares no panorama de comparação constitucional geral:

- enquadramento histórico-geográfico dos sistemas constitucionais.
- configuração, conteúdo e função da Constituição na formação do DC e no seu desenvolvimento.
- consagração dos direitos fundamentais, no seu papel limitador do poder político.
- modelação dos regimes políticos, frisando-se a repartição de atribuições e competências entre o Estado e outras entidades políticas.
- formação dos sistemas de governo dos órgãos de soberania.

15. O Constitucionalismo do Reino Unido

51. A formação histórica e a evolução na continuidade

O Reino Unido tem um sistema constitucional que assenta numa lenta formação institucional, com muitas transições suaves, apoiadas nos costumes e tradições, tendo raramente havido a oportunidade para a eclosão de ruturas constitucionais.

Contudo, podem identificar-se quatro fases do sistema constitucional do Reino Unido:

1. *estabilização territorial e predomínio do fator monárquico*: a formação de Inglaterra.
2. *turbulência institucional*: guerras e ruturas e aparecimento de textos constitucionais em matéria de proteção de direitos.
3. *predomínio do fator aristocrático*: consolidação do Reino Unido como Estado composto.
4. *prevalência do fator democrático*: a base da democracia atual

1. A elaboração do sistema constitucional teve início com a origem de Inglaterra. Estava em causa a outorga da *Magna Carta Libertatum* (1215), na sequência da derrota de João Sem Terra, em que a nobreza e o clero exigiam um conjunto de garantias de defesa em matéria processual criminal e matérias tributária.

Este período, que dura até ao século XVII, fica marcado pelo predomínio do papel do rei no contexto da estruturação do poder político da época.

2. Situado no século XVII foi marcado por turbulências, causadas por guerras civis e bem como mudanças dinásticas. Contudo, foi o período que permitiu a consolidação de textos constitucionais que defendem os direitos fundamentais, evidenciando-se a Petição de Direito e a Declaração dos Direitos, na sequência do rescaldo das várias lutas.

A nível de forma institucional de governo, é de assinalar a vigência do Protetorado de Oliver Cromwell, que se revelou uma das mais sanguinárias ditaduras.

3. No século XVIII deu-se a consolidação das instituições jurídico-constitucionais, vivendo-se também o período da ascensão política da aristocracia, com a Câmara dos Lordes ao lado do Rei, contrariando o Absolutismo vivido em França no mesmo período.

Foi também nesta fase que se deu a consolidação do Reino Unido, pela unificação de vários Estados simples:

- 1284: anexação do País de Gales
- 1707: Escócia - formando o Reino da Grã-Bretanha
- 1801: Irlanda (que se separou em 1921)

4. Do século XIX aos nossos dias, é o período marcado pela democracia, pela crescente importância da Câmara dos Comuns, cujo reconhecimento formal teve início em 1832, derivado de várias reformas parlamentares que definiram a sua composição e competências, firmando-se no Parliament Act de 1911.

Nesta fase deu-se também a autonomização funcional do Governo, com a figura do Primeiro-Ministro e, depois, dos Ministros.

O Reino Unido foi uma grande influência para outros Estados, especialmente para aqueles que foram suas colónias, havendo até uns (Austrália e Canadá) que, apesar de terem constituições próprias, reconhecem-se ainda subordinados à coroa britânica.

36. Um ordenamento constitucional misto e flexível

O sistema jurídico britânico tem o nome de sistema de *common law* e tem como principais características:

- *Costum Law*: a atribuição de grande importância do costume como fonte de Direito.
- *Precedent Rule*: a relevância dos tribunais da realização do Direito.
- estabelecimento de fronteiras entre Direito Público e Privado.

Marcado por um sistema constitucional essencialmente consuetudinário, assumindo assim um carácter não escrito, é fácil reparar que muitas das regras traduzem práticas tomadas como obrigatórias pelos titulares do sistema político. Este é um exemplo vivo da importância das praxes e convenções (*conventions*), que, apesar de formalmente ausentes das fontes legais, produzem igualmente regras.

Contudo existem diplomas pertencentes ao DC britânico, de cunho legal e não já meramente consuetudinário:

- Magna Carta de 1215, resultado da afirmação dos direitos da nobreza.
- Petição de Direito de 1628, proclamação de direitos fundamentais.
- Lei do Habeas Corpus de 1679, reforço das garantias dos arguidos contra detenções arbitrarias.
- Declaração de Direitos de 1689, proclamação mais ampla de direitos fundamentais pelo Parlamento.
- Ato de Estabelecimento de 1701, o estabelecimento da necessidade de se professar a fé anglicana para se ser rei.
- Ato do Parlamento de 1911, positivou novos e democráticos esquemas para o Parlamento.

Assim, a Constituição é flexível, tanto a nível das normas costumeiras como daquelas intencionalmente produzidas, verificando-se que a alteração ou revogação não está sujeita a um processo com específico formalismo. Isto porque, se fosse rígida, estaria a limitar o princípio da supremacia político-legislativa do Parlamento, fundamental na constituição do sistema.

37. Os direitos fundamentais e o papel dos tribunais na limitação do poder público

O sistema constitucional britânico tem como particularidade a sua precoce preocupação com a proteção dos direitos fundamentais e o seu papel de limitação do poder público, tanto que se pode considerar que a construção deste sistema se fez, em grande medida, graças à positivação destes direitos.

Magna Carta

Primeira fase de positivação de direitos fundamentais, serviu de equilíbrio entre o poder real, o poder aristocrático e o poder eclesiástico, consagrando, entre outros, a liberdade da Igreja Católica, o princípio democrático na criação de impostos, o princípio da intervenção judicial e a liberdade de emigração.

Petição de Direito

Criada num período de grandes agitações, permitiu novos acertos no Direito, incluindo mais uma limitação do poder régio, consistindo, essencialmente, na reafirmação dos direitos a favor dos súbditos, expressos na Magna Carta.

Lei do Habeas Corpus

Nova afirmação de direitos das pessoas, desta vez sob a forma de direitos processuais penais, numa tentativa de combater as prisões arbitrárias, conferindo aos detidos o direito de conhecerem as causas da sua detenção e poderem ser libertados, mais tarde, sob certas condições.

Declaração de Direitos

Nascida na sequência da Glorious Revolution de 1688, consagrou um novo rol de direitos fundamentais, em acordo com uma votação realizada no Parlamento, conservando aqueles outorgados anteriormente e acrescentando-lhes outros, como a preponderância da vontade parlamentar.

No sistema constitucional britânico, os direitos fundamentais foram marcados pela ideia da respetiva representação formal, mas em que o Estado reconhece posições subjetivas dos cidadãos, individualmente considerados, estando os direitos firmados ao nível formal-hierárquico da Constituição, com o propósito de limitação da ação do poder.

Mas esta limitação também se dá pela particular conceção judicialista na aplicação do Direito, em que aos tribunais se concede uma ampla capacidade de intervenção, até pela regra do precedente.

38. O parlamentarismo de gabinete numa monarquia simbólica

O sistema constitucional britânico prevê diversos órgãos, numa longínqua tradição monárquica, hoje só simbólica, ainda que todos estes órgãos ajam em nome da Coroa.

O Monarca

Exercendo o seu cargo a título vitalício, seguindo uma linhagem hereditária, onde não se aplica a lei sálica, o Monarca não tem quaisquer poderes políticos reais, estando isento de qualquer responsabilidade política ou jurídica, de tal forma que a sua intervenção pode ser definida como "o direito de ser consultado, o direito de encorajar e o direito de advertir".

Até nos pequenos atos protocolares, o Monarca não dispõe de qualquer autonomia funcional, sendo o Primeiro-Ministro quem lhe redige o ano discurso a proferir na abertura do ano parlamentar (por exemplo).

Contudo, a intervenção do Monarca ainda se nota nalguns atos, ainda que sem qualquer liberdade decisória:

- nomeação e exoneração do Primeiro-Ministro, de acordo com as eleições.
- dissolução da Câmara dos Comuns, a pedido do Primeiro-Ministro.
- direito de indulto.
- atribuição de títulos e condecorações.
- nomeação de juízes e de lordes.

O Parlamento

Bicameral, tem uma raiz monárquica, de tal forma que a sua câmara alta se destina a fazer representar a aristocracia, hoje substancialmente atenuada em favor de uma representação de que é de mérito.

Câmara dos Lordes (câmara alta): os pares são em número variável, nomeados pelo monarca a título vitalício, não têm qualquer poder decisório a nível legislativo, se bem que possam atrasar a aprovação real das leis (mas nunca o respetivo veto).

Até 2009 era também o supremo tribunal britânico, funcionando como última instância judicial, mas, a partir daí, o Supremo Tribunal do Reino Unido foi criado, como órgão independente da câmara.

Câmara dos Comuns (câmara baixa): composta por 650 deputados, por 5 anos, escolhidos com base no sufrágio direto e universal, bastando atingir a maioria relativa para se ser o vencedor. Tem competências de natureza política e legislativa, sendo os respetivo trabalhos orientados pelo seu Presidente (o *speaker*), escolhido de entre os Deputados da maioria.

O Gabinete

O Governo britânico é composto pelo Primeiro-Ministro, a sua figura central, a quem compete a defesa da política do Governo, e pelos restantes Ministros, decididos pela Câmara dos Comuns.

O Governo reduzido e de maior confiança política do Primeiro-Ministro é composto pelos *Ministers in the Cabinet*, sendo com estes que se tomam as decisões mais importantes, contrapondo-se ao Governo *extra-cabinet*, com os restantes membros (*Ministers not in the Cabinet*).

O Governo exerce competências legislativas delegadas pela Câmara dos Comuns, a quem tem de justificar as medidas que vai tomando, e competências administrativas próprias do poder executivo.

Os Tribunais

Tribunais inferiores:

- *County Courts*: questões de Direito Civil.
- *Magistrates Courts*: questões criminais de pequena gravidade.

Tribunais superiores:

- *Câmara dos Lordes*
- *Supreme Court*
 - *Court of Appeal*
 - *High Court of Justice*: competências de Direito Civil.
 - *Crown Court*: competências para os crimes mais graves.

Conselho Privado

Órgão de consulta do chefe de Estado, integrando um ampla variedade de membros, ainda que com competências limitadas, exercidas sobretudo sobre orientação governativa.

Os Partidos Políticos

O sistema constitucional britânico apresenta um sistema bipartidário, no qual o conjunto dos mandatos da Câmara dos Comuns é distribuído por dois grandes partidos: Partido Trabalhista, descendente dos Whigs, e o Partido Conservador, descendente dos Tories.

Todavia, este bipartidarismo tende a esbater-se pela emergência do Partido Liberal-Democrata, resultante de uma fusão do Partido Liberal e do Partido Social-Democrata.

Assim, o sistema de governo britânico é um sistema parlamento de gabinete. O traço parlamentar do sistema de governo repousa no facto de ser na Câmara dos Comuns que se forma a orientação geral da governação, pois é aí que se determina o Governo. Desta forma, tudo depende da maioria parlamentar que sair das eleições legislativas, sendo normalmente nomeado para Primeiro-Ministro, o chefe do partido vencedor.

A dependência do Governo face à Câmara dos Comuns nota-se ainda pela aprovação de moções de censura do primeiro, pela segunda.

O Reino Unido é uma União Real.

16. O Constitucionalismo dos Estados Unidos da América

55. Uma formação rápida e um aperfeiçoamento linear

O país com a primeira e mais antiga Constituição escrita.

Desde a descoberta da América do Norte até ao último quartel do século XVIII, o território estava repartido em treze colónias britânicas, administradas de acordo com o regime colonial então estabelecido.

Em 1776, essas colónias proclamaram independência e iniciou-se a construção de uma Confederação, preservando ao máximo a soberania dos novos Estados, cada um com a sua própria Constituição escrita, sendo que a estrutura confederativa assentava na existência de um Congresso com escassos poderes, com um carácter representativo.

Contudo, a estrutura confederativa era muito frágil, o que conduziu à urgência do reforço do poder central, surgindo daí a estrutura federal: um equilíbrio entre a confederação e a impossibilidade da criação de um Estado unitário.

Em 1787 é aprovada a Constituição, ainda hoje em vigor, se bem que tenha sido múltiplas vezes revista. Em 1791, há a aprovação da Declaração de Direitos, acrescentada ao texto constitucional, garantindo, em 10 aditamentos, os direitos fundamentais das pessoas e a limitação do poder federal, em favor da proteção dos Estados.

Os EUA passaram por quatro fases:

1. período de expansão territorial até meados do século XIX.
2. período de fratura político-social na segunda metade do século XIX, com a guerra civil.
3. período de internacionalização e de industrialização no primeiro quartel do século XX, afirmando-se como potência económica.
4. período de mundialização desde a II Guerra Mundial, com a colocação dos EUA num lugar de superpotência.

56. A durabilidade, a elasticidade e a rigidez da Constituição de 1787

Não obstante o sistema jurídico de *common law*, o DC norte-americano sempre se orientou dentro de um perfil formalmente legalista, através da vigência da Constituição.

Ainda que aceite a relevância das fontes costumeiras e que atribua um forte papel aos tribunais na formação de Direito, é seguro afirmar que as grandes opções do Estado se refletiram ao nível de um texto constitucional escrito, elaborado por uma convenção constituinte, numa tentativa de se alcançar uma maior eficiência na ação estadual, sem retirar importância ao papel dos Estados.

Apesar de se manter o texto original, este foi várias vezes alterado, multiplicando-se os momentos de revisão (como a Declaração dos Direitos, a abolição da escravatura ou a lei seca). A sua longevidade, independente das diversas circunstâncias políticas e sociais, pode ser justificada pelo seu carácter lacónico, em grande medida organizatório, sem ser demasiado explícito/explicativo. Para além disto, há o papel conservador e renovador do Supremo Tribunal Federal que garante a aplicação da Constituição, sem nunca forçar os seus termos.

Assim, o texto constitucional norte-americano goza da característica da elasticidade, ao adequar-se às novas necessidades de regulação do Estado de uma forma harmoniosa, sem perder os seus traços fundamentais. Ainda assim, é uma Constituição hiper-rígida, carecendo de um procedimento específico a fim de ser modificada.

57. A novidade da estrutura federal

O Estado federal norte-americano é uma associação de 50 Estados federados, em que estes mantêm a sua autonomia federativa ao nível dos poderes legislativo, executivo e judicial, segundo uma Constituição estadual própria. No entanto, a soberania constitucional dos Estados federados está limitada pela Constituição Federal, sendo esta hierarquicamente superior e devendo ser respeitada.

A repartição entre o nível federal e o nível estadual assume múltiplas dimensões:

- competências exclusivamente federais (ex.: emissão de moeda)
- competências exclusivamente estaduais (ex.: legislação penal)

- competências estaduais federalmente autorizadas (ex.: situações em que o poder legislativo federal só se exerce se obtiver o consentimento do Estado federal)
- competências partilhadas

58. A força defensiva dos direitos fundamentais

O texto constitucional original não consagrava quaisquer matérias acerca de direitos fundamentais, ocupando-se apenas da organização do Estado. Só com os primeiros 10 aditamentos (*Declaração de Direitos*, de 1791), é que os direitos fundamentais foram positivados. Neste documento encontram-se como direitos fundamentais, entre outros:

- liberdade de religião e opinião
- o direito ao uso e porte de arma
- garantias processuais criminais de defesa
- a cláusula de abertura a outros direitos fundamentais (que permitiu que, ao longo do tempo, se acrescentassem mais aditamentos respeitantes a direitos fundamentais)

Os direitos fundamentais hoje reconhecidos vão muito para além daqueles positivados na Declaração de Direitos:

- abolição da escravatura, 1865
- igualdade racial no direito de sufrágio, 1870
- igualdade sexual no direito de sufrágio, 1920
- igualdade fiscal no direito de sufrágio, 1964
- maioridade no direito de sufrágio aos dezoito anos, 1971

Também o Supremo Tribunal Federal tem sido decisivo na expansão dos direitos fundamentais, e na proteção daqueles anteriormente positivados. É o caso de *Miranda vs. Arizona*, onde o STF decidiu obrigatória a leitura dos direitos ao detido, no momento da detenção.

59. O presidencialismo perfeito e a separação colaborante dos poderes

O poder político está dividido em três ramos: legislativo, executivo e judicial.

Congresso Federal

Detentor do poder legislativo, é o órgão parlamentar, bicamaral.

Câmara dos Representantes: composta por um número variável de membros, de acordo com a densidade dos eleitores de cada Estado, é o reflexo da participação direta dos cidadãos num Parlamento à escala federal. O mandato dos representantes é de dois anos.

Senado: composto por dois senadores por cada Estado, com um mandato de seis anos, sendo o órgão que reflete a organização federal.

O Congresso Federal é composto por estes dois órgãos, que trabalham em conjunto, sendo necessária a aprovação de ambos para que as providências legislativas se tornem atos legislativos. Contudo, o Senado é proeminente, dado que lhe compete dar assentimento à designação dos membros do Governo e dos magistrados do STF, para além de competências de fiscalização política que exclusivamente lhe competem.

Presidente

Face do poder executivo, é eleito, juntamente com o Vice-Presidente, para um mandato de 4 anos. A escolha de ambos passa por duas fases:

1. cada Estado escolhe um conjunto de cidadãos que integrarão um colégio eleitoral restrito, em representação desse Estado, convertendo-se os votos em mandatos segundo o sistema maioritário.
2. depois, uma vez este colégio eleito, com 538 membros, cabe-lhe escolher as pessoas que irão ocupar aqueles cargos executivos, entendendo-se que os votos por Estado correspondem a um voto global, cabendo à Câmara dos Representantes um voto de desempate.

Com o aparecimento da dimensão política, partidária e ideológica, o colégio eleitoral deixou de ser autónomo, dado que os seus membros são escolhidos de acordo com a sua pertença às candidaturas em disputa, já previamente anunciadas antes da eleição desse colégio.

O Presidente é o Chefe de Estado e do Governo, embora, na prática, assuma as funções executivas de Primeiro-Ministro, repartindo a gestão governativa com os outros membros do seu gabinete (como o Vice-Presidente e o Secretário de Estado).

Já o Vice-Presidente tem escassas funções constitucionais, desempenhando as funções de Presidente em caso de falta ou impedimentos deste, bem como em caso de vacatura do cargo. É, em simultâneo, quem desempenha as funções de Presidente do Senado, assim como outras que lhe sejam delegadas pelo Chefe de Estados.

Tribunais

Escalonados em três níveis, são responsáveis pelo exercício do poder judicial: o *Supreme Court*, o único diretamente criado pela CNA, depois os *Courts of Appeal* (tribunais de recurso) e os *District Courts* (tribunais de 1ª instância).

O Supremo Tribunal tem 9 membros eleitos pelo Presidente a título vitalício, com competências de natureza contenciosa, sendo diretamente responsável por julgar as causas respeitantes a embaixadores, enviados diplomáticos e cônsules, e por causas em via de recurso.

Cabe-lhe ainda resolver a incompatibilidade entre decisões judiciais e a Constituição, e entre leis e tratados dos Estados Unidos. Mais, de acordo com a *judicial review*, todos os tribunais têm o poder de desaplicar as leis contrárias à Constituição.

Apesar da distinta repartição de poderes do Estado, existem laços de conexão entre eles, de tal modo que o sistema de governo assenta numa separação ativa e colaborante dos poderes, de acordo com uma lógica de *checks and balances*, por exemplo:

- do poder executivo para o legislativo, há a iniciativa legislativa e o poder de veto.
- poder legislativo para o executivo, os diversos mecanismos de fiscalização política.
- do poder executivo para o judicial, a nomeação dos juizes do STF.
- do poder judicial para o legislativo, a fiscalização de constitucionalidade.

Partidos Políticos

O sistema partidário norte-americano é um bipartidarismo perfeito:

Partido Republicano: de origem nortista, com uma marca mais liberal, sendo o representante do sector mais à direita no espectro político-ideológico.

Partido Democrata: de origem sulista e com uma marca mais social, mais progressista, situa-se mais à esquerda no espectro político-ideológico.

Existem outros partidos, mas sem expressão eleitoral suficiente para rivalizarem com estes dois.

As diferenças entre partidos assentam mais no plano dos princípios e valores, ao invés de ideologias, como acontece com os Europeus.

O presidencialismo perfeito

Deve-se à exaltação do Presidente, ao nele se encarnar, formalmente, todo o poder executivo.

Os elementos que caracterizam o presidencialismo perfeito são:

- *a independência política recíproca entre o Presidente e o Congresso Federal*, não podendo condicionar-se mutuamente, nem um podendo demitir o outro.
- *a eleição do Chefe de Estado por sufrágio universal dos cidadãos*, embora formalmente seja a título indireto, é vivida como eleição substancialmente direta dada a absoluta falta de autonomia do colégio eleitoral.
- *a acumulação na mesma pessoa das funções do Chefe de Estado e de Chefe de Governo*.

Distingue-se do presidencialismo imperfeito por neste o poder executivo poder ser atribuído a um governo como órgão colegial, e não a um só titular, ainda que este o delegue em conjuntos mais ou menos vastos de matérias.

60. A fiscalização da constitucionalidade e a importância dos tribunais

Os EUA desenvolveram um singular esquema de fiscalização de constitucionalidade das leis que, durante séculos, foi o único mecanismo referente a esta matéria que existiu.

A descoberta deste modo de fiscalização da constitucionalidade deu-se na decisão de *Marbury vs. Madison*, num caso decidido pelo STF em 1803, de que foi protagonista o juiz Marshall. Aí se decidiu que seria constitucionalmente inadmissível que o poder executivo interferisse na esfera do poder legislativo.

Daí chegou-se à conclusão de que não seria legítimo, a qualquer tribunal norte-americano aplicar normas ou leis que se pudessem considerar desconformes à Constituição.

A fiscalização de constitucionalidade é:

- **judicial**: cabe ao poder judicial verificar a conformidade da norma ou lei à Constituição e a decisão de não as aplicar.
- **difusa**: o poder de fiscalização não se encontra entregue em exclusividade a um só Tribunal ou instância.
- **concreto**: a tarefa de fiscalização faz-se no âmbito da aplicação judicial do Direito, não tendo que ver com um juízo que estude ou investigue a conformidade constitucional das leis.
- **incidental**: o processo judicial é interposto para resolver a questão de fundo.

17. O Constitucionalismo da França

61. Turbulência e estabilidade na evolução constitucional

A França, ao contrário do Reino Unido e dos Estados Unidos da América, é bem o exemplo das mudanças por que passa um Estado, não estando nenhuma das suas normas constitucionais em vigor, tendo existido, no total, 16 textos constitucionais.

Esta turbulência, contudo, suscitou alguma reflexão científica, propondo-se um fio condutor que arrumaria os textos constitucionais em períodos mais ou menos uniformes e que se repetiriam: *os ciclos constitucionais*. Observando estes ciclos, pode concluir-se que deles irrompem fases políticas distintas, no entanto, esta teoria só é aplicável ao século XIX, e não ao século XX.

O Constitucionalismo Francês seria a consequência da Revolução Francesa, que se assinalaria a 14 de Julho de 1789, com a Tomada da Bastilha, simbolizando a passagem do Estado Moderno ao Estado Contemporâneo.

Rapidamente, foram abolidas as estruturas do *Ancien Régime*, proclamando-se, no seu lugar, as instituições do Liberalismo e Constitucionalismo.

No domínio de direitos fundamentais, nasceu, a 26 de Agosto de 1789, a Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão (DDHC).

62. A sucessão dos diversos textos constitucionais

1. **1791 - Constituição monárquica:** implantação da Monarquia Constitucional, havendo a limitação dos poderes do rei, bem como a separação dos poderes políticos, e a adoção do princípio da soberania nacional em detrimento do princípio monárquico. A DDHC era parte integrante do texto constitucional através de um mecanismo remissivo.

Apesar de ter sido um notório avanço em relação ao ideário liberal, não era suficiente para os revolucionários.

2. **1793 - Constituição da Convenção:** formada a Convenção, esta levou a cabo a proclamação da República em 1792, executando o rei. Assim começou o Período do Terror, que permitiu a criação do Comité de Salvação Pública, liderado por Robespierre.

Os princípios explícitos na anterior Constituição foram substituídos pelo princípio republicano; o princípio da unidade do poder político, ao invés da separação dos poderes, residindo este na titularidade do povo; e o princípio do mandato imperativo.

Certo é que este texto constitucional não chegou a entrar em vigor, na sequência do ambiente revolucionário, continuando o poder entregue ao Comité de Salvação Pública, que o exercia de forma ditatorial.

3. **1795 - Constituição do Diretório:** a revolução convencional criou muitas inimigos, tanto que o Período do Terror seria terminado com o assassinato de Robespierre, em 1794. De seguida procedeu-se à elaboração da nova Constituição, que tinha como objetivo fundamental seguir à risca a teoria da separação de poderes de Montesquieu, mantendo o regime republicano:
 - poder legislativo era entregue ao Parlamento bicamaral.

- poder executivo era entregue ao Diretório, um órgão colegial restrito eleito por uma das câmaras do Parlamento.
 - poder judicial entregue aos tribunais com uma cláusula expressa de incomunicabilidade com os outros poderes.
4. **1799 - Constituição consular:** elaborada por Napoleão Bonaparte, após assumir o poder na sequência de um golpe de Estado, tinha uma feição republicana, mas instituindo uma democracia cesarista, inspirando-se na experiência romana na passagem da república ao dominato. Houve a limitação das liberdades fundamentais, tendo-se Napoleão eleito primeiro Cônsul, com o poder decisório.
 5. **1802 - Constituição Imperial:** o sucesso das práticas de Napoleão permitiu devolver à França o desejo de ser o centro da Europa, e do Mundo, acabando aquele por ser nomeado Cônsul vitalício, alargando-se-lhe os seus poderes e competências, em detrimento do poder legislativo.
 6. **1804 - Constituição do Império:** transformou o regime napoleónico num império, sendo Napoleão afamado "Imperador de todos os Franceses", com a totalidade dos poderes públicos.
 7. **1814/1815 - A Carta Constitucional de Restauração:** após abdicação e exílio de Napoleão, há o regresso à Monarquia Constitucional, com Luís XVIII, havendo a tradicional separação de poderes e a limitação do poder do rei.
 8. **1815 - Ato Adicional às Constituições Imperiais:** Napoleão foge do exílio e restaura o seu poder no "Governo dos Cem Dias", repondo os anteriores textos napoleónicos.

Entretanto dá-se a Batalha de Waterloo, que põe fim ao Regime Napoleónico, regressando-se à Carta Constitucional de Restauração.
 9. **1830 - Carta Constitucional Orleanista:** em 1830 deu-se a Revolução de Julho, destituindo o monarca. A nova Constituição pretendia um equilíbrio entre a monarquia e o parlamentarismo, não sendo um texto outorgado, mas aprovado pelo Parlamento, por se fundar na soberania nacional:
 - reforçou o poder legislativo, conferido ao Parlamento
 - diminuiu o poder executivo
 - entregou a continuidade monárquica ao Duque de Orléans.
 10. **1848 - Constituição presidencialista da II República:** nascida de um golpe de Estado que depôs o Duque de Orléans, era influenciada pelo socialismo científico, e instaurou uma nova república presidencial. A Constituição foi redigida por uma Assembleia Constituinte, escolhida com base no sufrágio universal.

Mais uma vez, houve a preocupação com a separação dos poderes:

 - poder legislativo era entregue à Assembleia Nacional com uma só câmara, eleito por sufrágio direto
 - poder executivo era entregue ao presidente da república, eleito por sufrágio universal e direto
 - poder judicial era entregue aos tribunais
 11. **1852 - II Império:** eleito Presidente da República pela Constituição de 1848, mas na impossibilidade de ser reeleito, Luís Napoleão Bonaparte (sobrinho de Napoleão) dissolveu a Assembleia Nacional e realizou um golpe de Estado. De seguida, sagrou-se Chefe de Estado, com amplos poderes para criar uma nova Constituição. Constituição essa que consagrou o II Império, inspirado na primeira Constituição Napoleónica.

12. **1870 - Constituição do II Império Liberal:** derivado da decadência do poder de Luís Napoleão, decretou-se uma nova Constituição, que consagrava duas câmaras legislativas e reconhecia a responsabilidade política dos ministros perante o Parlamento.

O Império Liberal caiu ainda em 1870, devido à derrota francesa na guerra franco-prussiana, seguindo-se um interregno constitucional.

13. **1875 - Constituição parlamentar da III República:** composta por Três Leis Constitucionais.
14. **1940 - Constituição do Governo de Vichy:** a França foi parcialmente ocupada pelas tropas alemãs na II Guerra Mundial e aí houve a subjugação ao III Reich, até 1944, quando Paris é declarada livre.
15. **1946 - Constituição parlamentar da IV República:** imediatamente depois da instalação do Governo provisório de libertação da República Francesa, chefiado por Charles de Gaulle, iniciou-se o processo para a redação de um novo texto constitucional, que acabou por ser aprovado em 1946.

O fulcro do sistema governativo residia no poder legislativo da Assembleia Nacional, que contava com a colaboração de outras três assembleias; o poder executivo era entregue ao Conselho de Ministros e ao Presidente da República; o poder judicial estava entregue aos tribunais.

63. A atual Constituição Francesa de 1958

Depois da 15ª Constituição gerou-se um período de instabilidade governativa, gerando-se assim um ambiente propício a uma nova ordem constitucional, em muito estimulada pelo General Charles de Gaulle, que acabou por dar início à V República Francesa.

A revisão constitucional em França obedece a requisitos particularmente exigentes, comprovando tratar-se de um texto hiper-rígido. A aprovação das alterações desenvolve-se segundo dois distintos procedimentos:

- têm de ser aprovadas pelas duas câmaras, em votações separadas, ao que se segue o assentimento popular por intermédio de referendo.
- a aprovação pelo Parlamento reunido em congresso, carecendo da maioria de três quintos.

A revisão submete-se a um limite circunstancial, pois não pode ocorrer enquanto se verificarem ataques contra a integridade do território, e outro material, pois a forma de república não pode ser posta em causa.

64. A deficiente positivação dos direitos fundamentais e o papel do Conselho Constitucional

O texto constitucional, na respetiva sistematização, é puramente organizatório e não espelha uma direta relevância aos direitos fundamentais. Tal, porém, não significa que a sua positivação seja inexistente, embora esta só se dê através da remissão para outros textos e valores, não diretamente positivados.

Os textos para que se remete a positivação dos direitos fundamentais são referenciados no preâmbulo da Constituição e são eles:

- Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão.
- a proteção dos direitos fundamentais reconhecidos pelas leis da República.
- a proteção dos princípios económicos e sociais.
- os direitos e deveres constantes da Carta do Ambiente de 2004.

Dado que, regra geral, os preâmbulos não têm força obrigatória, surgiu a dúvida quanto à obrigatoriedade de o seguir. Esta dúvida foi resolvida pelo Conselho Constitucional que concedeu força constitucional ao preâmbulo.

O Conselho Constitucional é um órgão de natureza para-judicial, composto por nove conselheiros designados, com competências diversas de índole judicial.

65. O semipresidencialismo "gaullista" e a preponderância do Chefe de Estado

O Presidente

É o chefe de Estado e partilha competências executivas com o Governo, mas tem-nas em exclusivo nos domínios da política externa e defesa. O seu mandato é de 5 anos, não havendo qualquer impedimento à reeleição, sendo a sua escolha feita por sufrágio universal direto, a duas voltas.

Exerce ainda a presidência do Conselho de Ministros e pode dissolver a Assembleia Nacional.

O Parlamento

Tem uma estrutura bicameral, se bem que se apresenta um bicameralismo assimétrico ou imperfeito, dado que são conferidos mais poderes à Assembleia Nacional em detrimento do Senado da República.

Assembleia Nacional: órgão de representação dos franceses, com Deputados eleitos por 5 anos, cabendo-lhe a competência legislativa, partilhada com o Senado, e a fiscalização política, exclusivamente.

Senado da República: órgão de representação das coletividades territoriais, composto por senadores eleitos por 6 anos.

O Governo

Órgão com funções executivas e integra os Ministros e o Primeiro-Ministro, nomeado pelo Presidente da República, de acordo com os resultados das eleições para a Assembleia Nacional.

O Governo está submetido a duas entidades:

- ao Presidente da República, que é quem o nomeia e exonera.
- à Assembleia Nacional, a quem tem de apresentar o seu programa, tendo esta poderes para apresentar moções de censura.

Os Tribunais

O poder jurisdicional está repartido por três jurisdições:

1. a comum
2. a administrativa

3. a constitucional

1. Diferencia-se por três instâncias.
2. Compreende a existência do *Conseil d'État*.
3. Expressa-se no trabalho do Conselho Constitucional.

O semipresidencialismo prova-se por:

- *não ser presidencial* dada a diarquia no poder executivo.
- *não ser parlamentar* porque o Chefe de Estado é eleito por sufrágio universal e direto dos cidadãos, o que lhe confere legitimidade popular.
- *haver a dupla responsabilidade política do Governo* perante o Presidente e a Assembleia.
- *o Parlamento poder ser destituído pelo Chefe de Estado*.

66. A fiscalização para-jurisdicional da constitucionalidade

O controlo da constitucionalidade dos atos de poder público cabe ao Conselho Constitucional. No âmbito do contencioso da constitucionalidade, o Conselho Constitucional exerce um controlo preventivo da conformidade à Constituição.

Outra competência é a produção de pareceres sobre questões jurídico-constitucionais, que, apesar de não serem vinculativos, são extremamente úteis na aplicação futura de Direito Constitucional.

Ainda assim não deixa de ser notória a limitação do poder de fiscalização da constitucionalidade que inere a este sistema: a fiscalização nunca é sucessiva, sendo só preventiva. Por isso, pode dizer-se que a fiscalização da constitucionalidade, se bem que tendo uma base de fiscalização política, é hoje uma fiscalização para-jurisdicional, pela vizinhança do Conselho Constitucional dos verdadeiros tribunais.

18. Outros Direitos Constitucionais

67. O Constitucionalismo da Suíça

- Federação
 - composta por Estados federados: os cantões suíços
- Constituição referendada e aprovada em 1999
- grande dinamizador da participação política (há muitos referendos)

Sistema político:

- Assembleia Federal: parlamento bicamaral, com competências legislativas e financeiras, dividindo-se em Conselho Nacional e Conselho dos Estados.
- Conselho Federal: competências administrativas.
- Tribunal Federal: autoridade judicial suprema, com juízes eleitos pela Assembleia Federal.
- sistema de governo diretorial, sendo o órgão executivo colegial e não singular.

68. O Constitucionalismo da Itália

A unificação italiana passou por dois períodos:

1. Monarquia: desde 1870 até ao fim da II Guerra Mundial.
2. República: desde o final da II Guerra Mundial até aos dias de hoje, com a Constituição de 1947.

Sistema político:

- Parlamento: bicamaral (Câmara dos Deputados e Senado da República), tem poderes legislativos.
- Presidente da República: poderes representativos, eleito pelo Parlamento e três delegados de cada região.
- Governo: composto pelo Primeiro-Ministro e Ministros, nomeados pelo Presidente, tem poucos poderes legislativos e administrativos.

69. O Constitucionalismo da Alemanha

- *Grundgesetz* (Lei Fundamental), com entrada em vigor em 1949, por acordo das potências ocidentais vencedoras da II Guerra Mundial.

Sistema político:

É um sistema parlamentar racionalizado, limitativo das faculdades do Parlamento.

- Parlamento Federal: Deputados por votos nominativos e escrutínio proporcional.
- Conselho Federal: representa os Estados federados.
- Presidente Federal: eleito por 5 anos pela Assembleia Federal (conjunto dos membros do Parlamento e dos membros eleitos pelas Assembleias Legislativas dos Estados).
- Governo Federal: composto pelo Chanceler e os Ministros, nomeados pelo Presidente. O Chanceler é eleito pelo Parlamento, sendo-lhe até concedidos mais poderes do que ao Presidente.
- Tribunal Constitucional Federal: instituição judiciária superior, composta por juizes eleitos. É responsável pela fiscalização da constitucionalidade das leis.

70. O Constitucionalismo da Espanha

- ditadura franquista até 1976
 - regresso à monarquia
- Constituição de 1978
- divisão em comunidades autónomas

Sistema político:

- Coroa: o rei, sem poderes efetivos.
- Cortes Gerais: o Parlamento, bicamaral (Congresso dos Deputados e Senado).
- Governo: com funções administrativas e o poder regulamentar. É composto pelo Presidente e os Ministros.

Capítulo V – Constitucionalismo Português

19. Aspetos de ordem geral

71. A periodificação da História do Direito Constitucional Português

A época do Constitucionalismo Português só se sucedeu na Idade Contemporânea, inspirada pelo movimento constitucionalista que, assolou a América e depois a Europa.

A Revolução Liberal Portuguesa de 1820 abriu caminho para a época das Constituições - contando-se 6 no total - e, hoje, a evolução histórica do Direito Constitucional Português pode ser dividida em quatro períodos:

1. *período liberal-monárquico*
2. *período liberal-republicano*
3. *período nacionalista-autoritário*
4. *período democrático-social*

1. Este período integra as Constituições de 1820, 1826 e 1838, tendo por traço fundamental a conceção do Estado de Direito, na sua modalidade liberal, com a proclamação de direitos fundamentais de 1ª geração.

Cada um destes textos defendeu a separação orgânico-funcional de poderes, consagrando a monarquia como forma institucional de governo, conferindo poucos poderes ao Rei, funcionando, na prática, como uma monarquia constitucional.

2. Integra apenas a Constituição de 1911, criada na sequência da Revolução Republicana de 5 de Outubro de 1910, instaurando a República (que duraria até ao golpe de Estado de 28 de Maio de 1926).

Em matéria de direitos fundamentais deu-se a manutenção dos que vigoraram anteriormente, acrescentando-se alguns de cariz social.

No plano político, manteve-se a separação dos poderes, se bem que conferindo uma maior importância aos partidos políticos e à parlamentarização do sistema de governo.

3. Compreende a vigência da Constituição de 1933, que foi antecedida de 1926 a 1933, por um período de ditadura militar sem texto constitucional.

Esta fase foi marcada pela existência de um Estado com um regime ditatorial, tendo o nacionalismo de Estado como linha fundamental, o que se verificava em aspetos da organização política, social e económica.

4. Integra a vigência da atual Constituição Portuguesa de 1976, afirmando-se uma verdadeira ordem constitucional, elaborada no âmbito de uma assembleia constituinte, eleita por sufrágio direto e universal, tendo como características:

- *proteção efetiva dos direitos fundamentais*, num aumento em número e em qualidade.
- *intervenção do Estado na economia*.
- *repartição de atribuições entre o Estado e as Regiões Autónomas*, segundo um critério de descentralização político-legislativa.
- *equilíbrio do sistema de governo entre a componente presidencial e a componente parlamentar*, adotando-se um sistema semipresidencial.
- *adoção de um mecanismo seguro de controlo da constitucionalidade das leis*.

72. As constâncias e as ruturas do Constitucionalismo Português

Do ponto de vista do papel atribuído à Constituição no comando da realidade constitucional, há diferenças entre os vários textos constitucionais: o texto da Constituição de 1933 é nominal, enquanto que, em todos os outros, é normativo.

De uma perspectiva de estabilidade, verifica-se que nunca houve o regresso à época pré-constitucional, a não ser algumas hesitações iniciais, tal como nunca se questionou a conceção constitucional da Ordem Jurídica.

Todas as Constituições eram rígidas, sendo que a revisão constitucional se submetia a regras específicas.

Os direitos fundamentais foram uma constante nas Constituições Portuguesas, como parte integrante dos textos constitucionais, não havendo remissão para outros textos. Esta positivação constitucional fez-se segundo esquemas de tipificação aberta, com isso se permitindo uma mais específica consagração de direitos.

A estrutura do Estado foi constantemente de feição unitária, à exceção da Constituição de 1822 que adotou a estrutura de Estado composto, numa união real entre Portugal e Brasil.

15. O Constitucionalismo Vintista e a Constituição de 1822

73. A Revolução Liberal de 1820 e a "Súplica pela Constituição" de 1808

No contexto das invasões francesas, alguns intelectuais fiéis ao Rei, numa tentativa de impedir que Junot (que governava Portugal em nome do Imperador Francês) se autoproclamasse rei, pediram a Napoleão a outorga de uma Constituição, que tivesse como pontos fundamentais:

- a conservação do regime monárquico.
- a independência do poder judicial.
- a igualdade dos cidadãos perante a lei.

Ainda que tenha falhado, esta tentativa constitucional pretendia uma modernização - pouco radical - do país, assegurando-se algumas liberdades que abririam caminho às garantias individuais.

Com a instauração do liberalismo, houve a imediata abolição do regime monárquico de tipo senhorial e a sua substituição por uma ordem constitucional, com orientações como:

- *a aprovação de um texto constitucional* que regulava o poder político.
- *a consagração dos direitos fundamentais dos cidadãos.*
- *o estabelecimento da separação de poderes.*
- *a criação de uma união real entre Portugal e Brasil*

74. As "Bases da Constituição" de 1821

Seguida à Revolução Liberal foi a criação das *Cortes Gerais, Extraordinárias e Constituintes da Nação Portuguesa*, com o propósito de preparar um texto que alinhavasse a futura redação da Constituição.

O objetivo fundamental desta pré-Constituição era a proclamação de vários princípios que condicionariam a elaboração da Constituição definitiva. O texto das Bases da Constituição resumia as matérias principais a tratar no texto constitucional definitivo:

- quanto a direitos fundamentais, percebeu-se a importância das garantias criminais (a proibição de prisão sem culpa formada,...), bem como a implantação dos fundamentos de ideologia liberal (liberdade de opinião, expressão, imprensa...)
- quanto à nova organização política:
 - o carácter constitucional do sistema político.
 - a introdução da monarquia constitucional e o estabelecimento da religião católica como religião oficial do Estado Português.

- a consagração da separação de poderes.
- o princípio da soberania nacional, conjugando-se a sua expressão com os três poderes políticos.

75. A formação parlamentar do texto constitucional definitivo e as suas duas vigências

As influências da C1822 vieram dos primeiros textos constitucionais europeus. A sua primeira vigência foi muito efémera, já que seria revogada após a Vila-Francada que instituiu, de novo, a ordem pré-constitucional em 1823.

Depois da Revolução de 9 de Setembro de 1836, a C1822 teria a sua segunda vigência, durando apenas até 1838.

Em qualquer das vigências não se assistiu a quaisquer alterações constitucionais, ainda que a C1822 consagrasse o processo de revisão.

66. A conceção progressista dos direitos fundamentais

A proclamação dos direitos fundamentais não foi feita através da declaração autónoma destes, mas antes pela sua integração no texto constitucional, sendo a primeira vez no Direito Constitucional Português que estes seriam positivados.

O conjunto de direitos tocava vários domínios no âmbito do ideário liberal, a partir da trilogia "liberdade, segurança e propriedade", e ainda outros direitos como o direito à cidadania e a liberdade de culto privado para estrangeiros.

Com tudo isto deu-se:

- a humanização do Direito Penal.
- a consagração do direito de propriedade, bem como da liberdade económica.
- a abolição de privilégios (e o estabelecimento da igualdade formal).
- o reconhecimento de liberdade públicas no domínio da opinião, reunião e associação.
- a participação democrática na escolha dos parlamentares.

Outros direitos foram enformados na C1822, como o direito ao ensino e a necessidade de criar infraestruturas de saúde e caridade.

Para além de direitos, foram consagrados deveres fundamentais, onde se incluía a obediência à Constituição e às leis, a defesa da Pátria e a contribuição para as despesas do Estado.

76. A concessão progressista dos direitos fundamentais

Alguns direitos fundamentais foram desde logo consagrados na constituição, o que se revelou uma inovação no Direito Português pela sua efetiva posituação. O conjunto de direitos tocava vários domínios, no âmbito do ideário liberal, a partir da trilogia "liberdade, segurança e propriedade", sendo de elencar os seguintes direitos enumerados: a liberdade em geral, a segurança, a propriedade e o direito a indemnização no caso de expropriação, a proibição de prisão sem culpa formada, a inviolabilidade do domicílio, a liberdade de expressão, a liberdade de imprensa, a igualdade jurídico-formal, a necessidade de pena, a proporcionalidade da pena e a proibição das penas desumanas ou infamantes, a liberdade de acesso a cargos públicos, a responsabilidade por erros de ofício e abusos de poder por parte dos

empregados públicos, o direito a remuneração por serviços prestados à Pátria, o direito de petição e a inviolabilidade da correspondência.

Era também possível considerar alguns outros direitos fundamentais não enumerados: o direito à cidadania e a liberdade de culto privado para estrangeiros. Numa possível síntese, podemos afirmar que:

- a humanização do Direito Penal e do Direito Processual Penal;
- a consagração do direito de propriedade, bem como da liberdade económica, na esteira do liberalismo económico;
- a abolição dos privilégios e a proclamação do princípio da igualdade formal;
- o reconhecimento de liberdades públicas no domínio da opinião, reunião e associação;
- a participação democrática na escolha dos parlamentares, em nome de uma ideia de representação política.

Também alguns objetivos sociais se destacaram;

- o ensino da “...mocidade portuguesa de ambos os sexos a ler, escrever e contar, e o catecismo das obrigações religiosas e civis”;
- a “...criação de novos estabelecimentos de instrução pública”; e
- a “...fundação, conservação e aumento de casas de misericórdia e hospitais” e de “rodas de expostos, monte-pios, civilização dos índios, e de quaisquer outros estabelecimentos de caridade”.

Para além destes, rapidamente logrados ao esquecimento, inscreveram-se deveres fundamentais:

- venerar a Religião;
- amar a Pátria e defendê-la com as armas;
- obedecer à Constituição e às leis;
- respeitar as autoridades públicas;
- contribuir para as despesas do Estado.

77. O "presidencialismo" monárquico inoperante

A C1822 consagrou, do ponto de vista puramente formal, um sistema de governo "presidencial", com a exceção de o Chefe de Estado ser o Rei, ao invés de um Presidente da República.

As Cortes

Órgão parlamentar unicameral, exercendo poderes legislativos e de fiscalização política, numa base representativa e legislatura de dois anos.

Os seus membros eram eleitos por sufrágio universal e direto, ainda que de acordo com um sufrágio restrito, censitário e capacitário.

O Rei

Exercia o poder executivo, auxiliado por Secretários de Estado cuja ação era regulada pela Cortes, e pelo Conselho de Estado, órgão consultivo, composto por treze membros eleitos para um mandato de quatro anos.

Os tribunais

Protagonizavam o poder judicial, sendo divididos em várias instâncias e totalmente independentes do poder político.

Não lhes competia a fiscalização da constitucionalidade das leis, mas antes às Cortes, o que se mostrou totalmente ineficiente.

O sistema político apresentado pela C1822, era marcado por:

- independência recíproca dos órgãos do Estado.
- carácter unicameral das Cortes, sem reflexo do princípio monárquico, não havendo assento para os representantes da aristocracia.
- eleição direta dos membros das Cortes, prevalecendo o princípio democrático.

78. A União Real entre Portugal e o Brasil

As entidades de governo no âmbito desta união real não eram totalmente simétricas, tendo de comum aos dois reinos o Rei, as Cortes e o Conselho de Estado.

No plano executivo, consagrando-se a autonomia institucional no Brasil, criou-se uma Delegação do Poder Executivo, com as funções de regência. Apesar de decidir dos assuntos de justiça, de guerra e negócios do reino, estava fortemente limitada.

Esta união real rapidamente caducou, uma vez que o Brasil proclamou a sua independência política, a 7 de Setembro de 1822.

21. O Constitucionalismo Cartista e a Carta Constitucional de 1826

79. Da ordem pré-constitucional à Restauração Constitucional

Com o fim da vigência da C1822, rapidamente se regressou ao período pré-constitucional. É então que surge a C1826, numa linha compromissória entre *legitimistas*, encabeçados por D. Miguel, e *liberais*, liderados por D. Pedro IV, admitindo-se que a C1822 tinha um cunho excessivamente liberal.

80. A outorga régia do texto constitucional e as suas três vigências

A Carta Constitucional de 1826 foi o texto constitucional com a vigência mais duradoura da Idade Contemporânea em Portugal, se bem que encaixada em três períodos:

1. Período de estabilidade inicial, na sequência do compromisso entre as duas partes, até 1828, quando D. Miguel enceta um golpe de Estado, ao qual se seguiu uma guerra civil e um período de governo pré-constitucional.
2. A derrota dos legitimistas em 1834 permitiu a reposição da Carta Constitucional.

3. A terceira vigência ocorreria depois do golpe de Costa Cabral, em 1842, deitando por terra a Constituição de 1838, repondo a Carta, que estaria em vigor até 1910.

81. A desvalorização sistemática e o avanço regulativo dos direitos fundamentais

No domínio dos direitos fundamentais, a C1826 mostrou-se com avanços e recuos do ponto de vista da proteção das pessoas.

Na arrumação sistemática, este texto constitucional remeteu a consagração dos direitos para o seu último artigo, revelando uma certa desvalorização sistemática dos mesmos. Contudo, também se conclui que a C1826 se preocupou com a manutenção dos direitos anteriormente positivados, bem como a adição de novos direitos, como o princípio da não retroatividade das leis, a liberdade de deslocação e emigração, a independência do poder judicial e o princípio do caso julgado, entre outros.

Com a observação do Ato Adicional de 1885, houve um novo acréscimo aos direitos fundamentais, com a consagração do direito de reunião.

82. A novidade do poder moderador e a paulatina parlamentarização do sistema político

A C1826 manteve a separação dos poderes, mas introduziu um novo: o poder moderador, entregue ao Rei.

As Cortes

Com uma estrutura bicameral, desenvolviam o poder legislativo. O seu funcionamento adequava-se a bicameralismo perfeito, em que ambas as câmaras podiam intervir na aprovação dos diplomas, ainda que cada uma delas tivesse competências específicas.

Câmara dos Pares: constituída por aristocratas designados pelo Rei.

Câmara dos Deputados: composta por parlamentares eleitos para um mandato de quatro anos.

O Rei

Detinha o poder moderador, que incluía a prática de atos necessários ao equilíbrio do sistema político, como a dissolução das Cortes, a demissão dos ministros ou o poder de veto, e ainda o poder executivo, que compreendia a prática de atos de administração.

O poder moderador era o mais importante dos poderes e a chave de toda a organização política.

A atividade do Rei era auxiliada pelo Conselho de Estado, um órgão consultivo composto por membros por ele nomeados, a fim de se pronunciarem sobre as grandes questões que pairavam sobre o reino.

Os Tribunais

Exerciam o poder judicial, de forma independente.

A C1826 preocupou-se com a regulação da carreira de magistratura, com a outorga de várias garantias de imparcialidade, mas ao mesmo tempo aceitando-se o afastamento de

juízes em caso de corrupção. Eram também já visíveis esforços no sentido da especialização funcional e hierárquica dos tribunais.

Inicialmente, graças ao poder moderador, o sistema político consagrava o Rei como figura central do mesmo, respondendo aos desejos da ala legitimista ou antiliberal da classe política de então.

Contudo, com o passar dos anos, assistiu-se à parlamentarização do sistema, reduzindo-se a intervenção régia, cada vez mais difícil, dado que também se chegava ao fim da monarquia.

A C1826 estabeleceu um regime que, apesar de o Rei ocupar um papel preponderante formalmente, evoluiu no sentido semiparlamentar, com o equilíbrio entre a componente monárquica e parlamentar. Comparativamente à C1822, este texto constitucional é mais conservador, havendo a atenuação do princípio democrático devido:

- à estrutura bicameral das Cortes, permitindo o assento da aristocracia.
- ao carácter indireto do sufrágio (num momento inicial) para a Câmara dos Deputados.
- à fragilização das Cortes, pela introdução do poder moderador.
- ao veto absoluto do Rei.

83. Os sucessivos Atos Adicionais

Devido à sua longevidade, a C1826 foi alvo de diversas revisões constitucionais, às quais se deram o nome de Atos Adicionais, sendo quatro no total.

Estes Atos Adicionais, naquilo que mudaram a C1826, puderam inserir-se, no plano da atividade política, em dois grandes períodos:

- *período da Regeneração*, de 1842 a 1890, em que ocorre o rotativismo partidário entre o Partido Regenerador e o Partido Histórico/Progressista, com uma política de fomento e industrialização do país.
- *período da crise monárquica*, de 1890 à Implantação da República, num tempo em que o regime se vinha a enfraquecer cada vez mais, devido ao *ultimatum* britânico.

A Constituição de 1826 era semi-rígida.

17. O Constitucionalismo Setembrista e a Constituição de 1838

84. A Revolução de 9 de Setembro de 1836

A Constituição de 1838 surgiu na sequência desta Revolução, pondo fim à 2ª vigência da Carta Constitucional de 1826.

Os ideias subjacente a este projeto revolucionário, de que fez parte Almeida Garrett como Deputado e articulista, assentavam na revivescência dos princípios do liberalismo mais progressista. As opções da C1838 traduziram um compromisso entre vintistas e cartistas, articulando-o com as influências estrangeiras recebidas.

85. A formação pactícia e a vigência única do texto constitucional

O texto constitucional, elaborado no âmbito das Cortes foi vigente durante apenas 4 anos (de 1838 ao golpe de Costa Cabral em 1842), alcançando uma dupla legitimidade:

- *parlamentar*: por ter sido aprovado pelas Cortes Gerais, Extraordinárias e Constituintes.
- *régia*: por ter sido expressamente sancionado pela rainha de então, D. Maria II.

Assim, a C1838 foi um texto pactuado, conciliando a legitimidade democrática com a legitimidade monárquica.

A C1838 não esteve sujeita a quaisquer revisões constitucionais, ainda que consagrasse o procedimento para o fazer.

86. O reforço da concepção liberal dos direitos fundamentais

Em matéria de direitos fundamentais, a C1838 retomou a tradicional localização destes no início do articulado constitucional, dedicando-se-lhe um título específico.

Por outro lado, registou-se a preocupação de manter os mesmo direitos sociais anteriormente garantidos, como a instrução primária e gratuita, a existência de estabelecimentos de ensino das ciências, letras e artes, e os socorros públicos.

Para além disto, contou-se com a adição de novos direitos, acompanhando os novos tempos, reforçando o estatuto liberal do indivíduo: o direito de reunião e associação, o direito de residência e a liberdade de ensino público.

87. A pretendida monarquia parlamentar "orleanista"

Manteve-se a separação orgânico-funcional dos poderes e aboliu-se o poder moderador, tendo as suas competências sido entregues ao poder executivo.

As Cortes

Exerciam o poder legislativo, com uma estrutura bicameral, com a Câmara dos Deputados e a Câmara dos Senadores, mas agora com a particularidade de os membros de ambas as câmaras serem eleitos por sufrágio direto, ainda que limitado.

Os diplomas careciam da aprovação de ambas as câmaras, embora a Câmara dos Deputados tivesse um maior peso político por lhe competir a iniciativa legislativa em matéria de impostos.

O Rei

Exercia o poder executivo, através dos Ministros e Secretários de Estado, com competências administrativas e de intervenção noutros órgãos do Estado.

Os Ministérios foram autonomizados e tornaram-se limitadores do poder do Rei, na medida em que todos os atos por ele assinados deveriam ser referendados pelos Ministros e Secretários de Estado competentes, sob pena de não terem efeito.

Os Tribunais

Exerciam o poder judicial, divididos em várias instâncias em razão da matéria e hierarquia.

18. O Constitucionalismo Republicano e a Constituição de 1911; O Interregno de Sidónio Pais

88. A Revolução de 5 de Outubro de 1910 e o programa republicano

O início do século XX em Portugal foi marcado pela proclamação da República em 1910, aplicando o programa republicano que, para além da influência da Constituição brasileira de 1891, tinha três vetores fundamentais:

- *a forma republicana de governo* com a abolição do Rei e da monarquia, substituindo o primeiro pelo Presidente da República.
- *a laicização do Estado*, com a absoluta separação de atividades entre o poder espiritual e o poder temporal, além de se reduzir a influência social da Igreja Católica.
- *o municipalismo*, com a conveniência de avivar o poder dos concelhos, expressão mais próxima da vontade das populações.

Dos intelectuais que fizeram fermentar o ideal republicano, destaca-se Antero de Quental, que chegou a afirmar que as principais causas de decadência de Portugal eram o catolicismo, o capitalismo e a monarquia.

89. A formação parlamentar e as duas vigências do texto constitucional

Até ao momento da entrada em funcionamento dos órgãos constitucionais, estabeleceu-se uma ordem constitucional provisória.

AC1911, depois de entrar em vigor, durou até 1926, altura em que se deu um golpe de Estado. Entretanto, houve o interregno sidonista, pois este implicou a quebra da ordem constitucional formal, instituindo uma nova. Assim, a C1911 teve duas vigências.

Do texto constitucional brasileiro adotou-se a *judicial review* e o *habeas corpus*, do texto suíço, a impossibilidade de dissolução e o refendo local, e do texto constitucional francês, a estruturação dos órgãos do sistema político.

90. A conceção liberal e republicana dos direitos fundamentais

Uma das maiores mudanças trazidas pela corrente republicana sentir-se-ia no plano da garantia dos direitos fundamentais, tanto ao nível sistemático (reposicionando-os no início do articulado constitucional), quanto nalguns novos tipos de direitos que viriam a ser consagrados.

Os direitos fundamentais estavam concentrados em dois artigos, sentindo-se a força da conceção republicana que ocorria, apesar de tudo, numa linha mais liberal do que social.

Manteve-se a maioria dos direitos anteriormente previstos, acrescentando outros:

- liberdade religiosa.
- abolição da pena de morte.
- a garantia do *habeas corpus*.
- o direito de indemnização em caso de condenação injusta.

- o princípio da legalidade dos impostos.
- ...

Contudo, o texto constitucional de 1911 trouxe poucas mudanças quanto a direitos sociais, introduzindo só a características da obrigatoriedade do ensino primário (para além da gratuidade), e, apesar de formalmente consagrada, a igualdade política entre homens e mulheres não era respeitada pela legislação ordinária eleitoral.

Ainda antes da aprovação da C1911, a *Lei da Separação do Estado e da Igreja* fez notar a separação absoluta entre estes dois domínios, depois formalizada no texto constitucional, a par da liberdade religiosa.

Apesar de formalmente concebido de separação absoluta, a prática do sistema constitucional transformar-se-ia na perseguição religiosa, da qual a Igreja Católica foi a maior vítima, sofrendo com a extinção das ordens religiosas e a nacionalização dos bens desta e a imposição do casamento civil, negando-se relevância ao casamento religioso.

A C1911 apresentava uma cláusula aberta, através da qual se fazia o reconhecimento explícito dos direitos fundamentais atípicos, com uma norma que abria o sistema constitucional de direitos fundamentais, afirmando que os direitos enumerados não impediam a existência de outros não enumerados.

91. O parlamentarismo pulverizado de assembleia

A alteração fundamental relativamente ao poder político deu-se na consagração do princípio republicano na sua vertente institucional, para além da reafirmação do carácter unitário do Estado.

Contudo, a legitimidade do Chefe de Estado apresentava-se indiretamente relevante uma vez que a sua designação se dava no seio de um colégio especial e não diretamente pelo votos dos cidadãos. Por outro lado, não se pode esquecer o carácter também limitado desse sufrágio, mantendo-se discriminações quanto a sexo e idade.

Quanto à disposição de poderes, adotou-se a clássica tripartição destes:

Poder Legislativo

Competia ao Congresso da República, estrutura bicameral, com competências vastíssimas o que fazia deste órgão o centro político do sistema de governo.

Câmara dos Deputados: eleitos por 3 anos, por sufrágio direto.

Senado: eleitos por 6 anos, por sufrágio direto.

Poder Executivo

Competia ao Presidente da República, eleito pelo Congresso em sessão conjunta, por maioria de dois terços, podendo ser destituído, e aos Ministros.

Pela primeira vez no Direito Constitucional Português observa-se a autonomização do Primeiro-Ministro (designado Presidente do Ministério), nomeado pelo Presidente, e responsável pela sua pasta e pelos negócios de política geral.

Poder Judicial

Estava distribuído por um Supremo Tribunal de Justiça e por tribunais de primeira e segunda instâncias, assumindo-se já a plenitude de uma escalonamento hierárquico do poder judicial.

Os juízes dispunham já de todas as garantias inerentes ao exercício do poder judicial: vitaliciedade, inamovibilidade e irresponsabilidade.

A C1911 optou por um sistema de governo republicano de índole parlamentar, com a total precarização do Poder Executivo em relação ao Poder Legislativo, sendo que o Chefe de Estado era eleito, e podia ser destituído, pelo Congresso e não poderia dissolver este de maneira nenhuma. Assim, o Presidente da República era um mero órgão decorativo, sem grande legitimidade ou poder.

No plano político, a excessiva parlamentarização foi agravada pela pulverização partidária, que muito contribuiu para o seu desprestígio e, depois, para a sua extinção.

92. O pioneirismo da fiscalização jurisdicional da constitucionalidade

Em matéria de poder judicial, a novidade seria a introdução, pela primeira vez na Europa, do mecanismo do *judicial review*, que significou que foi, pela primeira vez, deferida aos tribunais a competência expressa de defesa da ordem constitucional, estabelecendo-se eles mesmos como protetores da Constituição, o que permitiu:

- *uma fiscalização a cargo de todos os tribunais*, possibilitando o acesso direto de todos à Constituição.
- *uma fiscalização protetora da globalidade do texto constitucional*.
- *uma fiscalização abrangente de qualquer ato de poder político*, independentemente da sua autoridade legislativa.

93. As revisões constitucionais e o interregno de Sidónio Pais

Foram cinco as revisões constitucionais que se deram, salientando-se:

- 1916: manutenção da extinção dos títulos nobiliárquicos, mas admitindo galardoar feitos cívicos e atos militares com ordens honoríficas.
- 1919: fixação de um subsídio a parlamentares.
- 1919: a atribuição ao Presidente da República da faculdade de dissolução das Câmaras Legislativas, numa tentativa de reforço do seu fraco estatuto.

Este período republicano sofreu um interregno de 1917 a 1918, com a assunção de poderes por Sidónio Pais que concebeu um Estado corporativo, tendo rapidamente elaborado um texto constitucional, que instaurou, durante um ano, a "República Nova".

A nível de organização de poderes, o Presidente da República era eleito por sufrágio direto para um mandato de 4 anos, com poderes assimiláveis aos do Presidente Norte-americano.

O poder legislativo estava atribuído a uma estrutura bicameral, consagrando um sistema corporativo:

Câmara dos Deputados: diretamente eleitos pelos cidadãos.

Senado: os membros eram escolhidos em razão de critério geográficos e sectoriais.

19. O Constitucionalismo Fascizante e a Constituição de 1933

94. O Golpe Militar de 28 de Maio de 1926 e o "Estado Novo"

O Golpe Militar de 28 de Maio de 1926 pôs fim à I República e instaurou a II República ou Estado Novo, com uma direta inspiração autoritária e fascizante.

Apresenta um enorme contraste com o regime republicano:

- *antiliberal*: funda a ordem social no corporativismo, e não no liberalismo.
- *antiparlamentar*: faz sobressair o poder executivo, minorizando a força política do Parlamento.
- *antipartidário*: afasta a existência de formações partidárias, sendo que, na prática, o sistema funciona em termos de partido único.
- *antidemocrático*: impõe uma ideia de Estado autoritário, com a admissão de duras limitações às liberdades fundamentais.

95. A tardia e plebiscitária formação do texto constitucional

A afirmação da nova ordem constitucional desenrolar-se-ia em duas fases:

1. Ditadura Militar, de 1926 a 1933, com base em textos constitucionais avulsos e provisórios.
2. Constituição de 1933 até 1974.

A elaboração do texto constitucional de 1933 foi obra restrita, com a particularidade de ter sido popularmente votada em Março 1933. Mas este viria a ser um plebiscito, no sentido autoritário do termo, até porque o voto era obrigatório e as abstenções contavam como votos a favor.

As influências recebidas provieram de dois planos distintos:

- no *plano doutrinário*, do Integralismo Lusitano e da Doutrina Social da Igreja.
- no *plano da praxis política*, das experiências fascistas, essencialmente a italiana.

O texto original da C1933 viria a ser complementado pela republicação do Ato Colonial, um texto com valor formalmente constitucional, destinado a esclarecer a nova organização política dos territórios ultramarinos.

96. A conceção nominal dos direitos fundamentais

Os direitos fundamentais ordenavam-se por vários títulos das partes do texto constitucional, contudo estes estavam limitados por regras referentes ao seu exercício, nominalizando em grande parte o seu sentido protetor da pessoa.

O catálogo de direitos oferecidos era bastante diversificado, conservando-se os tipos de direitos previamente estabelecidos e acrescentando outros como o direito à vida e integridade pessoal, o direito ao bom nome e à reputação, o direito à reparação de toda a lesão efetiva, ...

Ao nível de regime, manteve-se também a cláusula de abertura dos direitos fundamentais, iniciada pela C1911.

Com a viragem para uma conceção de Estado corporativo, a C1933 consagrava novos direitos sociais:

- proteção da família.
- associação do trabalho à empresa.
- direito à educação e cultura.
- liberdade de criação de escolas particulares.

No plano das relações entre o Estado e a religião, retomou-se a normalidade, com uma separação cooperativa, não se rejeitando, no entanto, uma preferência pela religião Católica que, após a revisão de 1971, foi considerada a religião oficial de Portugal.

97. A ordem social e económica corporativa

A C1933 inovou com a introdução de uma visão acerca da sociedade e da economia, sendo o primeiro texto constitucional português a conferir uma direta relevância à estruturação da sociedade.

A opção fundamental foi a do corporativismo, a qual representou uma visão ordenada da sociedade, numa ótica grupal, em que os interesses da mesma se projetariam a partir de diversas instituições sociais.

Só que o corporativismo adotado foi acompanhado de um timbre autoritário, sendo que a expressão do bem comum pelas diversas corporações não surgia livremente, mas antes dirigida pelo Estado, tanto que até o dinamismo social estava vinculado a regras de controlo da opinião pública.

Economicamente, o Estado assumiu a direção desta domínio, nas duas vertentes:

- internamente, com mecanismos de condicionamento do mercado, competindo-lhe a formação e o desenvolvimento da economia nacional, visando que não haja concorrência desleal, mas antes cooperação.
- externamente, com política protecionistas, de defesa dos interesses nacionais.

98. O autoritarismo governativo de chanceler

Do ponto de vista da organização política, estabeleceu-se o regime dos órgãos de soberania, no lugar da tradicional referência aos poderes estaduais. Não se podia visualizar uma opção de separação de poderes, antes de concentração: formalmente no Chefe de Estado, materialmente no Presidente do Conselho.

O Chefe de Estado

Durante uma boa parte da vigência da C1933 foi eleito por sufrágio direto, ainda que bastante restrito. Era totalmente independente dos outros órgãos de poder, não lhes devendo justificações.

As suas competências incluíam aspetos de natureza administrativa e política, como a nomeação dos membros do Governo ou a faculdade de dissolução da Assembleia Nacional.

A atividade do Chefe de Estado era auxiliada pelo Conselho de Estado, órgão de consulta obrigatória no caso da tomada de decisões mais relevantes de natureza política.

A Assembleia Nacional

Composta por Deputados eleitos por sufrágio direto para um mandato de 4 anos, as suas competências eram muito vastas, mais do foro legislativo do que da fiscalização política. Na sua atividade era coadjuvada pela Câmara Corporativa, composta por representantes e autarquias e interesses locais, a quem competia relatar e dar parecer sobre todas as propostas ou projetos de lei presentes à Assembleia Nacional.

O Governo

Constituído pelos Ministros e pelo Presidente do Conselho, que se apresentava como politicamente responsável perante o Chefe de Estado, devendo responder pela política geral e dirigir a atividade de todos os Ministros.

As competências do Governo integravam a prática de atos de natureza legislativa, administrativa e política, sendo o seu Chefe o fulcro do sistema político, dadas as amplas competências de que dispunha, para além do controlo exercido sobre o Chefe de Estado, através da referenda ministerial.

Os Tribunais

Desempenhavam o poder judicial, estando divididos entre tribunais ordinários e tribunais especiais.

Aos juízes eram oferecidas as garantias da vitaliciedade, a inamovibilidade e irresponsabilidade, sendo necessário a sua independência face aos outros poderes públicos.

A C1933 veio consagrar um mecanismo de fiscalização da constitucionalidade, que competia à Assembleia Nacional, por iniciativa desta ou do Governo, mas sem ofensa, porém, das situações criadas pelos casos julgados.

A C1933 caracterizou-se por adotar um *sistema representativo simples e de chanceler*, com total predomínio do Governo (melhor, do Presidente do Conselho) sobre o Presidente da República e sobre o Parlamento.

Por um lado, era um governo representativo simples porque os poderes se concentravam no PR, que nomeava livremente os membros do Governo e podia controlar o Parlamento, o que o debilitava.

Por outro, era um sistema de chanceler porque a concentração efetiva de poderes não estava no Chefe de Estado, mas no Presidente do Conselho (Oliveira Salazar até 1968, e depois Marcello Caetano, até 1974).

99. As muitas revisões constitucionais

A C1933 foi alvo de várias revisões constitucionais, com alcances distintos, a fim de fazer face a muitas e diversas circunstâncias político-sociais.

O regime de revisão constitucional foi constitucionalmente estabelecido, podendo ocorrer de três formas:

- *procedimento geral*: a revisão constitucional acontecer ao fim de dez anos.

- *procedimento antecipado*: a revisão dar-se ao fim de 5 anos, com a necessidade de ser aprovada por dois terços.
- *procedimento de urgência*: a revisão realizar-se em qualquer altura por decisão do Chefe de Estado.

20. O Constitucionalismo Democrático e Social da III República e a Constituição de 1976

100. A Revolução de 25 de Abril de 1974 e o Programa do Movimento das Forças Armadas

A Revolução de 25 de Abril de 1974 teve dois momentos:

1. Golpe de Estado, porque a deposição dos titulares do sistema político anterior partiu da iniciativa de um setor das Forças Armadas, apoiado por algumas patentes superiores.
2. depois, Revolução social, porque recebeu a adesão da esmagadora maioria do povo português, cansado e injustiçado por um regime autoritário e retrógrado, que assim assumiu esse desejo de mudança profunda.

Assim sendo, chegou ao fim o regime ditatorial e a C1933.

Os grandes impulsionadores da Revolução foram o Movimento das Forças Armadas (MFA) que, na mesma noite do golpe de Estado, divulgou as orientações substanciais da rutura, com três grandes objetivos - os três D's:

- *democratizar* o país, com eleições livres, pluripartidarismo e exercício livre de todos os direitos políticos.
- *descolonizar* os territórios ultramarinos, permitindo que estes escolhessem livremente o seu caminho.
- *desenvolver* a economia, possibilitando a sua recuperação do atraso que a caracterizava e aproximá-la do Estado Social.

O Programa do MFA estabelecia três classes de medidas a serem tomadas:

- *medidas imediatas*: abolição da censura, amnistia dos presos políticos, extinção da Legião e da Mocidade Portuguesa.
- *medidas de curto prazo*: instauração de um governo provisório, medidas que garantissem a liberdade política e de expressão.
- *medidas de médio prazo*: tomadas de medidas mais vastas de política económica, social, externa e ultramarina.

O percurso histórico-constitucional incluiu factos políticos que marcariam o rumo dos acontecimentos, desde 25 de Abril de 1974 até à entrada em vigor da Constituição em 1976:

- Setembro de 1974: o General António de Spínola, primeiro Presidente da República e Presidente da Junta de Salvação Nacional, renuncia ao cargo, na sequência de uma deriva que considerou excessivamente revolucionária.
- 11 de Março de 1975: um contragolpe de Estado falhado, no sentido de evitar o rumo comunista que o país levava, mas que provocou, ao invés do seu enfraquecimento, o

recrudescimento das medidas tomadas, como foram as nacionalizações logo a seguir decretadas.

- 25 de Novembro de 1975: uma tentativa falhada de transformar o país numa democracia popular, à maneira da URSS, em que se notabilizou no combate o General Ramalho Eanes, que liderou os militares fiéis ao espírito da Revolução de 1974.

101. O período constitucional provisório

No intervalo entre a Revolução e a redação da CRP, prevaleceu um ordenamento constitucional provisório, ligando a C1933 à nova Constituição. Esta "ponte constitucional" foi protagonizada por muita legislação avulsa, criada à medida que a necessidade obrigava a tal.

O primeiro grupo de leis constitucionais foi logo produzido no calor da deflagração da revolução, envolvendo a extinção da Assembleia Nacional e da Câmara Corporativa.

Depois, deu-se:

- revogação da C1933 na parte dissonante do ideário revolucionário e das novas leis constitucionais.
- manutenção em vigor das restantes disposições da C1933, como legislação ordinária (retirando-lhe o valor superior hierárquico).
- criação de uma Assembleia Constituinte, com o dever de redigir um novo texto constitucional.

Em matéria de órgãos de soberania:

- **Presidente da República**, escolhido de entre os membros da Junta de Salvação Nacional.
- **Junta de Salvação Nacional**, composta por militares.
- **Conselho de Estado**, composto pelos membros da Junta de Salvação Nacional, sete representantes das Forças Armadas e sete cidadãos designados pelo PR, todos com poderes constituintes, de fiscalização política e de consulta ao Chefe de Estado.
- **Governo Provisório**, constituído pelo Primeiro-Ministro e Ministros, com competências gerais legislativas e administrativas, sendo politicamente responsável perante o Chefe de Estado.
- **Tribunais**, que exerciam o poder judicial.

Esta ordem constitucional pouco duraria, pois foi mudada na sequência do 11 de Março de 1975.

O 25 de Novembro de 1975 também foi importante pois possibilitou a limitação do estatuto constitucional das Forças Armadas, obrigando a uma segunda e mais moderada plataforma de acordo constitucional.

Foi assim que ocorreu uma intensa institucionalização do MFA, que se traduziu na extinção daquele e, na sua substituição, na criação do Conselho da Revolução, procedendo-se à seguinte reorganização dos órgãos de soberania:

- manutenção do PR e do Governo Provisório.
- extinção da Junta de Salvação Nacional e do Conselho de Estado.
- criação do Conselho da Revolução, recebendo poderes constituintes e legislativos dos órgãos extintos.
- criação da Assembleia do MFA.

102. A Assembleia Constituinte e os Pactos MFA-Partidos

Para a redação da nova Constituição, procedeu-se à eleição de uma Assembleia Constituinte, a 25 de Abril de 1975, a quem competiria essa tarefa, pelo tempo de um ano, mantendo-se a provisoriedade das instituições jurídico-públicas entretanto criadas.

A elaboração da Constituição passou pela celebração de duas Plataformas de Acordo Constitucional com o MFA, em nome do seu papel insubstituível na Revolução. A importância de qualquer uma destas plataformas de acordo sublinhava-se na garantia, por parte dos partidos políticos, que no período constitucional transitório, depois da entrada em vigor da nova Constituição, se assumiria a continuidade da Revolução de Abril de 1974.

- 1ª Plataforma de Acordo Constitucional de Abril de 1975: atribuindo um favorável estatuto à posição das Forças Armadas no futuro texto constitucional, podia encontrar-se compromissos como:
 - acompanhamento dos trabalhos constituintes por parte de uma comissão do MFA.
 - promulgação da nova Constituição com a prévia audição do Conselho da Revolução.
 - manutenção do Conselho da Revolução, bem como dos seus amplos poderes.
 - criação da Assembleia do MFA.

Para além disto, a nova Constituição devia ainda consagrar o Programa das Forças Armadas.

- 2ª Plataforma de Acordo Constitucional de Fevereiro de 1976: celebrada já na reta final da conclusão dos trabalhos da Assembleia Constituinte, diminuiu consideravelmente o papel a reservar pela futura Constituição às Forças Armadas:
 - eliminação das indicações referentes ao procedimento constituinte, uma vez que o mesmo estava no fim.
 - eliminação da proposta de criação da Assembleia do MFA, conservando-se apenas o Conselho da Revolução, com competências reduzidas.
 - transformação do sufrágio do PR de indireto, para direto e universal.

103. A Constituição de 2 de Abril de 1976 e as influências recebidas

O texto constitucional conta com 296 artigos, sendo antecedido por um preâmbulo que se mantém inalterado desde a versão inicial da CRP, apesar de esta já ter passado por sete revisões constitucionais.

O conjunto dos artigos que antecedem a Parte I, traçam os *Princípios Fundamentais* da Ordem Constitucional Portuguesa, bem como assinalam indicações precisas acerca dos elementos do Estado: o povo, a soberania e o território.

- Parte I: direitos fundamentais, na generalidade e na especificidade.
- Parte II: dedicada à organização da economia, evidenciando aspetos fundamentais da ordenação económica pública e não pública, assim como da atividade financeira pública.

- Parte III: reservada à organização do poder político, dispõe da regulação do Estado-Poder, bem como da regulação da Administração Pública no seu conjunto, ou a Defesa Nacional.
- Parte IV: prende-se com a revisão constitucional.
O texto da CRP termina com as *Disposições Finais e Transitórias*:
- *disposições finais*: os preceitos sobre a relação do novo DC com a ordem jurídica pré-existente no momento do seu início de vigência.
- *disposições transitórias*: como a incriminação dos antigos agentes da PIDE/DGS, ou o enquadramento das reprivatizações.
A sistematização da Constituição tem algumas anomalias como:
 - deixar fora das partes os *Princípios Fundamentais* e as *Disposições Finais e Transitórias*.
 - várias repetições.
 - a inserção sistemática do Tribunal Constitucional num título próprio como se não se tratasse de um tribunal como os outros.

No plano político, a elaboração da Constituição foi influenciada pelos partidos representados na Assembleia Constituinte, no total de seis:

- CDS, MDP/CDE, PCP, PS, PPD e UPD.

No plano dos trabalhos doutrinários, importa referir os contributos de Jorge Miranda, Francisco Lucas Pires e Pedro Soares Martínez.

Outras influências externas provieram da Constituição Italiana, quanto à consagração de um Tribunal Constitucional, à Lei Fundamental (Alemanha) que aperfeiçoou o sistema de direitos fundamentais e a Constituição Francesa, no tocante ao sistema de governo adotado.

Capítulo VI – Constitucionalismo de Língua Portuguesa

104. Os Direito Constitucional Global de Língua Portuguesa

Brasil

- a atual Constituição é de 1988
- Estado Federal:
 - União: entidade política máxima
 - 26 Estados federados
 - Distrito federal (equiparado ao Estado federal, mas autónomo)
 - Municípios

Sistema político:

Semelhante ao dos EUA:

- poder legislativo - Congresso Nacional (Câmara dos Deputados e Senado Federal)

Direito Constitucional

- poder executivo - Presidente, Vice-Presidente e Governo Federal
- poder judicial - tribunais

Angola

- Lei Constitucional de 1992, que durou apenas algumas semanas, devido à Guerra Civil
- atual Constituição é de 2010

Cabo Verde

- Lei da Organização Política do Estado, em 1975
- Constituição de 1980, de inspiração soviética
- atual Constituição é de 1992, já com várias alterações, consagrando o Parlamentarismo

Guiné-Bissau

- atual Constituição é de 1993

Moçambique

- 1ª Constituição - 1975
- 2ª Constituição - 1990
- atual Constituição é de 2005, se bem que é muito semelhante à Constituição de 1990

São Tomé e Príncipe

- atual Constituição é de 1990

Timor-Leste

- Estado nascido a 20 de Maio de 2002
- elaboração da Constituição em Março, mas entrada em vigor só em Maio
- grande relevo à matéria de defesa e segurança

Sistema político:

Tem quatro órgãos de soberania: o Presidente da República, o Parlamento Nacional, o Governo e os Tribunais.

Capítulo VII - Constituição

33. A Constituição como *Lex Fundamentalis*

151. Sentido geral de Constituição

A Constituição estabelece a estrutura básica do Estado:

- ✚ quer do Estado-Poder, na organização dos seus órgãos e respetivos poderes, bem como o estatuto dos titulares dos mesmos;
- ✚ quer do Estado-Comunidade, nas relações do poder público instituído com os cidadãos, que são o seu substrato humano.

Mas nem sempre este foi o sentido de Constituição. Aristóteles definiu-a como “Politeia”, ou seja, como ordenamento das magistraturas e principalmente da chefia de estado e governo.

No entanto, foi somente com a Idade Média que se começou a estabelecer o princípio de *leis fundamentais medievais*.

A Constituição é o ato de poder público dotado de supremacia máxima na Ordem Jurídica Estadual, regulando a organização dos respetivos sistemas social, económico e político. De entre os seus elementos principais, destacam-se:

- ✚ o elemento subjetivo – é um ato intencional do estado, não tendo a natureza costumeira, integrando a categoria das fontes voluntárias;
- ✚ o elemento formal – que se localiza num lugar cimeiro do Ordenamento Jurídico Estadual;
- ✚ o elemento material – regulando as opções principais do Estado ao nível dos sistemas social, económico e político.

Dimensões da Constituição(quatro perspetivas que nela podem estar presentes):

- *dimensão material*: a Constituição Material expressa um determinado conteúdo nas opções que transporta e que determinada, ideologicamente nascida no Liberalismo, mas alargada pela evolução do Estado Constitucional.
- *dimensão formal*: a Constituição Formal, sendo um ato legislativo, o mesmo ocupa um lugar cimeiro no Direito Positivo.
- *dimensão documental (ou instrumental)*: A Constituição Documental é encarada como a codificação do DC de forma sistemática e científica.
- *dimensão institucional*: A Constituição Institucional reflete um desejo mínimo de organização do Estado.

152. Modalidades e funções da Constituição

A realidade da Constituição, conforme foi dado a entrever, mostra-se ainda passível de várias classificações:

- ✚ - Constituições estatutárias: garantia de um certo *status quo*, no contexto do Liberalismo do século XIX; - Constituições programáticas: perspetiva dinâmica, com intervenção económica e social, adquirindo novos direitos fundamentais económico-sociais e nas normas sobre aspetos da organização económica da sociedade.
- ✚ - Constituições normativas: conseguem cumprir a sua função plena, limitando o poder público; - Constituições nominais: limitam o poder público, mas não conseguem levar a cabo, por via de mecanismos, jurídicos ou fácticos, que o impedem; - Constituições semânticas: encontram-se ao serviço de um poder público ditatorial, ao mesmo se subordinando (“instrumento do poder” em lugar de serem o seu fundamento).
- ✚ Constituições liberais, sociais, fascistas e socialistas: são espécies de Constituição que, atendendo à forma política de governo e ao tipo constitucional de Estado, refletem cada uma dessas possíveis combinações, sob uma dada perspetiva de organização do poder público.
- ✚ Constituições sociais, económicas, políticas e garantísticas, termos de uma classificação que atende ao setor da Constituição que é objeto de consideração, na medida em que, nas múltiplas matérias que versa, ela pode ser dividida: na *Constituição dos Direitos Fundamentais*: positivação dos direitos fundamentais; na *Constituição Económica*, que se subdivide em *Constituição Financeira* e *Constituição Fiscal* – a parte referente às regras sobre o sistema económico, o sistema financeiro e o sistema fiscal; na *Constituição Política* – distribuição dos poderes pelos diversos órgãos e respetiva designação; *Constituição Garantística* – mecanismos de defesa da Ordem Constitucional.
- ✚ *Constituições flexíveis, semirrígidas, rígidas e hiper-rígidas*
 - flexíveis: não há limites à sua revisão.
 - semirrígidas: quando a falta de limites à sua revisão é parcial, submetendo-se outra parte da Constituição ao regime da rigidez constitucional.

- rígida: quando a revisão se submete a regras mais limitativas do respetivo poder em comparação com as que são aplicáveis ao procedimento legislativo geral.
- hiper-rígidas: limites materiais, circunstanciais, orgânicos, formais, procedimentais e temporais à revisão.

As funções do texto constitucional, conforme o seu sentido fundamental:

- ✚ *uma função de legitimação da Ordem Jurídica*, como sua lei central;
- ✚ *uma função de integração da comunidade política*, garantindo uma justa e segura convivência coletiva por parte dos cidadãos;
- ✚ *uma função de racionalização do poder público*, definindo regras, competências e procedimentos a observar pelos órgãos públicos, numa lógica de distribuição de poderes;
- ✚ *uma função de limitação do exercício do poder público*.

153. A Constituição como lei estadual

A Constituição ostenta a sua faceta legal, colocando-se no quadro mais vasto da lei como fonte de Direito, neste caso do Direito Constitucional. Quer isto dizer que a Constituição representa uma regulação intencionalmente orientada, e que não provém da espontaneidade social. Contudo, o costume pode ser compatível com a regulação constitucional.

Sendo uma lei estadual, a Constituição resulta do poder estadual como expressão máxima do poder público, que se representa no Estado através da sua soberania interna.

154. A Constituição como ato jurídico-positivo supremo

A Constituição é também uma lei singular por se apresentar no topo da pirâmide do Ordenamento Jurídico, retirando-se daí três concretizações:

- *princípio da constitucionalidade*: todos os atos e fontes de Direito que não tenham valor constitucional, devido à hierarquia existente, devem obediência à Constituição.
- *desvalorização dos atos jurídico-públicos desconformes*: os atos e fontes desconformes à Constituição devem ser desvalorizados, por serem inconstitucionais.
- *responsabilidade pelos ilícitos inconstitucionais*.

Os dois últimos pontos equivalem a sanções caso não se verifique o *princípio da constitucionalidade*.

155. A Constituição como núcleo do Ordenamento Jurídico

A Constituição como *lei nuclear* significa que o seu conteúdo assume o mais alto relevo que é possível conceber na tarefa que um ato legislativo vai desempenhar: ser o núcleo do Ordenamento Jurídico.

Assim, a centralidade da Constituição pode ser duplamente perspetivada:

- centralidade qualitativa, uma vez que o texto constitucional insere as grandes linhas de orientação da vida em comunidade e dentro do aparelho do Estado.
- centralidade quantitativa, uma que o texto constitucional acolhe apenas os aspetos mais importantes para a dada orientação, permitindo que outros sejam deixados aos patamares inferiores do OJ.

As normas e princípios que pertencem ao nível constitucional diferenciam-se em dois tipos:

- *materialmente constitucionais*: as normas e princípios que correspondem às matérias que têm dignidade constitucional.
- *formalmente constitucionais*: as normas e princípios que têm força constitucional, de cariz supremo.

Há assuntos em que é da inteira normalidade que as normas e os princípios constitucionais, sem sentido material pelos temas de que se ocupam, sejam normas e princípios formalmente constitucionais, estando a forma ao serviço do conteúdo: a especial proteção constitucional é justificada pelas matérias que versam.

As certezas quanto às matérias que se apresentam materialmente constitucionais não são demasiadas, uma vez que o DC não se apresenta definido apenas com base num critério puramente material, mas também segundo um critério gradativo, pelo qual podem adquirir relevância constitucional, os assuntos que, embora pertençam a outros setores jurídicos, tenham importância para tal.

156. A Constituição como Código Jurídico

Ainda que não seja assim denominada, a Constituição é um Código de Direito Constitucional porque é aí que os Estados concentram a globalidade das normas e princípios que dizem respeito ao DC Positivo, fazendo-o:

- *sistematicamente*: porque estão organizados segundo padrões de uniformidade organizatória, sem duplicação ou lacunas flagrantes.
- *sinteticamente*: porque podem remeter para outros níveis de legiferação os pormenores que não fazem sentido no padrão constitucional.
- *cientificamente*: porque a arrumação das matérias constitucionais obedece a razões lógico-científicas.

Se isto não bastasse, a evolução do Constitucionalismo prova que o seu carácter escrito nasceu na tentativa de controlar o regime monárquico-absolutista na sua incerteza regulativa.

Só que a existência de um código não garante que nele se reúna a totalidade de normas e princípios existentes, daí que deva colocar-se a hipótese de haver normas e princípios constitucionais *extravagantes*: aqueles que, apesar de terem valor constitucional ou versando matérias constitucionais, não alcançaram a inclusão no texto constitucional.

Assim, existe um Direito Constitucional Extravagante que se consubstancia no conjunto de atos legislativos, normas e princípios jurídicos que não integram a Constituição Documental:

- *Direito Constitucional Extravagante Material*: atos legislativos, normas e princípios que se situam na Constituição Material, mas não incorporam a Constituição Formal, tendo apenas um valor infraconstitucional. Por exemplo: Lei do Referendo Nacional ou a Lei dos Partidos Políticos.
- *Direito Constitucional Extravagante Formal*: atos legislativos, normas e princípios que se situam na Constituição Formal, tendo valor constitucional supremo, mas que não pertencem à Constituição Documental. Por exemplo: Declaração Universal dos Direitos do Homem ou os símbolos nacionais, a Bandeira Nacional e o Hino Nacional.

157. A mitigada relevância do costume constitucional

Nas relações entre o costume e a Constituição aplica-se o mesmo esquema que às relações entre costume e lei.

Quanto aos costumes *segundo legem* e *praeter legem*, é de notar que a realidade constitucional é sensível à convivências que estes são capazes de produzir no seio de uma comunidade ou instituição constitucional.

A aceitabilidade dos costumes *contra legem* (*contra-Constitutionem*) é mais problemática, dado que se trata de, pela via costumeira, aceitar a produção de normas e princípios que, pontualmente, possam revogar as normas e princípios constitucionais com natureza legal.

Apesar de se tentar eliminar a importância dos costumes *contra legem*, atribuindo-lhes legitimidade apenas quando a Constituição os valida, estes continuam a subsistir. Assim, deve admitir-se a sua legitimidade como fonte autónoma do Direito Constitucional, ainda que, na prática, devam ter um papel restrito.

158. A limitação da prática da jurisprudência constitucional

A jurisprudência constitucional implica a produção de normas e princípios jurídicos através da atividade desenvolvida pelos tribunais no que concerne à aplicação da Constituição. Por vezes, a jurisprudência decreta a validade geral de certas orientações, fixando entendimentos que passam a assumir um carácter normativo.

Quando tal se passa no DC, deparamo-nos com a jurisprudência como fonte de DC.

O sentido normativo da jurisprudência em relação ao DC resultará dos termos em que estão genericamente previstas as intervenções dos tribunais como aplicadores das fontes de Direito, não sendo o DC excluído do parâmetro de juridicidade a quem devem obediência, uma vez que os tribunais também têm acesso à Constituição nos casos que julgam.

Contudo, esta conclusão não pode ser tão ampla assim, pois existem órgãos (TC) a quem cabe o específico papel no tratamento de questões jurídico-constitucionais. Não sendo a sua intervenção exclusiva, acaba por ser exclusivista, na medida em que o TC tem poder para que os seus acórdãos sejam considerados fontes de Direito Constitucional, quando decreta a inconstitucionalidade com força obrigatória e geral - ainda assim, o sentido de jurisprudência constitucional só pode ser entendido como faticamente normativo e não representando, verdadeira e formalmente, uma fonte de DC.

159. A exclusão de outras fontes do Direito Constitucional

- *doutrina constitucional*: não tem qualquer relevância para o DC, uma vez que a opinião dos académicos não se afigura vinculativa da dilucidação das regras e princípios constitucionais - ainda que, por vezes, permita chegar a soluções satisfatórias.
- *princípios gerais constitucionais*: dado que são componentes do DC não podem ser a sua fonte - uma coisa não pode ser, ao mesmo tempo, a coisa em si e a fonte de onde a coisa nasceu.
- *equidade*: é mencionada pelo DC, ao dizer que o TC, em certas circunstâncias, pode decidir segundo um juízo de equidade. Contudo, o que há é a prevalência de uma razão de equidade, que circunstancialmente permite a ponderação da justiça de um caso concreto, e não a prevalência da Constituição.
- *convencções constitucionais*: implicam o estabelecimento de acordos políticos sobre aspetos próprios do funcionamento do sistema político, mas não revestem qualquer cunho normativo-constitucional, nem sequer se concebendo sanções para o respetivo incumprimento.

34. A Constituição Portuguesa de 1976 e as suas revisões

160. A Constituição Documental

A Constituição Portuguesa conta atualmente com 296 artigos, estando distribuída por quatro partes:

- *Princípios Fundamentais* (arts. 1º a 11º): caracterizam as grandes variáveis constitucionais, tais como a forma institucional de governo, o tipo histórico de estado, a forma política de governo, as formas do estado, os fins do estado e ainda a identificação dos elementos do estado (povo, soberania e território);
- *Parte I – Direitos e deveres fundamentais* (arts. 12º a 79º);
- *Parte II – Organização económica* (80º a 107º);
- *Parte III – Organização do poder político* (arts. 108º a 276º);
- *Parte IV – Garantia e revisão da Constituição* (arts. 277º a 289º);
- *Disposições finais e transitórias* (arts. 290º a 296º)

161. O Direito Constitucional Extravagante

Na CRP é evidente a existência do Direito Constitucional Extravagante, na suas duas modalidades.

Entre o *Direito Constitucional Extravagante Material*, com valor infraconstitucional, mas de importância constitucional:

- *Regimento da Assembleia da República* (RAR): é um ato político, aprovado sob a forma de resolução, que explicita os termos de organização e do funcionamento da Assembleia da República, executando e concretizando muitas das normas e princípios da CRP;
- *Lei do Tribunal Constitucional* (LTC): é um ato legislativo que disciplina a organização, o funcionamento e o processo do Tribunal Constitucional, órgão essencial no sistema de fiscalização da constitucionalidade;
- *Leis eleitorais*: são atos legislativos que versam sobre as eleições, estabelecendo as suas fases e os critérios que determinam a escolha dos candidatos, em razão dos diversos órgãos para que são aprovadas;
- *Lei do referendo nacional* (LORR): é um ato legislativo que prevê as condições em que o referendo político nacional é realizado, disciplinando o respetivo procedimento, além dos efeitos que do mesmo podem resultar para a atuação dos órgãos do poder público;
- *Lei dos partidos políticos* (LPP): é um ato legislativo que fixa o regime de criação e extinção dos partidos políticos, dispendo ainda sobre a respetiva estrutura e as relações entre os seus membros.

No que diz respeito ao *Direito Constitucional Extravagante Formal*, casos em que há atos legislativos, pertinentes às matérias constitucionais, que alcançam o mesmo valor da Constituição Formal, apesar de se encontrarem situados fora do texto chamado “Constituição”. São eles, a título de exemplo:

- *Os símbolos nacionais, a Bandeira Nacional e o Hino Nacional*;
- *A Declaração Universal dos Direitos do Homem e do Cidadão* (DUDH), para a qual se remete a interpretação e integração do sistema constitucional de direitos fundamentais

162. A versão primitiva da Constituição de 1976

O sentido inicial da CRP ficou profundamente marcado pela proximidade da Revolução de Abril, segundo o espírito revolucionário que assim perduraria. Isso estava bem visível nalgumas das disposições originárias do texto da CRP, de entre elas se salientando que, mais significativas, insertas nos princípios fundamentais:

- O objectivo ideológico da transição para o socialismo.
- O papel de vanguarda atribuído ao MFA.
- A tarefa da socialização dos meios de produção.

Ao nível da **organização económica**, assinalava-se a adoção de um sistema económico misto, mas com uma forte tendência coletivizante, com uma economia de direção central.

Em relação ao primeiro aspeto, estabelecia-se uma norma de garantia do não retrocesso das nacionalizações, norma que vigorou até à 2ª revisão constitucional.

Quanto ao segundo, cumpre referir a importância dada à planificação da economia, assumindo o plano um carácter obrigatório.

A **organização política** nota-se a grande relevância atribuída ao Conselho da Revolução, composto pelo PR, pelo Chefe do Estado-Maior -General das Forças Armadas, PM e 14 oficiais do Exército, Força Aérea e Armada. O Conselho da Revolução esta par a par com o PR, tendo como competências:

- servir de órgão consultivo do Chefe de Estado e garante do regular funcionamento das instituições democráticas.
- servir como garante do cumprimento da Constituição, desempenhando funções de fiscalização.
- servir de garante da fidelidade ao espírito da Revolução Portuguesa, podendo pronunciar-se sobre a nomeação e exoneração do PM.
- servir de órgão decisor e executor em todos os assuntos militares.

163. A primeira revisão constitucional de 1982

Incidu principalmente na organização do poder político e na fiscalização da constitucionalidade dos atos jurídico-públicos.

Assistiu-se à democratização do sistema político português, graças à extinção do Conselho da Revolução, o que obrigou a uma redistribuição dos poderes que anteriormente lhe competiam:

- o PR passou a ser auxiliado por um Conselho de Estado, órgão de natureza consultiva.
- a Assembleia da República recuperou toda a competência legislativa.

No plano da garantia da Constituição, extinguiu-se a Comissão Constitucional, para criar, no seu lugar, o Tribunal Constitucional, composto por juristas e não por pessoas com formações incompatíveis com um juízo de constitucionalidade.

Esta revisão constitucional foi importante para a estabilização do regime constitucional. Para além dos limites materiais e circunstanciais, a revisão constitucional passou a enquadrar-se em várias regras de revisão:

- a aprovação por maioria de dois terços dos Deputados em efetividade de funções.
- a obrigatoriedade de a lei constitucional ser promulgada pelo Chefe de Estado.

164. A segunda revisão constitucional de 1989

Dedicou a sua grande atenção à organização económica, mas também aperfeiçoou o funcionamento do poder político.

Tendo como pano de fundo a entrada de Portugal na CEE em 1986, a revisão ocupou-se dos ajustamentos constitucionais necessários a nível da organização económica e de relação com as organizações internacionais, permitindo as (re)privatizações (eliminando o princípio da irreversibilidade das nacionalizações).

Quanto à organização política, preocupou-se com o reforço dos esquemas de participação política dos cidadãos através da criação do referendo nacional.

165. A terceira revisão constitucional de 1992

Esta revisão foi mínima, sendo apenas a preparação para o Tratado da União Europeia, entretanto aprovado e, posteriormente, incorporado no Ordenamento Jurídico Português, limitando-se a ajustar o texto constitucional em face da incorporação daquele tratado, reformulando o papel do Banco de Portugal, no sentido de permitir a criação de uma moeda única; e tornar os princípios fundamentais mais sensíveis à integração europeia.

166. A quarta revisão constitucional de 1997

Foi responsável por alterações em vários domínios do texto constitucional. Ao contrário do que se sucedeu com as outras revisões não tratou de matérias polémicas, mas antes matérias que precisavam de ser aperfeiçoadas, mas cujo aperfeiçoamento tinha vindo a ser adiado.

- inclusão de novos direitos fundamentais.
- alargamento do voto, na eleição presidencial, a portugueses emigrantes.
- aumento da participação dos cidadãos nos referendos.
- reforço dos poderes da AR, no seio da integração europeia e no âmbito da competência parlamentar.
- libertação do sistema económico dos vestígios de matriz coletivista.
- flexibilização do sistema de governo autárquico, não tomando a CRP partido quanto à respetiva estruturação, o que conferiu uma maior funcionalidade a esse tipo de governação.
- desconstitucionalização do regime do serviço militar.

A CRP, em matéria de regime de revisão constitucional, é um texto constitucional *híper-rígido*, tal é elevado o número e variada a gama de limites que obstaculizam exercício do respectivo poder.

Relativamente aos limites temporais, estabeleceu-se a regra de que o poder de revisão constitucional só pode manifestar-se de 5 em 5 anos. No entanto, prevendo a necessidade de em qualquer momento se efetuar uma revisão para atalhar a situações de emergência, admite-se que esse limite possa ser removido, exigindo para o efeito uma votação com uma maioria de 4/5 dos Deputados em efetividade de funções.

Mudanças constitucionais:

- novo *direito geral de personalidade*
- direitos processuais
 - uma justiça rápida na resolução dos problemas que se lhe apresentem
 - extensão das garantias em defesa do arguido
- alargamento do voto a cidadãos portugueses emigrantes
- mudanças no referendo político nacional
 - aceitou-se que pudesse partir da iniciativa dos cidadãos
- mudanças na democracia parlamentar
 - aceitou-se que os cidadãos pudessem exercer o direito político de apresentar ao Parlamento propostas de atos legislativos (*iniciativa legislativa popular*)
- aumento dos poderes parlamentares no sistema de governo

- a necessidade de evitar fraudes constitucionais, através da integração europeia e da contratação internacional, fazendo com que a natural proeminência dos poderes do Parlamento não pudesse ser posta em causa
- a acumulação de dados trazidos pela experiência, que fizeram distanciar bastante a prática política recente do sentido do texto constitucional, o que se manifestou, por vezes, na escassez de poderes reais de intervenção do Parlamento
- ...

167. A quinta revisão constitucional de 2001

Ocorreu devido à ratificação do Estatuto de Roma do Tribunal Penal Internacional, que obrigou ao ajustamento do texto constitucional. Mas o resultado final desta revisão foi além da motivação inicial visto que se aproveitou a ocasião solucionar outros assuntos pendentes.

A principal alteração do texto constitucional foi a que respeitou a sua adequação ao estatuto do TPI, contornando a característica do ERTPI de permissão de pena perpétua.

Outra modificação foi a do estatuto dos direitos dos cidadãos dos Estados de Língua Portuguesa, numa perspetiva compreensiva na partilha de alguns dos direitos políticos mais relevantes.

Finalmente, permitiu-se a sindicalização das forças policiais.

168. A sexta revisão constitucional de 2004

Procedeu-se ao aumento do poder legislativo das Regiões Autónomas, extinguindo-se o conceito de interesse específico regional. Paralelamente, simplificou-se o esquema de atos legislativos estaduais, com a eliminação da figura das leis gerais da República, uma vez que a definição da intervenção do Estado nas Regiões Autónomas assume-se abstratamente no plano das matérias que são da sua competência legislativa.

Definiu-se que o Direito da União Europeia era hierarquicamente superior ao Direito Interno.

Procedeu-se à regulação da comunicação social, com a criação da Entidade Reguladora de Comunicação, no lugar da então extinta Alta Autoridade da Comunicação Social.

Regulou-se a limitação da renovação dos cargos públicos:

- *para consagrar a impossibilidade de haver sucessivas redesignações*, a fim de evitar que certa pessoa se perpetue num cargo.
- *quis conferir-se importância aos cargos políticos que derivam da eleição, que são os mandatos*.

169. A sétima revisão constitucional de 2005

Alterou-se o texto constitucional de forma a permitir a ratificação, através de referendo prévio, do Tratado Constitucional Europeu.

170. A próxima revisão constitucional

Deve ocupar-se de:

- corrigir o preâmbulo constitucional, no sentido de lhe retirar expressões obsoletas, com mero valor histórico.
- calibrar as relações entre o Direito Português e o Direito Internacional Público.
- atualizar o catálogo de direitos fundamentais, assim como a sua expressão na representação política.

- revitalizar o instituto do referendo político, através da sua utilização para aprovar alterações constitucionais.
- simplificar o procedimento legislativo e reforçar a dimensão parlamentar da função legislativa.
- atribuir uma maior efetividade à fiscalização da constitucionalidade das leis.

35. O Poder Constituinte

171. Poder constituinte e o nascimento da Constituição

O aparecimento de uma nova Constituição é consumado pela irrupção do poder constituinte, que é o poder que explica a eterna possibilidade de auto-organização do Estado, poder esse que nunca desaparece, mesmo em momentos não constituintes, sendo a partir dele que todos os poderes derivam.

O poder constituinte tem fases e âmbitos diferentes, podendo ser:

- *poder constituinte inicial*: quando se exerce pela primeira vez, por o Estado se formar naquele momento, necessitando de uma Constituição.
- *poder constituinte posterior*: quando já se exerceu anteriormente, sendo que a nova Constituição vem revogar a Constituição até então vigente.

Não há poder constituinte fora do Estado, assim como não há Constituição. O poder constituinte é elemento fundamental do Estado, pois é aquele que em qualquer momento lhe permite exercer a sua auto-organização suprema como competência das competências (Kompetenz-Kompetenz).

172. As características do poder constituinte

O poder constituinte é o poder mais importante do Estado. Segundo o teorizador do poder constituinte, Emmanuel Sieyès, por referência a outros poderes do Estado, este seria:

- **original**: não existem outros poderes antes dele.
- **independente**: não está subordinado a outros poderes.
- **absoluto**: materialmente ilimitado, não está sujeito a quaisquer regras ou parâmetros. Depois, com o Estado de Direito, o poder constituinte passou a ser:
- **democraticamente legitimado**: não pode desvincular-se da soberania popular e da legitimidade democrática.
- **materialmente limitado**: sendo um poder estadual não pode ter uma capacidade ilimitada de regulação jurídica, sujeitando-se a valores e princípios transpositivos:
 - limites transpositivos que condicionam o Direito em geral e a procura da Justiça.
 - limites positivos externos que se relacionam com as imposições derivadas de ordenamentos jurídicos supra-estaduais.
 - limites positivos estruturais, relativamente às limitações dos Estados compostos.
 - limites positivos procedimentais, que se relacionam com a expressão concreta de cada momento constituinte.
- **culturalmente situado**: sendo um poder de um Estado concreto, deve transparecer as disposições próprias da comunidade a que pertence. Para tal, deve estar apto para se adequar às mudanças democraticamente decretadas.

173. Manifestações típicas do poder constituinte

São três os esquemas de expressão do poder constituinte:

- *independência constitucional*: criação política de um Estado, à qual se associa a proclamação da sua primeira Constituição.
- *revolução constitucional*: mudança da ideia de Direito, pelo aparecimento de novas opções constitucionais, antagônicas à anterior Ordem Constitucional.
- *transição constitucional*: mudança no projeto de Direito, mas com total respeito pela constitucionalidade formal anteriormente vigente.

O poder constituinte pode ainda ser:

- *material*: espelha as opções de conteúdo que explicitam a nova Ordem Constitucional que se quer implantar, contrária à anterior.
- *formal*: a formalização do conteúdo através da redação da Constituição.

Logicamente, assiste-se à subordinação do poder constituinte formal ao poder constituinte material.

36. As vicissitudes constitucionais

174. Os factos normativo-constitucionais supervenientes

Após a manifestação do poder constituinte, as Constituições não se mantêm imutáveis, sofrendo vicissitudes que alteram a Ordem Constitucional, modificando ou cessando a vigência da Constituição. No plano prático, isto pode traduzir-se na alteração de preceitos constitucionais ou supressão ou aditamento destes.

175. Classificações e tipos de vicissitudes constitucionais

Para categorizar as vicissitudes constitucionais existem cinco critérios diferenciadores:

1. critério da direccionalidade dos efeitos.
2. critério da duração dos efeitos.
3. critério do alcance dos efeitos.
4. critério da projecção sobre a identidade constitucional material.
5. critério da conformidade constitucional formal dos efeitos.

Depois de aplicados, podem encontrar-se oito tipos de vicissitudes:

1. **revolução constitucional.**
2. **transição constitucional.**
3. **rutura constitucional não revolucionária**: aparecimento de normas e princípios constitucionais que violam a OC, mas que ganham efetividade, nela se incorporando, em qualquer caso sem nunca ferir o seu núcleo identitário material.
4. **exceção constitucional**: alteração temporária da OC, nos seus aspetos fundamentais, com vista à preservação, *in extremis*, dessa mesma OC.
5. **derrogação constitucional, auto-rutura ou rutura material constitucional**: contradição de princípios fundamentais da OC, numa aplicação concreta, de natureza definitiva, aprovada por ato jurídico-público.
6. **costume constitucional**: produção espontânea de efeitos constitucionais normativos que afetam a OC nalgumas das suas normas.
7. **caducidade constitucional**: extinção das normas constitucionais pré-existentes, por ação das circunstâncias anteriormente previstas.
8. **revisão constitucional**: alteração da OC em aspetos não relativos ao seu núcleo essencial, segundo um procedimento estabelecido para o efeito.

37. A interpretação das disposições constitucionais

176. A aceitação dos cânones gerais de interpretação jurídica

A interpretação do DC faz-se de acordo com as regras de hermenêutica usadas no Direito em geral:

1. sujeitos da interpretação
2. objeto da interpretação
3. elementos da interpretação
4. resultados da interpretação

1. Qualquer um pode fazer a sua interpretação do DC, contudo a interpretação autêntica cabe ao órgão que dispõe da competência para aprovar a revisão constitucional.

2. Deve fazer-se a interpretação de acordo com os dualismos clássicos da Teoria Geral de Direito:

- *subjetivismo e objetivismo*: preferindo-se o objetivismo, o qual se expressa na exterioridade da fonte constitucional, não tanto na vontade real do autor da fonte em causa.
- *historicismo e atualismo*: preferindo-se o sentido atualista, contra o sentido que eventualmente se pudesse alcançar no momento da edição do preceito interpretado.

3. Inicialmente, deve recorrer-se aos elementos literais, contando-se aí com os preceitos constitucionais, tal como eles resultam da aprovação do texto constitucional. Todavia, estes tendem a não ser suficientes, devendo, então, recorrer-se a elementos extra-literais:

- *sistemático*: pela relação que cada preceito mantém com outros, mais ou menos próximos.
- *histórico*: na sua conexão com o percurso e as razões circunstanciais da edição de preceitos.
- *teleológico*: de acordo com a finalidade que presidiu à criação do preceito interpretando.

4. O que importa realmente na interpretação são os seus resultados, sendo estes, geralmente, de natureza declarativa. No entanto, há casos em que o sentido literal não corresponde ao sentido lógico da fonte constitucional, devendo admitir-se outras conclusões:

- *interpretação restritiva*: o sentido deve ficar aquém daquilo que está na letra constitucional.
- *interpretação extensiva*: o sentido normativo deve ir além do sentido literal.
- *interpretação enunciativa*: quando do sentido literal se inferem outros sentidos, a partir de argumentos lógicos, que assim fazem revelar novas determinações de dever-ser.
- *interpretação ab-rogante*: sempre que a fonte constitucional está desprovida de um sentido ordenador.

177. Interpretação constitucional e interpretação conforme à Constituição

A interpretação constitucional serve para encontrar soluções para os casos concretos do DC, a partir da procura de um sentido normativo que seja ínsito às fontes normativas.

A interpretação conforme à Constituição faz-se nas relações entre o DC e o Direito Infraconstitucional, não estando sujeita aos cânones gerais de interpretação.

A razão de ser da interpretação conforme à Constituição prende-se com o reconhecimento do carácter supremo do texto constitucional, que como tal não só obriga ao respeito por parte dos restantes textos normativos, como igualmente se mostra passível de ser

um elemento auxiliar na tarefa interpretativa das fontes infraconstitucionais, assumindo uma posição especial no contexto do elemento sistemático.

Por vezes, contudo, o resultado desta interpretação pode ser o da fulminação da fonte infraconstitucional pela sanção decorrente da inconstitucionalidade.

178. As singularidades da interpretação constitucional

Em cada momento da interpretação é necessário levar em consideração, dada a proximidade do DC à política pura, a magnitude do poder público que se pretende regular e daí extrair consequências para o sentido a captar.

Especificidades da interpretação constitucional:

- princípio da *unidade da Constituição*: uma norma constitucional não pode ser dissociada do seu todo, dada a lógica sistemática.
- princípio da *concordância prática*: devem ordenar-se os princípios constitucionais, harmonizando-os.
- princípio da *correção funcional*: toda a interpretação deve considerar todos os poderes e competências, não prejudicando o equilíbrio entre eles.
- princípio da *eficácia integradora*: a interpretação deve considerar os objetivos de integração social e de unidade política que subjazem à OC.
- princípio da *máxima efetividade*: deve procurar-se o resultado que será mais eficaz, rejeitando aqueles que empobrecerão a normatividade constitucional.

38. A integração de lacunas constitucionais

179. A admissão das orientações gerais sobre a integração das lacunas jurídicas

São praticamente inexistentes os critérios constitucionais que permitem ditar as soluções para os casos em que as lacunas introduzem uma fissura no Ordenamento Jurídico-Constitucional, no entanto, há que lhes fazer frente, a fim de não se permitir a paralisação da aplicação do DC.

As dificuldades prendem-se imediatamente com a descoberta de lacunas, ou seja, saber quais são as situações que não estão previstas. Assim, a lacuna jurídica é um noção compósita, distribuindo-se por 2 elementos:

1. elemento objetivo: uma ausência da norma aplicável a uma dada situação concreta e individual
2. elemento finalístico: uma incompleição que contraria o plano do ramo de Direito em causa, pois que, se tivesse previsto essa situação, nela não teria consentido.

Não se considera lacuna jurídico-constitucional se certa hipótese não encontrar norma por não a merecer, do ponto de vista da regulação constitucional, atenção ou se tiver solução noutra ramo de Direito.

A integração das lacunas pode fazer-se de duas formas:

- *analogia legis*: recorre-se a casos análogos para se resolver o caso concreto.
- *analogia iuris*: recorre-se aos princípios gerais de Direito, na inexistência de casos análogos, para se resolver o caso concreto.

180. Lacunas constitucionais e omissões legislativas

As lacunas constitucionais expressam a inexistência de normas constitucionais aplicáveis no texto constitucional, representando uma deficiência na edificação da OC.

As omissões legislativas designam a ausência de normas, tendo por causa a inércia do poder normativo infraconstitucional que tem a seu cargo a respetiva ordenação.

As omissões legislativas são faltas no prolongamento dos assuntos que o DC pretende tratados, mas que não incorpora na Constituição.

181. As singularidades da integração de lacunas constitucionais

A integração deve ser feita tendo em conta os fatores caracterizadores do DC:

- A superioridade hierárquica no mundo da Ordem Jurídica Estadual:
Esta circunstância determina que a lacuna constitucional não se resume apenas à ausência de uma solução normativa, mas que ela seja imposta ao nível mais elevado das normas formalmente constitucionais.
- A sua conexão íntima com atividades que não devem ser juridicamente reguladas:
Esta circunstância prende-se com a destrição entre lacuna constitucional e a situação extra-jurídico-constitucional, sendo que esta consiste na ausência de uma norma, segundo a vontade, por não ter de ser juridicamente regulada, sendo antes deixada para o campo da Política.

39. A aplicação das fontes constitucionais

182. A aplicação das fontes constitucionais no tempo em geral

A aplicação das fontes constitucionais no tempo, em geral, atendem a três problemas centrais:

1. início da vigência
2. cessação da vigência
3. sucessão de fontes

1. O início da vigência significa a projeção da respetiva eficácia, podendo ser apenas para o futuro, para o futuro e para o passado ou apenas para o passado.

A vigência pode ser *determinada pela própria fonte constitucional*, no caso em que é a própria Constituição a fonte, sendo que a entrada em vigor coincide com o início da vigência de todo o texto constitucional.

Pode também ser *supletivamente imposta por outra fonte normativa*, sempre que na fonte constitucional nada se diga, as fontes constitucionais submetem-se a um prazo supletivo geral de *vacatio legis* (5 dias após a publicação).

2. Corresponde a uma vontade de extinguir os efeitos produzidos por certa fonte constitucional, podendo ocorrer de duas formas:

- revogação constitucional: quando se manifesta uma nova vontade de poder constitucional, que, sendo contrária à existente, sobre ela prevalecerá.
 - revogação expressa: a vontade é explícita na cessação de vigência de certa fonte.
 - revogação tácita: a vontade infere-se da existência de um novo regime incompatível com o pré-existente.
- caducidade constitucional: o fim da vigência fica a dever-se, não a uma vontade intencional, mas à verificação de acontecimentos que têm essa automática virtualidade (como o fim do prazo de fontes temporárias).

183. A sucessão de fontes constitucionais e infraconstitucionais no tempo em especial

A sucessão dos textos constitucionais não pode ser feita abruptamente, sem esquemas de comunicação. Até nas situações de mutação global da Constituição, é de não esquecer que a passagem da antiga à nova OC não se realiza instantaneamente, sendo até frequente, que os procedimentos constituintes se prolonguem no tempo.

A situação mais frequente é a da eliminação da fonte antiga com o aparecimento de uma nova fonte constitucional, de forma a que a nova vontade constituinte seja respeitada, por exprimir o desejo atualidade de regulação político-social, de acordo com os fundamentos de legitimidade desse poder público.

A eliminação da OC anterior surge como inevitável, dada a respetiva incompatibilidade com a nova OC, mas há outros esquemas a considerar:

- a sucessão entre preceitos da OC antiga e a OC global nova.
- a sucessão entre preceitos da Ordem Infraconstitucional antiga e a OC global nova.

De acordo com o 1º cenário são possíveis duas relações:

1. *desconstitucionalização*: a manutenção de preceitos da OC anterior a título de preceitos infraconstitucionais.
2. *passagem constitucional*: a manutenção de preceitos da OC anterior como integrando a nova OC.

Quanto ao 2º cenário, já são possíveis três relações:

1. *caducidade constitucional*: a eliminação das fontes infraconstitucionais por ausência de fundamento constitucional, no caso de se mostrarem contrárias à nova OC.
2. *constitucionalização*: manutenção das fontes infraconstitucionais antigas, mas promovendo-as a fontes constitucionais.
3. *novação constitucional*: manutenção das fontes infraconstitucionais antigas, mas sendo novadas no contexto da nova OC.

184. A aplicação das fontes constitucionais no espaço

Está implícito na lógica estadual que a localização privilegiada para a aplicação das fontes constitucionais seja o território do Estado, sendo a aplicação do DC condicionada pelo *princípio da territorialidade*.

Contudo, este princípio não vale sempre, havendo duas exceções:

- uma *aplicação extraterritorial das fontes constitucionais* (embaixadas, com imunidade de jurisdição no estrangeiro; aeronaves e navios militares).
- uma *aplicação extraterritorial das fontes constitucionais estrangeiras no território nacional*, em receção de outros DCs (Direito Internacional Privado, do qual resulta o emprego de normas ou princípios constitucionais estrangeiros).

A aplicação territorial das fontes constitucionais pode ainda suscitar a compaginação, num único espaço, de diversos sistemas constitucionais (Estados compostos) ou de um único sistema constitucional com tonalidades distintas (Estados unitários descentralizados).

Capítulo VIII – Fundamento do Direito Constitucional

40. A relevância supra-positiva do Direito Constitucional

185. O Direito Constitucional e a busca da Justiça Material

A fundamentação do DC representa a grande interrogação que se lhe coloca, em busca do que se considera o Direito Justo.

A procura da Justiça é a procura de um apoio extrínseco e ao mesmo tempo limitador do Direito, que se formou em torno dos direitos fundamentais, primeiro consagrados nas constituições, depois nos textos próprios para a sua proteção.

Não se trata de saber se o Direito é vigente ou válido, mas antes se é legítimo, com base na sua adequação a um padrão de Justiça Material.

A procura do Direito Justo é quase tão antiga como o Direito, sendo possível enquadrá-la em três grandes percursos:

1. as concepções pré-constitucionais materiais.
2. as concepções liberais positivistas e formalistas,
3. as concepções hodiernas anti-positivistas, jusnaturalistas e outras.

186. As concepções pré-constitucionais materiais

Antes do Constitucionalismo foram vários os entendimentos sobre os limites materiais à atuação do poder político.

Antiguidade Clássica

Na Grécia, a ideia de justiça, natural e transcendente, transparecia em Thémis e Diké que eram a personificação do sentido ideal que governa de maneira obrigatória o comportamento social. Já em Roma, Cícero argumentava que só existia um Direito e que esse era derivado da Natureza; se não o fosse, a Justiça não seria absoluta e todas as virtudes desapareceriam.

Idade Média

O entendimento de Justiça passou a ser marcadamente teológico, com fundamento no Cristianismo, nascendo uma concepção jusnaturalista de raiz religiosa, em que a lei humana necessariamente encontrava o seu limite na lei de Deus. Daqui destacam-se Santo Agostinho e São Tomás de Aquino.

Idade Moderna

As novas orientações foram inicialmente trazidas por Descartes, que fundamentou o Direito e o Poder como imanentes ao próprio homem. Depois, Grócio marcou a viragem para a fundamentação racionalista, apelando ao Direito Natural descoberto pela Razão, independentemente de considerações religiosas.

187. A viragem liberal para o positivismo legalista e normativista

A revolução constitucionalista, na Idade Contemporânea, provocou a transformação radical de muitas das instituições políticas, mas também na própria fundamentação da OJ.

O nascimento dos textos constitucionais travou os regimes absolutos, mas o mesmo ter-se-ia sucedido pela simples radicação da concepção jurracionalista de Direito do século XVIII, bem patente na proteção dos direitos fundamentais. Disso se incumbiram as declarações de direitos que representariam uma das modalidades de resposta necessárias. Rapidamente esses direitos se tornaram, por via do Jusracionalismo, intangíveis, imprescritíveis e inalienáveis.

A primeira declaração dos direitos do Homem assumiu-se num contexto abstrato e individualista, primeiro com a Declaração de Independência dos EUA e, depois com a DDHC francesa.

A concepção jurracionalista entraria em declínio no século XIX. No seu lugar apareceu uma concepção não reocupada com a consagração de valores materiais indisponíveis ao poder político, mas antes com a visão formalista do Direito e com a garantia de mecanismos de atuação e limitação formal do poder político - *correntes positivistas formalistas*.

Estas correntes, nascidas do positivismo científico, defendiam que o Direito deveria ser estudado como as ciências sociais, sendo que apenas aquilo que fosse vertido em textos positivados pela autoridade do poder público seria vinculante. Daqui, Comte afirmou que "Não há nada real que não seja observável e tudo o que é observável é real". Acrescido ao positivismo científico há o aumento da importância da lei, em detrimento do poder de outros instâncias externas.

Em França, adotou-se um positivismo formalista de tipo legalista, exacerbando a vontade do poder legislativo como critério de dever-ser. No plano da interpretação, a consequência inevitável foi o exegetismo.

Na Alemanha, o Estado de Direito rapidamente se assumiria como eminentemente formal. A atividade do Estado seria determinada pelos padrões formais da legalidade e da constitucionalidade e a sua ação só seria legitimada se e enquanto a esfera dos cidadãos se

encontrasse protegida por essas leis. Esta foi uma mera limitação formal do poder, que, instituindo certas normas, teria que as levar até ao fim.

Na Áustria, com Kelsen, nasceu o positivismo normativista, fechando a porta a valorações supra-positivas, considerando a OJ um conjunto de normas com uma validade aferida em função da sua conformidade com a norma superior, tudo culminando numa "normas constitucional hipotética", que apenas determinaria a existência de um poder constituinte, em favor do Estado, a fim de criar uma Constituição com qualquer conteúdo. Kelsen afirmava que as normas valem porque são criadas de determinada forma, independentemente do que contêm.

Assim se abandonou o jusnaturalismo.

188. As reações anti-positivista e o novo Direito Natural

O positivismo caiu num solipsismo jurídico, bastando-se a si próprio, numa autossuficiência que não podia refletir a realidade dos fenómenos que retratava.

Apesar de ainda no século XIX aparecerem novas concepções anti-positivistas, só as guerras do século XX expuseram as fragilidades das visões meramente formalistas do Direito.

As novas concepções fizeram o Direito incorporar concepções materiais, pelas quais o Estado se limitaria não já apenas pela norma que produzisse, mas essencialmente pelo tipo de soluções materialmente adotadas. Assim deu-se a fundamentação material do Direito e do Estado, a qual passou a significar a vinculação da produção jurídica a determinadas soluções de conteúdo, no reconhecimento de que existem limites que jamais poderão ser ignorados.

Regressaram, desta forma, concepções jusnaturalistas, ainda que com mudanças.

A limitação do poder encontrou-se, então, nos textos de proteção dos direitos do Homem, permitindo a certeza da positividade jurídica e a universalidade (que resultaria de se impor limites comuns a todas as sociedades).

Hoje existem problemas quanto à contraposição entre o jusnaturalismo e o positivismo (que voltou a ganhar forma entretanto) na legitimação do Direito, sem que quaisquer teorias os resolvam plenamente. Portanto, a questão da limitação do poder público continua atual. Acredita-se, porém, na necessidade de existir um Direito Natural que impeça a arbitrariedade do poder do Estado a todos os momentos.

Conclui-se que a Justiça do Direito só pode ser dada por um conjunto de princípios e valores que não são intrínsecos ao poder positivo ou ao poder social e que, por isso, se lhes impõem.

41. As normas constitucionais inconstitucionais

189. O contributo de Otto Bachof e a resposta das doutrinas constitucionais

Partindo do pressuposto básico que o DC se vincularia a um Direito Supra-positivo ou Natural, este autor estabelece quanto às normas constitucionais inconstitucionais uma divisão fundamental entre *violação da Constituição escrita* e *violação da Constituição não escrita*.

Foi assim que no DC surgiu a ideia de que há fontes constitucionais mais importantes que outras, não sendo o DC cego a considerações metafísicas.

Aquela diferença valorativa daria azo a que os preceitos que contradissem outros preceitos prevaletes pudessem ser considerados como normas constitucionais inconstitucionais, com a consequência da respetiva desvalorização jurídica.

Respostas à tese de Otto Bachof:

- *a sua admissão genérica*: reconhece-se que nem todas as normas jurídicas têm o mesmo peso, admitindo-se a inconstitucionalidade daquelas que pusessem em causa valores que deveriam ser genericamente aplicados.
- *a sua rejeição total*: porque as normas constitucionais inconstitucionais eram livremente criadas pelo legislador constituinte, que poderia legitimamente criar compromissos pois que só existe um Constituição material.
- *a aceitação de normas constitucionais inconstitucionais, mas só supervenientemente, por ter havido, entretanto, uma revisão constitucional*.
- *a admissão teórica, mas reconhecendo a sua impossibilidade prática*: aceita que umas normas valem mais que outras, mas na prática não se consegue superar os obstáculos de encontrar uma exemplificação prática.

Esta teoria de Bachof, contudo, chamou a atenção para a necessidade de limitar o poder constituinte e, por maioria de razão, os poderes constituídos, bem como para o reconhecimento de que o legislador constituinte está sujeito ao erro.

190. A aceitação mitigada da teoria das normas constitucionais inconstitucionais

A violação das normas constitucionais desemboca na inconstitucionalização - e consequente invalidação - das normas que são tidas por valorativamente inferiores.

Há também normas constitucionais ilegítimas porque violam normas hierarquicamente superiores que não gozam de posituação no texto constitucional, mas nem sendo por isso menos vinculativas.

Para se eliminar uma norma da OC, devem ter-se em conta três pressupostos:

1. *a restrição do conceito de inconstitucionalidade às normas da Constituição Positiva*, por contraposição às normas de Direito Natural ou Supra-positivo.
2. *a distinção entre inconstitucionalidade enquanto realidade de validade* - que pressupõe que há normas constitucionais mais importantes que outras - e *inconstitucionalidade enquanto fenómeno de contradição inter-normativa* - que se resolve pela concordância prática ou cessação de vigência das normas anteriores.
3. *a localização desta problemática para além da questão da fundamentação transpositiva do DC*.

Capítulo XI – Princípios Fundamentais

42. O princípio do Estado de Direito

191. A afirmação multidimensional do princípio do Estado de Direito

192. Portugal como Estado de Direito

193. O princípio da dignidade da pessoa humana

A pessoa é colocada como um fim supremo do Estado e do Direito, consagrado sobretudo nos direitos fundamentais. A dignidade humana como o critério de fundamentação do Direito parte das características da liberdade e da racionalidade da pessoa, antropológicamente sustentada numa inserção social, garantindo o seu desenvolvimento pessoal.

Este princípio é suportado, sobretudo, pela *conceção jusnaturalista do Direito*, a qual se assume como decorrendo da objetividade da natureza humana não voluntariamente criada e, por isso, imutável em face de circunstancialismos de tempo e de lugar. Assim, caso a lei positiva despreze o Direito Natural, o cumprimento dessa lei deixa de ser obrigatório, pois é considerada injusta.

Assim, a pessoa assume-se como:

- ✚ *pessoa concreta*: situada na História e não fora dela, vivendo no seu tempo e sentindo um conjunto de necessidade de ordenação social;
- ✚ *pessoa solidária*: a pessoa que está em relação com os outros, com um desejo constante promoção social, em que o Direito está atento às desigualdades reais (e não só da lei) através da consagração de direitos de natureza social;
- ✚ *pessoa-fim*: (e não pessoa instrumento) a pessoa que se assume como a finalidade última do Direito e do Poder, que não pode ser secundarizada em nome de bens coletivos que espezinhem a sua dignidade elementar;
- ✚ *pessoa-essência*: a pessoa como ser humano, que postula sempre certos direitos, não se moldando ao sabor de conjunturas ou de evoluções de vida, mais ou menos ocasionais.

Tendo como âncora a dignidade da pessoa humana, muito embora nela não podendo esgotar-se, o conceito de Constituição pode ser encarado de acordo com as seguintes dimensões:

- ✚ *conceito supra-positivo*: orientações metafísicas, de raiz axiológica;
- ✚ *conceito normativo-legalista*: expressa uma dada conceção de poder e de organização da sociedade, segundo opções políticas inteiramente livres;
- ✚ *conceito de raiz sociológica*: reflete a consciência social dominante.

Como função do princípio da dignidade da pessoa humana e demais princípios constitucionais em geral:

- ✚ *função legitimadora*: coloca o Direito Positivo sob a alçada do Direito Supra-Positivo, impedindo a sua modificação; é um conteúdo que se afirma segundo uma conceção personalista do Direito, servindo a pessoa humana, concreta e socialmente situada;
- ✚ *função positivadora*: a dignidade da pessoa humana é invocável como *fonte direta de alguns direitos fundamentais*, cuja violação traz a invalidade ou a ilegitimidade – consoante haja ou não o reconhecimento positivo de tal critério – das normas infratoras;
- ✚ *função integradora*: o princípio da dignidade da pessoa humana é um conceito vasto, pelo que permite a defesa de várias condutas e ações que estejam com ele de acordo mas não expressamente consagrados na lei;
- ✚ *função interpretativa*: determinação das respetivas regras, servindo a dignidade da pessoa de critério interpretativo auxiliar;
- ✚ *função prospetiva*: permite a sua progressiva concretização, forçando o desenvolvimento do Ordenamento Jurídico no sentido da sua maximização, segundo as circunstâncias, sociais e económicas, de acordo com uma conceção temporalmente dependente.

A observação do Direito Constitucional Português não permite qualquer dúvida acerca da posição eminente que a dignidade da pessoa humana ocupa:

- nos preceitos iniciais: “Portugal é uma República soberana, baseada na dignidade da pessoa humana...”

- nos preceitos sobre direitos fundamentais: “A lei estabelecerá garantias efetivas contra a obtenção e utilização abusivas, ou contrárias à dignidade humana, de informações relativas às pessoas e famílias”

194. O princípio da juridicidade e da constitucionalidade

O princípio da juridicidade comporta três características essenciais:

- *ser um sistema jurídico*, organizado e não caótico, dotado de unidade intrínseca;
- *ser um sistema jurídico escalonado ou hierarquizado*, encimado pelo texto constitucional;
- *ser um sistema jurídico apetrechado com mecanismos de verificação das relações de desconformidade com parâmetros superiores*, podendo eliminá-los.

Este princípio explicita o sentido sistemático da Ordem Jurídica como conjunto de normas e princípios, da qual o Ordenamento Constitucional é soberana. As diversas parcelas da Ordem Jurídica apresentam, por natureza, imparidade, pelo que carecem de uma ordenação hierárquica tendo em conta:

- ✚ a importância das matérias reguladas;
- ✚ a autoridade dos órgãos que as produzem;
- ✚ o âmbito subjetivo da aplicação dessas fontes.

É neste contexto que vale o princípio da constitucionalidade como especificação do princípio da juridicidade, parcialmente atendendo àquelas funções.

195. O princípio da separação de poderes

Segundo Montesquieu, muito embora a teoria já houvesse sido trabalhado por outros pensadores, distinguem-se três poderes:

- ✚ *poder legislativo* – parlamento;
- ✚ *poder executivo* – rei e governo;
- ✚ *poder judicial* – tribunais.

Estes direitos comunicam e influenciam-se mutuamente, de acordo com as seguintes dimensões:

- *faculdade de estatuir*, de fazer e dispor ativamente sobre certas matérias;
- *faculdade de impedir*, de negar a realização ou a consecução de certo ato.

Esta conceção correspondeu a uma necessidade sentida, e mais tarde praticada, de conter o poder régio.

A separação de poderes, quer como teoria política quer como jurídica, desenvolveu-se em duas importantes direções, com o escopo comum da defesa do estatuto dos cidadãos frente ao poder político.

- ✚ *O primado da lei*, pela qual só se admitiria a intervenção do Estado nos direitos dos cidadãos através da lei prévia, geral e abstrata;
- ✚ *A defesa desses direitos em face de atos antijurídicos a cargo de tribunais independentes*, os quais poderiam depreciá-los.

Com o nascimento do Estado Social, no século XX, a separação entre a função legislativa e administrativa foi esbatendo-se, pela necessidade de uma mais rápida e maior intervenção do estado na vida em sociedade.

Assim, a função legislativa deixou de ser monopólio parlamentar, passando a ser partilhada com o órgão executivo, pois a lei passou a exigir maior tecnicidade, incompatível com a produção parlamentar, e elevada celeridade.

Considera-se estar em curso uma *novíssima formatação da doutrina de separação de poderes*, devido a:

- ✚ Atribuição de poderes no âmbito da função legislativa às regiões autónomas;
- ✚ Possibilidade de Referendo, interferindo diretamente na produção normativa (entre o Estado-poder e o Estado-comunidade);
- ✚ Concertação legislativa (acordo com sindicatos, associações de empresários, etc);
- ✚ As grandes contraposições políticas estão relacionadas com o sistema partidário, entre maioria e oposição.

Apesar de tudo isto, os órgãos parlamentares mantiveram sempre o primado da competência legislativa.

A separação de poderes no século XX, por tudo isto, deixou de ser uma separação matematicamente firmada num esquema orgânico-funcional, mas permitiu a dissociação entre a perspetiva material ou objetiva – na qual se avaliam as características de tipo de intervenção jurídica que se quer – e a perspetiva formal ou organizatória (ou ainda subjetiva) – em que se atende ao órgão do Estado que fica incumbido de a exercer, segregando os correspondentes atos.

196. O princípio da segurança jurídica e da proteção de confiança

- ✚ *Princípio da segurança jurídica*: exige a publicidade nos atos de poder público, assim como a clareza e a determinabilidade das fontes de Direito;
- ✚ *Princípio da proteção da confiança*: requerendo que o quadro normativo vigente não mude de modo a frustrar as expectativas geradas nos cidadãos acerca da sua continuidade, com a proibição de uma intolerável retroatividade das leis, assim como a necessidade da sua alteração em conformidade com as expectativas que sejam constitucionalmente tuteladas;

Toda a lei, para vigorar como tal, tem que ser publicada no jornal oficial do estado para se considerar estar em vigência, já depois de decorrido o tempo de *vacatio legis*, a fim de permitir tomar um conhecimento prévio da norma produzida antes de esta ser eficaz.

Em contraponto, ninguém pode alegar, no Ordenamento Jurídico Português, a ignorância da lei para não a cumprir, embora com algumas exceções.

197. O princípio da igualdade

Assume duas dimensões distintas mas complementares:

- ❖ Uma dimensão igualizadora: tratar igualmente o que é igual;
- ❖ Uma dimensão diferenciadora: tratar diferenciadamente o que é desigual;

A CRP, neste aspeto refere-se à imposição geral da igualdade e à proibição do tratamento arbitrário e discriminatório, negativo e positivo. Apresenta ainda uma lista de critérios segundo os quais não considera legítimo fundar um tratamento diferente: ascendência, sexo, raça, língua, religião, convicções políticas/ideológicas, orientação social...

198. O princípio da proporcionalidade

Assenta numa limitação material interna à atuação jurídico-pública arbitrária. Relaciona-se, portanto com a limitação do exercício do poder público, de modo a assegurar a coerência global do Ordenamento Jurídico.

Este princípio começou por ser apenas uma orientação para as atuações agressivas do poder público na esfera dos cidadãos, mas acabou por se expandir a outros setores.

A ideia de proporcionalidade desdobra-se em três vertentes:

- ❖ Adequação
- ❖ Necessidade
- ❖ Racionalidade

43. O Princípio do Estado Republicano

199. A autonomização tardia do princípio republicano

Esta forma de governo é muito mais tardia, tendo surgido com o Constitucionalismo. No entanto, o princípio republicano foi dos que teve mais dificuldade em obter a aceitação dos textos constitucionais.

A república caracteriza-se pela aceitação de que a Chefia de Estado deve ser atribuída a um órgão unipessoal ou colegial, que seja democraticamente legitimado.

Caracteriza-se, ainda pela separação formal entre o Estado e o fenómeno religioso. Esta pode consistir na separação cooperativa (diferenciada ou igualitária), no princípio da neutralidade religiosa, ou ainda no princípio do pluralismo religioso.

O princípio republicano relaciona-se, ainda, com o princípio democrático, que subjaz na Chefia do estado e na relação entre o poder político e a religião, permitindo o aperfeiçoamento da democracia.

200. Portugal como Estado Republicano

201. A temporariedade dos cargos públicos em geral

No caso do direito Constitucional português, o princípio republicano concretiza-se:

- No Presidente da República ser eleito democraticamente para um cargo de 5 anos por sistema maioritário de duas voltas;
- Nos princípios fundamentais, nos quais Portugal é definido como uma República inúmeras vezes;
- Na organização do poder político, no qual os cargos são temporários;
- Na garantia da Constituição em que as leis têm de respeitar a forma Republicana de governo;

Quanto à temporariedade dos cargos é importante referir que o PR não pode efetuar um terceiro mandato consecutivo. Para isso, terá que esperar cinco anos após o término do segundo mandato.

Também os juízes do Tribunal Constitucional não podem renovar o seu mandato, que é exclusivamente de nove anos.

Existe uma exceção a esta regra: O Conselho de Estado integra cidadãos a título vitalício. Neste caso, o princípio republicano é violado.

44. O princípio do Estado Laico

202. Direito, Estado e Religião: modelos e sistemas constitucionais de relação

203. A laicidade cooperativa da República Portuguesa

Quanto ao fenómeno religioso, a República Portuguesa adota o modelo de separação cooperativa. Para além disto, afirma nos princípios fundamentais a liberdade religiosa como inviolável, tanto a título individual como pessoal.

Quanto à organização do poder político, o Estado adota uma posição de neutralidade religiosa. Esta manifesta-se também no âmbito da comunicação social, na educação e na cultura públicas e no ensino público.

Em matéria de revisão constitucional, a liberdade religiosa e a separação da igreja e do Estado consistem num limite material à revisão.

45. O Princípio do Estado Democrático

204. A diversidade morfológica do princípio democrático

As democracias são uma organização política na qual os governados influenciam o percurso dos governantes.

A concretização da democracia na CRP consiste no apelo ao princípio da soberania popular e na titularidade do povo. A operacionalização da democracia depende da regra da maioria, segundo a qual a decisão é tomada em função da vontade da maioria, o que não quer dizer que a minoria seja excluída. Esta apenas tem menos preponderância.

Os cidadãos intervêm na escolha dos governantes, na atividade levada a cabo pelos mesmos, na fiscalização das suas atividades e na possibilidade de não redesignar os governantes (mandatos limitados). Basicamente, os governados controlam os governantes, ainda que nem sempre isto seja eficaz.

A democracia pode assumir várias dimensões:

- Representativa
- Referendária
- Participativa

A democracia tem algumas vantagens quando comparada com a ditadura. Esta forma de organização política ajuda a evitar a governação por autocratas cruéis, confere aos cidadãos um maior conjunto de direitos, favorece a igualdade política, garante uma maior liberdade pessoal, etc.

205. Portugal como Estado democrático

Portugal, para além de ser uma república, é também um Estado democrático. Este princípio assume-se como princípio geral do Direito Constitucional Português sendo mencionado, em inúmeras ocasiões, ao longo da CRP. Estas indicações começam no preâmbulo e estendem-se ao articulado do texto constitucional.

Estas alusões surgem no contexto dos direitos fundamentais, da soberania popular, do tipo de sufrágio utilizado nas diferentes eleições, e no pluralismo político.

206. A democracia representativa e a eleição em geral

A dimensão da democracia representativa relaciona-se com a designação dos titulares dos órgãos públicos, que desempenham funções em nome da comunidade. Este fenómeno, o da representação política, faz com que os representantes persigam não interesses particulares, mas sim interesses gerais.

A ligação entre os governantes e os governados surge, precisamente pelo fenómeno da representação política, definido pelo mandato político. Os mandatos têm duas vertentes distintas:

- Mandato imperativo: os eleitos tinham de submeter-se à vontade geral, podendo ser destituídos em consequência da sua violação; (J. J. Rousseau)
- Mandato representativo: os eleitos, ainda que submetidos ao interesse público teriam mais possibilidades de ação, dentro do que é a vontade popular. Deste modo, era-lhe permitido ser reeleito (se cumprisse a vontade dos eleitores) (E. Sieyes).

Denota-se que a eleição é um aspeto importante na democracia. Esta pode assumir várias classificações: política, legislativa, administrativa ou internacional... Podem ainda ser externas ou internas, conforme o colégio eleitoral seja composto pelos cidadãos ou por órgãos políticos já eleitos, respetivamente. Por fim, podem ser gerais ou intercalares.

O sistema eleitoral é o método que permite traduzir em mandatos os votos que foram depositados nas urnas pelos cidadãos eleitores. Este sistema permite várias combinações, sejam elas: a representação proporcional, a representação maioritária e a representação de minorias.

207. Os traços fundamentais do Direito Eleitoral Português

Em Portugal, a eleição é fixada por várias coordenadas: o recenseamento de eleitores, a campanha política, a votação por sufrágio, a fiscalização dos atos eleitorais e a transformação dos votos em mandatos. Para além disto existe uma imensidão de normas e leis que regulam as eleições.

O recenseamento eleitoral pretende evitar a fraude eleitoral, de forma que só podem votar os inscritos nos cadernos eleitorais. Os princípios fundamentais do recenseamento eleitoral são a universalidade (universalidade no sufrágio), a permanência, a atualidade, a obrigatoriedade e a oficiosidade, e a unicidade.

Em Portugal o voto é universal (por oposição ao censitário ou capacitário), uma vez que todos os maiores de 18 anos votam; igual, sendo que todos os votos têm o mesmo valor;

periódico, por se repetir nos períodos de tempo determinados pela lei; direto, secreto, e pessoal.

O sufrágio constitui, na CRP, um dever cívico. Não se trata de uma obrigação, trata-se apenas de um dever do plano moral.

O procedimento eleitoral efetua-se da seguinte forma:

1. Marcação da data das eleições;
2. Apresentação das candidaturas;
3. Campanha eleitoral;
4. Organização das Assembleias de voto;
5. Votação;
6. Apuramento;
7. Contencioso da votação e apuramento;

208. A representação proporcional em especial

No que toca ao sistema eleitoral, Portugal escolheu para vigorar a representação proporcional: “A conversão dos votos em mandatos far-se-á de harmonia com o princípio da representação proporcional” (Art. 113.º, nº5 da CRP).

Como afirmações desse princípio surgem:

- A assembleia da república;
- As Assembleias Legislativas das RA;
- Os órgãos de tipo assembleia das autarquias locais;
- A assembleia regional da região administrativa, em particular;

209. A democracia semidirecta e o referendo em geral

A dimensão referendária possibilita aos cidadãos se pronunciarem acerca dos assuntos que se colocam à governação. Esta caracteriza-se pelo referendo, uma das formas pelas quais o povo exerce o poder.

210. As principais opções do Direito Referendário Português

Portugal acolheu, nas revisões à constituição, o referendo em três modalidades: local, nacional e regional (a ter lugar nas RA).

A regulação sobre o referendo é desenvolvida por duas leis ordinárias, a LORR, para o referendo nacional e a LORL, para o referendo local.

Existiram, até agora, três referendos nacionais em Portugal.

1. 1998, sobre o aborto – “não”
2. 1998, sobre a regionalização administrativa do território continental – “não”
3. 2007, sobre a despenalização do aborto – “sim”

Segundo a CRP, o referendo nacional “...só pode ter por objeto questões de relevante interesse nacional que devam ser decididas pela Assembleia da República ou pelo Governo através da aprovação de convenção internacional ou de ato legislativo”.

As “questões de relevante interesse nacional” são um assunto controverso. A CRP e a LORR chegaram já a ideia de que estas devem “ser decididas pela Assembleia da República ou pelo Governo através da aprovação de convenção internacional ou de ato legislativo”.

Chegou-se, também, à limitação de algumas matérias que não podem ser colocadas em referendo: as alterações constitucionais, questões orçamentais, tributárias ou financeiras e matérias de reserva exclusiva da AR.

A convocação do referendo organiza-se por partes: proposta, fiscalização preventiva da constitucionalidade, decisão, campanha, organização das assembleias de voto, o exercício do voto e o apuramento dos resultados.

Os efeitos do referendo são vinculativos, uma vez que não fazia sentido efetuar-se referendos só pelo caráter consultivo. Os seus resultados compreendem assim a atuação, de duas formas:

- Um dever positivo, de *facere* (agir), segundo o qual se deve aprovar diplomas em adequação à realização prática da decisão do referendo;
- Um dever negativo, de *non facere* (não agir), segundo o qual não se deve aprovar diplomas que contrariem a decisão referendária;

O regime referendário em Portugal tem alguns problemas, tratando-se de uma *lex imperfecta*. Um desses problemas é a falta de mecanismos que obriguem o Estado a agir consoante o resultado do referendo.

O referendo local organiza-se à semelhança do nacional, com algumas diferenças. Só pode ter por objeto questões de interesse local, é de realização facultativa, a sua iniciativa repousa nos órgãos autárquicos, e os efeitos são, também vinculativos.

211. A democracia participativa e os partidos políticos em geral

A dimensão participativa da democracia é a que se liga ao exercício dos direitos de natureza política que permitem a expressão da opinião pública, que indiretamente influencia as decisões políticas tomadas pelos governantes, opinião pública que se constrói com base nas opiniões individuais livremente produzidas no espaço público.

Isto quer dizer que a vontade popular não se resume ao sufrágio e ao referendo.

A opinião pública tem duas funções: a de legitimação - aceitação da atuação dos governantes, - e a de controlo – limitação do poder público.

A democracia participativa possibilita-se, em parte, pelos direitos fundamentais como a liberdade de opinião, a liberdade de imprensa, de reunião, de manifestação, de associação, de criação e militância de partidos políticos, de petição perante os órgãos públicos...

A democracia participativa caracteriza-se pela oposição democrática, segundo a qual a maioria governa e a minoria fiscaliza. Estas minorias que compõem os órgãos políticos também gozam de alguns direitos que os auxiliam na sua função fiscalizadora: direito de informação, de consulta prévia, de participação, de depor...

Assume-se, assim a importância dos partidos políticos. Estes consistem em pessoas coletivas de tipo associativo, com caráter de permanência, tendo por finalidade representar o estado-Sociedade ao nível dos órgãos do poder público, assim contribuindo para o funcionamento de sistema de poder político instituído.

Os partidos Políticos podem ser comissões eleitorais, associações políticas, ou grupos de pressão.

Em função destes determina-se, ainda que um regime possa ter um sistema:

- monopartidário, em que apenas existe um partido único, o que está no poder;
- bipartidário, perfeito (85%-90% dos mandatos) ou imperfeito (75%-85% dos mandatos);
- multipartidários, perfeitos (se os partidos são equilibrados quando à representatividade), ou imperfeitos (se um deles sobressai com mais de 35% dos mandatos);

Já os sistemas eleitorais, podem funcionar segundo o sistema de representação maioritária, e o sistema de representação proporcional.

212. O novo direito dos Partidos Políticos em Portugal

No Direito Português, os Partidos políticos foram acolhidos com a aprovação do Decreto-lei nº 595/74 de 7 de Novembro. Este positivou o regime jurídico dos partidos políticos que se proliferaram após a revolução do 25 de abril.

Este diploma foi substituído, em 2003, pela Lei dos Partidos Políticos: um texto composto por 6 capítulos e 41 artigos.

Este assunto é também referido na CRP (estatuto dos partidos) nos princípios introdutórios, nos direitos fundamentais e na organização do poder político. Os principais traços caracterizadores do estabelecido pela CRP quanto a este assunto são:

- A fiscalização externa da atividade dos partidos;
- O reconhecimento dos fins e funções partidárias no âmbito do sistema político consagrado;
- Reconhecimento do direito de oposição aos partidos;

A Constituição reconhece, no entanto, alguns limites aos partidos políticos, nomeadamente, que eles adotem uma ideologia fascista ou racista. Neste caso, o partido pode ser extinto.

Também a LPP tem alguns princípios fundamentais:

- Princípio da duração indeterminada;
- Princípio da liberdade;
- Princípio democrático na sua organização interna;
- Princípio da transparência quanto às suas atividades;
- Princípio do caráter nacional;

Pela constituição: “É livre e sem dependência de autorização a constituição de um partido político”. No entanto são precisas algumas exigências: a apresentação de um requerimento subscrito por um mínimo de 7500 cidadãos eleitores, acompanhados pelo projeto de estatutos, da declaração de princípios ou programa político e da denominação do partido, sigla e símbolo.

Um partido político pode extinguir-se voluntariamente ou por meio judicial.

Apesar de cada partido ser livre de adotar a organização interna que lhe aprovar, A LPP, quanto à organização interna dos partidos, tem algumas exigências.

Por exemplo, nas eleições internas vigora sempre o sufrágio pessoal e secreto, delas sempre cabendo recurso para o Tribunal Constitucional.

Nos órgãos internos são de destacar o órgão representativo, o órgão de direção política e o órgão de jurisdição.

Na generalidade dos países europeus, os partidos políticos têm financiamento público. Não deixam, por isso, de ter de angariar contribuições privadas para patrocinar as suas campanhas.

Isto gerou o problema de , através dos investimentos privados, as entidades privadas ganharem influência sobre a vida política. Para além disto, o financiamento privado acentua a desigualdade entre os partidos em função do critério económico.

Também o financiamento público pode provocar a dependência dos partidos face ao Estado.

Daí que, na generalidade dos países, quanto a este assunto, se tenha adotado regimes mistos.

46. O Princípio do Estado Unitário Descentralizado

213. A complexidade crescente da organização vertical do Estado

A organização do poder público, a esquematização das suas modalidades e a sua configuração estrutural e funcional correspondem à forma de Estado.

Atendendo aos elementos constitutivos do Estado é possível distinguir Estados simples (um só povo, uma só soberania e um só território), de estados compostos, que assentam numa multiplicidade de unidades estaduais.

Os estados compostos podem ser, por exemplo, os Estados Federais ou as Uniões Reais.

214. Portugal como Estado unitário regional e descentralizado

O Estado Português engloba estas cinco características:

- **Caráter unitário:** rejeição de qualquer espécie de federalismo, permanecendo exclusivamente no Estado o poder constituinte, o poder de revisão constitucional e o poder jurisdicional. Porém, também não se caiu no extremo de conceber um Estado detentor de todos os poderes públicos, denotando-se, assim, uma descentralização político-legislativa e administrativa.
A primeira, é uma realidade para as Regiões Autónomas, enquanto a segunda se relaciona com a criação de entidades públicas menores que, no entanto, exercem também poderes de nível administrativo.
- **Caráter regionalizado:** Este incide na existência das RA. Estas diferenciam-se dos Estados federados pro não terem poder constituinte, nem poder na alteração dos estatutos regionais. O estatuto jurídico dos arquipélagos dos Açores e da Madeira

encontra-se estipulado na constituição, no EPARAA e EPARAM (Estatuto político-administrativo da Região autónoma dos Açores/Madeira).

A regionalização dos arquipélagos não é total (afigura-se na geografia portuguesa) nem é heterogénea (a regionalização é feita de modo semelhante para ambas as RA)

As RA têm poder administrativo e são dotadas de órgãos próprios. Nomeadamente, a Assembleia Legislativa, o Governo regional e o Representante da República, que funcionam à semelhança dos órgãos de Portugal continental.

Por fim, o seu sistema de governo caracteriza-se como parlamentar

- **Caráter descentralizado:** É a descentralização administrativa que explica o paralelismo entre a Administração Pública e Privada. A satisfação das necessidades coletivas não pode ser preenchida pela iniciativa privada, pelo que não se pode prescindir do poder público. É assim que surge a função administrativa, parcela do poder público que tem como função a satisfação das necessidades coletivas das pessoas.

A função administrativa pode ser vista enquanto atividade, organização e poder.

Ao conjunto de entidades que desenvolvem a função administrativa dá-se o nome de Administração Pública, delas fazendo parte as pessoas coletivas de Direito Público.

Pode falar-se em:

- ❖ **Administração estadual Direta:** que tem no Estado a entidade jurídico-administrativa máxima;
- ❖ **Administração Estadual Interna:** que integra instituições que constituem pessoas coletivas de Direito Público
- ❖ **Administração Autónoma do Estado:** integra o conjunto de instituições se autonomizam, em maior medida, do Estado.

A descentralização administrativa pode, também, ser vista da perspectiva do Poder Local – estruturas com poder público secundário – através do qual são transferidas competências para centros decisórios periféricos.

- **Caráter unitário II:** O princípio da unidade do Estado relaciona-se com a integração das RA e com a aceitação de autarquias locais e outras estruturas com poder público secundário. Para este efeito, são necessárias divisões no território administrativo: distritos (a divisão distrital só se aplica em Portugal continental).

O estatuto jurídico das autarquias locais é definido na CRP, na LAL (Legislação das Autarquias locais) e noutras legislações complementares. Esta vasta legislação visa regular assuntos como: a estrutura orgânica, as finanças locais, as atribuições e competências, o referendo local, a tutela administrativa...

Constitucionalmente, as autarquias locais são “... pessoas coletivas territoriais dotadas de órgãos representativos, que visam a prossecução de interesses próprios das populações respetivas”. Este conceito engloba quatro elementos das autarquias locais:

- ❖ **Elemento formal:** existência autónoma como pessoa coletiva de direito Público;
- ❖ **Elemento humano:** vinculação da entidade coletiva a um conjunto de cidadãos;
- ❖ **Elemento territorial:** delimitação da atividade da pessoa coletiva em função da dimensão territorial;
- ❖ **Elemento funcional:** atribuições e competências de Direito Administrativo;

As autarquias locais dividem-se, hierarquicamente, em municípios e freguesias, diferenciadas pela dimensão territorial, pelo conjunto de atribuições e pela estrutura dos respetivos órgãos.

Podem, ainda, existir estruturas especiais, que não precisam de se enquadrar, necessariamente, no conceito de autarquia local, mas que compõem também formas de organização territorial autárquica. Estas têm, maioritariamente, competências associadas à insularidade e aos aglomerados urbanos. São exemplos: os conselhos de ilha, as áreas metropolitanas, as organizações de moradores...

Existe a possibilidade de as autarquias locais de associarem em projetos comuns, criando as comunidades intermunicipais, a nível de municípios, ou simples associações de freguesias.

As autarquias locais apoiam-se no dualismo órgão administrativo vs. órgão executivo, fazendo-se exercer dois níveis de poder decisório diferente.

Os municípios têm como órgãos: a assembleia municipal, a câmara municipal e o presidente da câmara municipal.

As freguesias têm como órgãos: a assembleia de freguesia e a junta de freguesia.

O sistema de governo das autarquias locais:

- ❖ **Não é parlamentar:** os órgãos executivos não são responsáveis perante a assembleia;
- ❖ **Não é presidencial:** há uma dissociação entre o presidente da câmara e a câmara municipal, na medida em que os órgãos executivos não podem dissolver a assembleia municipal;
- ❖ **Não é semipresidencial:** pelos mesmos motivos referidos acima;

É, portanto, diretorial, uma vez que se concebe a existência, separadamente e sem responsabilidade política de dois órgãos para cada um dos poderes. O caráter diretorial das AL, relaciona-se ainda com afeição colegial do órgão executivo.

215. O Estado Português e a Comunidade Internacional

A CRP expressa a posição de Portugal face às relações internacionais. Assume, neste domínio alguns princípios:

- ❖ Princípio da proteção dos Direitos Humanos;
- ❖ Princípio da formação de uma comunidade lusíada;
- ❖ Princípio da integração europeia;
- ❖ Princípio da independência nacional;
- ❖ Princípio do respeito pelos direitos dos povos;
- ❖ Princípio da igualdade dos estados;
- ❖ Princípio da solução pacífica dos conflitos internacionais;
- ❖ Princípio da não ingerência nos assuntos internos de outros estados;
- ❖ Princípio da cooperação com os outros Estados para a emancipação e progresso da Humanidade;
- ❖ Princípio da abolição do colonialismo, imperialismo, e outras formas de agressão, domínio e exploração nas relações entre Estados;
- ❖ Princípio do desarmamento geral;

216. O princípio da integração europeia

A integração de Portugal na União Europeia definem-no como Estado comunitário. Neste domínio, Portugal empenha-se no reforço da identidade europeia, contribui para a construção e aprofundamento da União Europeia e aplica as disposições dos tratados da União Europeia no seu território.

A caracterização política da UE não é totalmente possível, uma vez que esta oscila entre organização internacional supranacional, estrutura confederal e entidade federal.

No que toca à evolução do Direito Comunitário são de evidenciar: o Ato Único Europeu (1987), o Tratado de Maastricht (1993), o Tratado de Amsterdão (1998), e o Tratado de Nice (2001).

No domínio do Direito constitucional, o Direito da UE é composto pelos regulamentos, pelas diretivas, pelas decisões, pelos pareceres e pelos princípios gerais de Direito Comunitário.

Os órgãos da UE são: o Parlamento Europeu, o Conselho Europeu, o Conselho de Ministros, a Comissão Europeia e o Tribunal de Justiça da União Europeia.

217. Portugal e a integração lusófona

Outra dimensão da inserção internacional do estado Português corresponde ao princípio da integração lusófona, que manifesta relações privilegiadas entre os cidadãos portugueses e os cidadãos de estados de Língua Portuguesa.

A integração lusófona integra-se em dois planos: o da valorização da língua portuguesa e o plano da atribuição de direitos políticos reservados aos cidadãos.

O princípio da integração lusófona prevê também a participação de Portugal em estruturas internacionais que agreguem Estados de Língua Portuguesa. Nomeadamente, a CPLP.

Esta tem como objetivos a concertação político-diplomática, a cooperação nos mais variados domínios e a promoção e a difusão da língua portuguesa.

A sua estrutura compreende quatro órgãos: a Conferência dos Chefes de Estado e do Governo, o Conselho de ministros, o Comité de Concertação Permanente e o Secretariado Executivo.

Capítulo X – Direitos Fundamentais

47. A importância constitucional dos direitos fundamentais

218. A proteção constitucional da pessoa pelos direitos fundamentais

Os Direitos Fundamentais são incluídos no Direito Constitucional e, consequentemente, na CRP. Para além de integrarem o Direito Constitucional, estes direitos são também levados a cabo pelo Direito Penal, pelo Direito Internacional Público, pelo Direito da UE e pelo Direito Civil.

Os direitos fundamentais sofreram um longo processo de aceitação e positividade. Este permitiu chegar ao seguinte conceito de direitos fundamentais: “posições jurídicas ativas das pessoas integradas no Estado-Sociedade, exercidas por contraposição ao Estado-Poder, positivadas no texto constitucional”. Daqui se retiram três elementos constitutivos:

- **Elemento subjetivo:** prende-se com as pessoas jurídicas a quem os direitos dizem respeito;
- **Elemento objetivo:** o conjunto de vantagens inerentes a cada direito fundamental;
- **Elemento formal:** consagração das posições de vantagem, a nível formal, na Constituição;

Os direitos fundamentais podem, também, ser perspetivados de acordo com diversas classificações:

- **Classificações subjetivas:** Modo como os direitos fundamentais se relacionam com os titulares;
- **Classificações materiais:** Consideração do objeto e conteúdo do direito;
- **Classificações formais:** Traços que, normalmente, definem os direitos fundamentais a nível formal;
- **Classificações regimentais:** Procedem à separação das categorias dos DF pela aplicação de regras;

219. A evolução dos direitos fundamentais

As grandes linhas de viragem dos séculos XIX e XX que implicaram alterações a nível da consagração de direitos fundamentais organizam-se segundo:

1. **Período liberal:** Caracteriza-se pela primeira geração de direitos fundamentais, através dos quais se tinha em mente a garantia de um espaço de autonomia e de defesa dos cidadãos face ao poder público;
2. **Período social:** Consagrou uma segunda geração de direitos fundamentais relacionados com a proteção de natureza social;
3. **Período cultural:** Traduz uma terceira geração de direitos fundamentais associados a questões ambientais;

O percurso da positivação constitucional dos direitos fundamentais engloba também as alterações do Direito Internacional Público do século XX, nomeadamente a proteção internacional dos direitos do homem.

220. Os direitos fundamentais e o futuro

Os direitos fundamentais não são direitos infalíveis e, por isso, existe perigos que atualmente se concebem e que podem lançar dúvidas quanto à efetividade da sua proteção.

1. **Multiplicação do número de direitos fundamentais existentes:** esta pode levar à adulteração da hierarquia de valores que são implícitos aos direitos fundamentais e levar a pensar que os direitos valem todos o mesmo. Este facto afeta ainda a menor proteção que recai sobre cada direito.
2. **Uniformização dos direitos fundamentais:** No que diz respeito à globalização, é cada vez mais difícil lidar correspondendo a heterogeneização dos direitos fundamentais, em resposta às diversidades – culturais, religiosas...
3. **Processualização dos direitos fundamentais:** Esta pode resultar na perda da fundamentação material dos direitos que é a chave para responder a um conjunto de opções que dizem respeito à vida coletiva.

48. O Sistema português de direitos fundamentais

221. A conceção pluralista dos direitos fundamentais

Relativamente à lógica material, coloca-se o problema de saber qual o critério unificador dos direitos fundamentais.

Paralelamente a este problema, vão surgindo teorias que se afirmam como explicativas das tipologias de direitos fundamentais.

O Constitucionalismo liberal fez vingar a **Teoria Liberal**, segundo a qual os direitos e as liberdades são dominados por uma ideia de abstenção do Estado em relação à Sociedade e à Economia, radicando todos de uma posição jusnaturalista.

Outras teorias relativas aos direitos fundamentais foram surgindo:

- **Teoria socialista:** os direitos fundamentais colocam-se ao serviço de uma ideologia única e de uma ditadura coletivista de esquerda;
- **Teoria fascista:** Os direitos fundamentais assumem uma relevância social-corporativa;
- **Teoria Social:** Defende-se a existência de direitos sociais;
- **Teoria democratizadora**

Olhando para a CRP, o único índice que podemos encontrar é o reconhecimento da necessidade de um conceito material de direito fundamental, pois é através dele que podemos operacionalizar a abertura do sistema constitucional de direitos fundamentais. A abertura do sistema de direitos fundamentais manifesta-se por exemplo no preceito de que “Os direitos fundamentais consagrados na Constituição não excluem quaisquer outros constantes das leis e das regras aplicáveis de Direito Internacional.

O conceito de direito fundamental tem três elementos:

- **Elemento subjetivo:** implicando a subjectivação nas pessoas integradas no Estado-Comunidade;
- **Elemento material:** retratando uma vantagem relacionada com o valor que se afirma protegido;
- **Elemento formal:** relacionado com as características de supremacia relacionadas com o Direito Constitucional;

222. A posição constitucional, tipológica e aberta dos direitos fundamentais

Os direitos fundamentais possuem uma força jurídica constitucional que lhes é dada pelo carácter das fontes constitucionais normativas que os consagram. Como são fundamentais, estes direitos têm, de alguma forma, de estar vinculados ao texto supremo de um Estado: a constituição.

Cabe à Constituição – e às fontes constitucionais em geral – este papel fundacional do sistema jurídico, devendo as fontes inconstitucionais ser destruídas.

O caráter constitucional dos direitos fundamentais implica que estes se encontrem no topo da Ordem Jurídica, tendo as características próprias dos preceitos constitucionais. Nomeadamente, supremacia hierárquica e a rigidez constitucional, que implica que a sua alteração tenha de respeitar determinados mecanismos e procedimentos.

Os direitos fundamentais não deixam, por isso de contactar com outros estratos do sistema jurídico que os podem até completar. Nestes casos estamos perante mecanismos de abertura dos direitos fundamentais que são positivados na Constituição de outros níveis.

Esta abertura permite por um lado a integração de novos direitos fundamentais e também o seu aperfeiçoamento.

Para além da força normativo-constitucional, os direitos fundamentais caracterizam-se também pela dimensão tipológica. Esta significa que os direitos fundamentais são agrupados em realidades pouco amplas de tipos jurídicos que permitem captar melhor o objeto e a realidade respeitante a cada direito fundamental e lhes dá um valor coletivo.

As tipologias dos direitos são abertas ou exemplificativas, havendo a possibilidade de se reconhecer um conceito geral na formulação de novos direitos denominados direitos fundamentais atípicos.

223. Os direitos fundamentais atípicos em especial

Os direitos fundamentais atípicos abrangem três questões: a sua extensão material, as fontes de onde emanam e o regime que lhes é aplicável.

Na perspetiva da identificação dos DF atípicos, difícil é saber qual o critério material que os permite encontrar. Em termos práticos, a aplicação desse critério material permite que os DF atípicos se processem de acordo com uma analogia para com os direitos fundamentais típicos.

Do ponto de vista das fontes, a CRP condicionou o acolhimento dos direitos fundamentais atípicos ao facto de os mesmos serem previamente positivados nalgumas fontes normativas que o texto constitucional mencionou. Nomeadamente, as regras de Direito Internacional e as leis.

Quanto ao regime, a dúvida é saber se estes direitos atípicos também têm um estatuto constitucional, não se justificando quaisquer negações a propósito do regime constitucional destes direitos.

224. Os Direitos, liberdades e garantias e os direitos económicos, sociais e culturais

A nível constitucional, os direitos não têm sempre a mesma intensidade normativa, sendo possível vislumbrar diferentes alcances no modo como os respetivos conteúdos e objetos condicionam os destinatários e chegam à realidade.

O texto articulado concebe a existência de um regime específico atribuído aos direitos, liberdades e garantias que não é aplicável aos direitos económicos, sociais e culturais.

O que a CRP faz é somente fornecer ao intérprete um critério qualificativo segundo o qual considera que tudo o que se encontra nesse conjunto de artigos corresponde a tipos de direitos fundamentais pertencentes à espécie “direitos, liberdade e garantias”.

O critério mais aceite na tarefa de distinção entre esses conceitos é o da determinação, em que os direitos, liberdades e garantias se erguem segundo um conjunto de opções regulativas que pertencem ao domínio do texto constitucional.

Os direitos, liberdades e garantias definem-se em razão da norma atributiva dos mesmos, enquanto categoria mais restrita do que os direitos fundamentais em geral: são as posições subjetivas constitucionalmente positivadas em normas perpectivas.

Inversamente, as normas constitucionais que consagram os direitos económicos, sociais e culturais têm natureza programática, oferecendo uma menor vinculatividade em relação à força inerente às normas perpectivas.

O critério de separação entre estes dois grupos de direitos fundamentais é normativo-formal. A força diretiva dos direitos fundamentais que sejam direitos, liberdades e garantias é inevitavelmente mais forte do que aquela que os direitos económicos, sociais e culturais ostentam.

225. Os direitos fundamentais análogos

Existem outros direitos, para além das liberdades e garantias assim consideradas no título II da parte I da CRP que gozam do seu regime específico. É o caso de direitos, liberdades e garantias típicos não numerados ou noutra terminologia, e dos direitos fundamentais análogos.