# Direito Constitucional

# O Direito Constitucional

## O Direito constitucional na Enciclopédia Jurídica

O conceito de Direito Constitucional

O Direito Constitucional consiste no conjunto de princípios e normas que regulam a organização, o funcionamento e os limites do poder público do Estado, assim como estabelecem os direitos das pessoas que pertencem à comunidade política. Visa a segurança e a justiça e socorre-se de meios coercivos que não existem noutras áreas.

Reflete um equilíbrio entre:

- O poder estadual – monopoliza os meios públicos de coação e de força física

- A comunidade em nome da qual o poder é exercido – carecendo de autonomia e liberdade frente ao poder público estadual

A caracterização do direito constitucional baseia-se em três elementos:

* **Elemento subjetivo –** destinatário da regulação do Direito Constitucional, por um lado o Estado-poder (organização do poder político), por outro, o Estado-Comunidade (pessoas que integram a comunidade política)
* **Elemento material –** matérias que são objeto da regulação por parte do Direito Constitucional
* **Elemento Formal –** posição hierárquico-jurídica que o DC ocupa ao nível supremo da ordem jurídica

Assim, o Direito Constitucional representa a síntese dos princípios e das normas que se condensam na Constituição enquanto ato cimeiro do estado e da Ordem Jurídica.

As divisões do Direito Constitucional

O Direito Constitucional pode ser encarado sob diversas perspetivas. São estes os principais níveis por que o Direito Constitucional pode ser entendido:

* **Direito Constitucional Material –** Conjunto de princípios e normas constitucionais que falam sobre os direitos das pessoas em relação ao poder público
* **Direito Constitucional Económico, Social e Fiscal –** Conjunto de princípios e normas constitucionais que cuidam da organização económica e da sociedade
* **Direito Constitucional Organizatório –** Conjunto de princípios e normas que estabelecem a forma como o poder público se organiza e funciona
* **Direito Constitucional Garantístico –** Conjunto de princípios e normas constitucionais que estabelecem os mecanismos destinados à proteção da Constituição e à defesa da sua prevalência sobre os atos jurídico-políticos que lhe sejam contrários

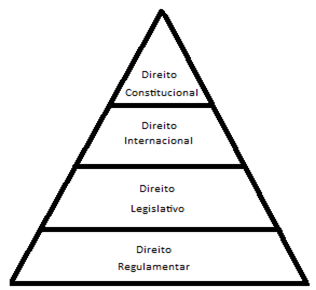
O Direito Constitucional desenvolve-se, ainda, dentro de outros âmbitos de menor importância:

* Direito Constitucional Internacional
* Direito Constitucional dos direitos Fundamentais
* Direito Constitucional Económico
* Direito Constitucional Ambiental
* Direito Constitucional Eleitoral
* Direito Constitucional dos Partidos Políticos
* Direito Constitucional Parlamentar
* Direito Constitucional Procedimental
* Direito Constitucional Regional
* Direito Constitucional Processual
* Direito Constitucional de Segurança
* Direito Constitucional de Exceção

As características do Direito Constitucional

O Direito Constitucional insere-se no Direito Público uma vez que é um ramo que concorre para o interesse público. Nele estabelecem-se as máximas orientações da vida coletiva sob a responsabilidade do Estado. Este ramo do Direito regula, ainda, o poder político, bem como as relações entre as pessoas e outros poderes; é este o seu objetivo normativo principal. Por fim, o Direito Constitucional posiciona o poder público na sua posição de autoridade soberana, atribuindo-lhe as mais amplas faculdades normativas que conhece.

O Direito constitucional possui algumas características que permitem a sua singularização no Direito em que se integra:

1. **Supremacia –** De modo a avaliar o Direito Positivo, foi criada uma estrutura hierárquica, na qual o Direito Constitucional ocupa a posição cimeira. Deste modo, o seu sentido orientador não pode ser contrariado por qualquer outra fonte, que, ocupando uma posição inferior, lhe deve obediência.
2. **Transversalidade –** A posição de supremacia ocupada pelo Direito Constitucional dá a entender a transversalidade de matérias que a este se relacionam. Ao Direito Constitucional compete uma preocupação de traçar as grandes opções de certa comunidade, o que determina a sua relação com múltiplos temas.
3. **Politicidade –** Relaciona-se com o objeto de estudo do Direito Constitucional - o estatuto do poder político – e com as implicações que este irá projetar na definição do regime jurídico que ira estabelecer. Esta politicidade impõe, por vezes, a necessidade suplementar de se estar mais atento à proximidade entre as situações juridicamente reguláveis pelo Direito Constitucional e aquelas que devem manter-se no campo da Política.
4. **Estadualidade –** O Direito Constitucional é sujeito e objeto do Estado. O Direito Constitucional ostenta uma Estadualidade intrínseca, sendo o mais estadual dos ramos jurídicos, daí decorrendo a sua projeção na criação da pertinência dos outros ordenamentos jurídicos que não tenham uma origem estadual.
5. **Legalista –** O Direito Constitucional é produtor de normas e princípios com o objetivo de disciplinar o poder público, bem como os espaços de autonomia das pessoas.
6. **Fragmentário –** Pelo facto de o Direito Constitucional ser apenas um setor mínimo fundamental na produção de leis, não lhe competindo sempre uma regulação exclusiva das matérias constitucionais.
7. **Juventude –** Na medida em que existe pouco tempo que intervém. Isto tem como consequências principais o facto de não ser uma atividade doutrinária e jurisprudencial muito abundante e sedimentada não sendo também possível lidar com conceitos e soluções testadas há muitos anos, podendo tal verificação trazer o perigo de adicionais fatores à debilidade dogmática nas soluções a encontrar.
8. **Abertura –** Estando muito longe de ser um sistema normativo fechado, o Direito Constitucional aceita complementaridades e receções de outros ordenamentos internacionais, comunitários e internos e com eles mantém relações intersistemáticas que não podem ser desprezadas.

As relações do Direito Constitucional com os ramos do Direito

O Direito Constitucional tem a particularidade de não ter uma fronteira completamente definida entre si e os outros tamos que lhe são próximos. Muito pelo contrário, o Direito Constitucional e os ramos já referidos aparecem com zonas sobrepostas, simultaneamente presentes no DC e no ramo jurídico com que se relaciona.

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 o Direito Constitucional cumpre a relevante função de estabelecer as grandes opções do Ordenamento Jurídico, concedendo-lhe a tarefa de definir as opções estratégicas da comunidade política, este podendo assim apresentar-se conexo com múltiplos ramos do Direito;

- A supremacia hierárquico-formal subordina os diversos ramos jurídicos às respetivas orientações;

## O Direito Constitucional na Ciência do Direito

A ciência do Direito Constitucional

Para que o Direito Constitucional possa extrair com sucesso orientações para o real no plano estadual, a extração tem que ser feita por uma atividade científica – a Ciência do Direito constitucional. Esta tem por objeto o Ordenamento Jurídico-Constitucional. Assim, a atividade da Ciência do Direito Constitucional procura soluções com base nom ordenamento constitucional concreto, assente numa juridicidade positivada.

O que possibilita a este exercício científico uma perspetiva multidimensional que tem vindo a resultar em fortes ganhos para o Direito Constitucional é o pluralismo metodológico. Destacam-se quatro perspetivas:

* **Histórico-comparística:** tratamento de um assunto não só por normas anteriores mas também por normas estrangeiras;
* **Exegética:** interpretação de normas e integração das suas lacunas, tomando como partida as fontes constitucionais disponíveis;
* **Dogmática:** avalia os dados diretamente obtidos das fontes constitucionais pela respetiva inserção num sistema constitucional;
* **Teorética:** elevação acima de cada Direito Constitucional Positivo através da formulação de orientações e conceitos gerais;

Pergunta-se até que ponto se pode falar em autonomia relativamente ao Direito Constitucional, uma vez que este partilha alguns traços com a Ciência do Direito, sendo dela uma especificação.

No entanto, poderá salientar-se os traços mais relevantes da sua autonomia:

* **A autonomia regulativa ou normativa:** Ex: a Constituição – textos normativos próprios, altamente codificados, textos constitucionais…
* **A autonomia científica ou dogmática:** presença de conceitos e princípios próprios;
* **A autonomia pedagógica ou didática:** sendo uma disciplina com nome próprio, quer nas licenciaturas como nas pós-graduações;

A ciência do Direito Constitucional assume uma importância vital dentro dos estudos jurídicos e das áreas de trabalho, tendo para isto contribuído o 25 de Abril de 1974, constituindo uma nova Ordem Constitucional. Por ser nova, esta Ordem implica não só o seu estudo mas uma força irradiante para os outros ramos do Direito.

As ciências afins e auxiliares da Ciência do Direito Constitucional

Existem ciências afins – no caso de cuidarem do mesmo objeto que o Direito Constitucional – e ciências auxiliares – no caso de, por terem outro objeto, permitirem fornecer elementos de trabalho úteis à Ciência do Direito Constitucional.

O interesse de equacionar o modo como a Ciência do Direito Constitucional se relaciona com as ciências auxiliares e afins é duplo:

* Porque se torna necessário demarcar criteriosamente as zonas da vizinhança, para cada cientista se colocar no seu papel relativamente ao lugar em que se encontra
* Porque importa assumir a utilidade que a ciência do Direito Constitucional pode retirar do que aquelas outras ciências fornecem

Ciências afins à Ciência do Direito Constitucional:

* **Ciência Política:** Estuda os comportamentos das instituições e dos respetivos titulares, incluindo aspetos do sistema de partidos, do sistema eleitoral, do sistema de governo e do regime político;
* **Teoria Geral do Estado:** Estuda os elementos e as características do Estado enquanto realidade conceptual;
* **Sociologia política:** Estuda as relações entre o poder e a sociedade, apurando até que ponto existem comportamentos dominantes na representação dos interesses dos cidadãos, e no respetivo ato eleitoral;
* **HIP e História Política:** Regista e analisa o contributo de diversos pensadores para a conceção de poder político e explicita as causas e as consequências dos acontecimentos políticos;
* **Filosofia política:** Pretende descobrir os limites do fenómeno político no que toca aos direitos das pessoas;
* **Política Constitucional:** Pondera as alterações constitucionais pesando vantagens e desvantagens;
* **Análise económica do Direito Constitucional:** Procura ganhos de eficiência minimizando os custos e maximizando os benefícios;

**Ciências auxiliares à Ciência do Direito Constitucional:** Ciência da Linguagem, Estaística e Matemática, História, Sociologia, Economia, Antropologia e Geografia e Astrofísica.

# O estado no Direito Constitucional

## O poder político e o Estado

Conceito e Origem do poder político

A atividade humana não depende só da interação entre indivíduos e grupos, mas também de uma intervenção concertada, a cargo de um conjunto de estruturas de organizações e procedimentos.

O comportamento humano apenas atinge altos padrões de boa convivência social quando se possa exercer um poder político que harmonize os diferentes objetivos que presidem o sentido da vida das pessoas e dos grupos em que se inserem. Quando não existe este poder político, a sociedade dirige-se num destes caminhos:

* **Anomia** ou **Anarquia:** ausência de poder político, o que leva ao caos
* **Ditadura** ou **Totalitarismo:** poder político arbitrário

O poder político consiste na produção de mecanismos que imponham determinados comportamentos, pela força se necessário para o acatamento, através de esquemas de coação material.

A existência deste poder assenta na necessidade de regular as relações intersubjetivas.

Existem duas dimensões fundamentais do poder político:

* **Dimensão subjetiva:** através da qual o poder político exprime orientações jurídicas destinadas à regulação da comunidade;
* **Dimensão adjetiva:** compete ao poder político “defender a si próprio”, organizando a própria obediência que os outros lhe devem;

Existem três grandes orientações na busca da origem do poder político:

* **Naturalista:** O poder político apresenta-se como necessário à organização social, mesmo contra a vontade individual (o homem possui de uma sociabilidade inata)
* **Teológica:** O poder político deriva de Deus, direta ou indiretamente
* **Voluntarista:** O poder está na vontade dos titulares do poder político, podendo este desdobrar-se em diversas modalidades, atribuindo a origem do poder político a grupos socialmente minoritários.

**Origem Naturalista**

Esta teoria radica no pensamento de Aristóteles, para quem o homem é um animal social e só não perderia esta qualidade que lhe é natural caso se inserisse numa ordem comunitária, elevando o poder político para a fixação das regras de ordenação coletiva, desenvolvendo assim plenamente a sua personalidade. Esta conceção baseia-se em dois pilares: o homem como “animal político” e o Estado com o fim de realizar o maior bem.

- Aristóteles chega a afirmar que o homem que não tem sociedade é sub-humano.

**Origem teológica**

Em relação aos governantes assume diferentes prismas:

* **Teorias teocráticas:** normalmente monárquicas, divinizam o rei;
* **Teoria do direito do divino sobrenatural:** governantes diretamente escolhidos por Deus, o seu poder é um dom natural, corroborado pelos seus feitos históricos;
* **Teoria do divino direito providencial:** governantes escolhidos indiretamente por Deus através de uma ordem constitucional estabelecida, chegando o poder político aos governantes através do povo;

**Origem voluntarista**

O poder político é visto como a expressão da vontade do povo – um contrato social – em que este mesmo assenta, abrindo portas à origem democrática.

Segundo as teorizações do contrato social, todos consentiram na limitação da sua liberdade individual para a criação de uma estrutura de poder político que a todos defendesse por igual, mesmo que isso significasse o sacrifício dos interesses e das liberdades individuais. Foram então surgindo diversas teorizações:

* **Teoria do pacto de sujeição irrevogável e absoluto:** confere aos governantes o poder de vida e de morte sobre os súbditos para evitar as guerras de todos contra todos; (Hobbes)
* **Teoria do pacto de sujeição revogável:** o povo pode retirar o poder aos governantes
* **Teorias contratualistas democráticas:** o poder político radica da vontade da comunidade, mas com respeito pelos seus direitos fundamentais e genericamente limitado (John Locke)
* **Teoria do contrato social em favor de um poder parlamentar:** conceção democrática totalitária (Rousseau)

Com a Idade Contemporânea e com o Constitucionalismo, a origem do poder político, sendo consensualmente popular, foi oscilando entre soberania nacional e popular.

A soberania nacional reconhece o poder político da nação como comunidade sociológica e histórica, ainda que não individualmente manifestada pelos cidadãos do Estado;

A soberania popular aceita que o poder político resida na comunidade através de cada um dos seus membros, os cidadãos com direito de participação política e sem exclusões arbitrárias entre os mesmos.

Nos tempos recentes, tudo se estabilizou no reconhecimento de um poder constituinte, que é a mais forte de todas as expressões, derivando da vontade dos cidadãos.

As teorias de origem voluntária e minoritária do poder político defendem a atribuição a apenas um grupo restrito de cidadãos a possibilidade de escolha do poder político, não sendo consideradas verdadeiramente democráticas. Por exemplo:

* **Despotismo esclarecido:** O poder político fundou-se na iluminação do rei, auxiliado pela sua elite bem-pensante e repudiando a origem divina;
* **Totalitarismo de esquerda:** Marxismo-leninismo – ditadura do proletariado, afastando o exercício do poder político a generalidade dos grupos sociais;
* **Totalitarismo de direita:** Fascismo e Nazismo – negando a democracia, a origem do poder político foi proclamada na interpretação do interesse da nação e da organização corporativa;

O princípio democrático de hoje impôs-se graças aos debates que se fizeram na defesa das teorias voluntaristas que implicaram os limites da ação do poder político em relação aos membros da comunidade política.

O poder político e os outros poderes

Como dito anteriormente, o poder político determina o cumprimento dos seus comandos recorrendo à força, se necessário. É possível evidenciar três modalidades de poderes de persuasão:

* **Poder social:** circunstância de a vida em sociedade estar submetida a tradições comuns e a normas de comportamento em conformidade com certos padrões de etiqueta social, traduzindo a inserção de cada pessoa num ambiente social específico (dever-ser); Um ato ilícito praticado tem como resposta a reprovação social, corporizada pela vergonha, ou pelo mal-estar da situação criada;
* **Poder religioso:** Vontade das organizações religiosas no estabelecimento de um conjunto de normas disciplinadoras da atitude, interna e externa, dos respetivos crentes. Existe um dever-ser vertical (crentes com Deus) e horizontal (entre crentes). Os que violam aqueles imperativos considera-se pecado e serão julgados no juízo particular.
* **Poder da comunicação social:** Assenta na função de intermédio que os meios de comunicação social facultam. Os instrumentos de comunicação, usados de certo modo, podem ser desvirtuados e influenciar os cidadãos para além dos factos que querem relatar. A força do poder da comunicação social afere-se no seu contributo para a formação da opinião pública.
* **Outros poderes em destaque:** Económico, Militar, Cultural, Desportivo, Científico;

O poder político e as diversas entidades jurídico-políticas

A entidade que normalmente está associada ao poder político é o estado. Contudo, esta não é a única entidade política que protagoniza o desejo de organização coletiva.

Existe a seguinte tipologia, de acordo com o ponto de vista da relação de cada uma dessas entidades com a entidade estadual:

* **Entidades pré-estaduais:** Formas incipientes de poder político, antes da conceção e desenvolvimento do Estado como tipo histórico fundamental. Confundem-se com os primeiros relances da organização da coletividade, em que a titularidade do poder político era remetida para certas pessoas ou entidades, numa preocupação geral com a segurança e com a manutenção da convivência coletiva. Com a sofisticação da organização estadual, estas desapareceram ou passaram à clandestinidade.
* **Entidades infra-estaduais**: Estão na dependência de uma indicação estadual que, enquanto expressão máxima do poder político, pode decidir livremente sobre a sua criação ou permanência. Possuem uma autonomia organizatória e funcional. Este caráter pode associar-se à menor intensidade e qualidade de competências exercidas e/ou na menor extensão espacial da atividade dos órgãos.

Estas entidades apresentam-se como pessoas coletivas de Direito Público, dando corpo a espaços territoriais, dotados de autonomia jurídico-pública, e com poderes, embora limitados, na vida interna e às vezes internacional.

Correspondem, no contexto geral, às entidades que se situam abaixo do Estado, ao qual se vinculam.

**Ex:** Regiões autónomas

Estas possuem autonomização conceptual, sendo muito mais que regiões administrativas especiais:

* **Plano Interno:** as suas atribuições são também do foro legislativo e jurisdicional, podendo fazer leis e tendo tribunais próprios que decidem algumas questões em última instância;
* **Plano Internacional:** estas regiões são relevantes em certos domínios, ao ser-lhes reconhecida competência para a celebração de certos tratados internacionais e para a pertença a algumas organizações internacionais;
* **Entidades interestaduais:** representam a possibilidade de duas ou mais realidades estaduais se associarem, dessa junção resultando uma nova realidade por eles composta, abrindo-se a possibilidade de, por seu turno, terem ou não, natureza estadual. Por exemplo:
  + - Os **Estados compostos** assumem essa natureza estadual, mas sem que as realidades estaduais subjacentes desapareçam, ficando apenas limitadas nos seus poderes. Destes estados compostos podem criar-se duas subespécies:
      * Estados federais: adquire a natureza estadual com base na criação de uma nova estrutura de sobreposição em relação aquela que permanece nos Estados federados;
      * Uniões reais: surge numa estrutura de fusão com algum ou alguns dos Estados-membros dessa União, com duplo papel de pertença à União Real e ao Estado-membro dessas União, que se funda num tratado internacional
    - **Associações confederativas** (não surge nenhum novo Estado): A transferência de poderes estaduais apenas acontece nalguns dos seus aspetos, aparecendo confederações, no plano do relacionamento externo, como muito mais limitadas do que no caso da formação de Estados compostos. Estas confederações são associações de Estados que nascem num tratado internacional e em cujos termos são vertidas as atribuições que lhe são transmitidas, bem como os órgãos que ficam incumbidos da respetiva prossecução.
    - **Organizações internacionais**: resultam da junção dos esforços dos Estados em que aparece uma nova entidade jurídico-internacional, sem caráter estadual, sendo o seu estatuto essencialmente determinado pelo Direito Internacional Público. Nestas organizações assinala-se a existência de dois elementos complementares:
      * Elemento organizacional: atende à formação de uma nova pessoa coletiva, de substrato associativo e com caráter permanente, dotada de órgãos próprios, que lhe imputam uma vontade funcional em nome de interesses privativos;
      * Elemento internacional: sendo regulada pelo Direito Internacional, distinguindo-se das ONG’s;
* **Entidades para-estaduais:** Estruturas que, apesar de se aproximarem de uma realidade estadual não têm esse teor, com razões diferenciadas para tal. Existem dois grupos de entidades para-estaduais:
  + - **Beligerantes e insurretos:** ficam marcados pela temporariedade da sua existência, com base na promessa de virem a exercer o poder político do seu Estado;
      * Beligerantes: grupo de rebeldes armados, que põe em ação uma atividade bélica para a mudança de sistema político do Estado em que se integram. Devem necessariamente ocupar uma parte do território estadual em que se inserem.
      * Insurretos: Semelhante aos Beligerantes, no entanto não ocupam nenhuma parcela do território estadual, executando as suas atividades de guerrilha em diversas zonas desse território, sem que se possa concluir que nalguma delas assumem o respetivo controlo político-administrativo;
    - **Minorias nacionais ou movimentos de libertação nacional:** entidades que ainda não são Estados, mas agem na promessa da sua criação futura. Querem dar origem ao nascimento de uma unidade jurídico-política onde já existe uma unidade histórico-geográfica. Podem desenvolver uma atividade bélica ou uma atividade diplomática.

## O Estado como principal entidade jurídico-política

Sentido Geral de Estado

O Estado é o principal modo de organização política e social. Este tem-se mantido estável apesar das ligeiras modificações que tem sofrido ao longo das épocas históricas e das diferentes conceções que têm surgido.

De qualquer forma, o Estado atual satisfaz os interesses dos cidadãos.

O Estado é a estrutura jurídica que, num determinado território, exerce o poder soberano em nome da comunidade de cidadãos a ele associado. Algumas das suas características são:

* **Complexidade organizatória funcional:** pela pluralidade de organismos, tarefas, competências, atividades que são necessárias para levar a cabo os seus objetivos;
* **Institucionalização dos objetos e das atividades:** havendo a oposição entre a realidade estrutural do Estado e os interesses particulares e pessoais dos que nele exercem funções, criando a ideia de personalidade coletiva;
* **Autonomia dos fins:** O Estado separa os seus fins, dos interesses individuais de cada cidadão, prevalecendo a ideia de bem-comum;
* **Originariedade do poder:** O Estado expressa-se em função do poder político de que é detentor. É ele quem se autodetermina e auto-organiza nos seus diversos planos de organização de funcionamento:
* **A sedentariedade do exercício do poder:** O Estado necessita de uma posição geográfico-espacial onde exercer, já que a sua atividade é vinculada a um território;
* **Coercibilidade dos meios:** O Estado é depositário supremo das estruturas de coerção, que podem aplicar a força física para fazer respeitar o Direito que produz e a ordem político-social;
* **Permanência e intensidade do respetivo poder político**

Os fins do Estado dividem-se em três vertentes:

1. **Segurança:** 
   1. Segurança externa – contra as entidades agressoras nos planos territorial, das pessoas e do poder:
   2. Segurança interna - manutenção da ordem pública, da segurança das pessoas e dos bens, evitação e repressão de danos de bens sociais e aplicação geral do Direito;
2. **Justiça:**
   1. Comutativa, quando se impõe estabelecer relações de igualdade;
   2. Distributiva, no sentido de dar a cada um o que merece pelo mérito, ou pela situação real.
3. **Bem-estar:** 
   1. Económico, pela provisão de bens que o mercado não pode fornecer;
   2. Social, pela prestação de serviços sociais e culturais a cargo do Estado;

O conceito de “Estado” acolhe duas aceções distintas, que designam diferentes perspetivas de estruturação:

* **Estado no Direito Constitucional:** Estado-poder e Estado-comunidade, conforme se quiser realçar respetivamente, o conjunto de órgãos, titulares, atribuições e competências ou o conjunto de pessoas (cidadãos) com os seus direitos fundamentais;

Nestes casos é a mesma pessoa coletiva pública que detém o poder constituinte e que interpreta o interesse público no exercício das funções legislativa e governativa.

* **Estado no Direito Internacional Público:** Enquanto pessoa coletiva participante das Relações jurídicas Internacionais que integram a sociedade internacional como o seu sujeito mais antigo e mais essencial na sociedade internacional.
* **Estado no Direito Administrativo:** Estado enquanto pessoa coletiva pública: Estado-Administração. Engloba as relações que o Estado estabelece com os cidadãos e com organismos da administração pública.
* **Estado no Direito Judiciário:** (Estado-Poder Judicial):Estado enquanto pessoa coletiva pública que desenvolve funções jurisdicionais através dos órgãos judiciais, administrando a justiça.
* **Estado no Direito Privado:** Estado enquanto pessoa coletiva que se submete ao Direito Privado em tudo o que não é regulado pelo Direito Público.

O elemento humano – o povo

Conjunto de pessoas, associadas a um Estado, que apresentam relativamente a este um laço vinculativo jurídico-político a que se chama cidadania. Ao conjunto de cidadãos de um Estado dá-se o nome coletivo de povo.

O vínculo jurídico-público entre os cidadãos e o Estado faz com que surja a necessidade de uma dimensão própria humana ou pessoal, na qual se evidencia a vertente comunitária.

**Nota:** Utilizar o termo cidadania em vez de nacionalidade, uma vez que nacionalidade pode ser utilizado por afins não humanos, como pessoas coletivas.

A importância da dimensão humana no Estado relaciona-se com o facto de os seus objetivos e atividades serem definidos e desenvolvidos em favor das pessoas. Por exemplo, a escolha dos governantes é feita através do voto dos cidadãos; o desempenho de cargos públicos é levado a cabo por cidadãos; a definição de prestações sociais é em função dos cidadãos e para estes; e o cumprimento dos deveres fundamentais relaciona-se com a defesa da Pátria por cidadãos.

Dentro do conceito de povo existem conceitos afins:

* **População:** Pessoas residentes ou habitantes no território estadual independentemente da cidadania;
* **Nação:** As pessoas que se ligam entre si com base em laços sociopsicológicos como a cultura, as tradições, a etnia… formando laços identitários;
* **Pátria:** O sítio onde viviam os pais, a terra dos antepassados, numa conjunção de fatores territoriais, histórico-culturais;
* **Nacionalidade (strico senso):** Qualidade atribuída a pessoas coletivas ou bens móveis registráveis, como as aeronaves ou os navios, que os associa a determinada Ordem Jurídica, tornando-a aplicável.

A relação jurídico-pública de cidadania pode ser vista em duas vertentes:

* **Estatuto:** Atribuição de um conjunto de posições jurídicas à pessoa que delas beneficia. Este conjunto varia em função da natureza das posições que se encontram presentes nesse estatuto:
  + - Posições ativas – direitos
    - Posições passivas – deveres
    - Posições constitucionais – atribuídas pela Constituição
    - Posições infraconstitucionais – de natureza internacional ou legal
* **Direito:** Traduz o percurso percorrido no sentido de se obter aquele estatuto estadual de respeito por algumas regras fundamentais, contribuindo para a ligação da pessoa à estrutura estadual;

O fenómeno de atribuição de cidadania baseia-se em dois grandes critérios:

* **Ius Sanguinis –** as relações de sangue, porque se os seus progenitores pertencem a uma certa cidadania esta favorece a ligação da pessoa a determinada estrutura estadual;
* **Ius Soli –** lugar do nascimento, justificando a atribuição da cidadania à ligação afetivo-territorial;

Elemento funcional – a soberania

O elemento funcional do Estado mostra a organização dos meios que se destinam a pôr em prática a atividade estadual de modo a alcançar os respetivos fins. Esta divide-se em duas esferas:

* **Soberania na ordem interna:** Representa a supremacia do Estado relativamente a outros centros de poder político, os quais lhe devem obediência e cuja existência é definida pelo próprio Estado;
* **Soberania na ordem externa:** Significa a igualdade e independência nas relações com outras entidades políticas, em especial dos outros Estados, nelas se reconhecendo diversos poderes como o direito de celebrar tratados (ius tractuum), o direito de estabelecer relações diplomáticas e consulares (ius legationus), o direito de apresentar queixa, o direito de exercer a legítima defesa e o direito de participar na segurança da comunidade internacional (ius belli).

O Estado possui a primariedade do poder político: o poder máximo da sua auto-organização, interna e externa – “Kompetenz-Kompetenz”, Competência das competências.

Esta competência consiste no facto de o Estado poder autodefinir-se na sua estruturação e em que outros poderes políticos, internos e externos, existam e se meçam em função das decisões do Estado.

No entanto, esta primariedade não significa a omnipotência do Estado. Este tem dois principais limites:

* **Axiológicos:** que se impõem à atuação de qualquer poder político e por isso também do poder soberano;
* **Lógicos:** que derivam da coexistência com outras entidades sobretudo na ordem internacional;

A soberania interna do estado implica que, dentro do seu território, este seja a autoridade máxima. É, assim, ao Estado que compete optar pela existência de outras entidades menores: entidades infra-estaduais.

Neste sentido, cabe também ao Estado definir a natureza, a intensidade e os limites do poder político associados a essas infraestruturas. Estas têm alguma autonomia para acionar meios próprios de ação política, tendo sempre o poder soberano estadual como referência, uma vez que é este quem determina os poderes que lhe são confiados.

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

* **Competências pessoais:** incidem sobre o conjunto de cidadãos, definindo o seu estatuto jurídico, começando por quem pode e não ser cidadão, se bem que as competências pessoais podem também incidir sobre as pessoas que residem no território.
* **Competências territoriais:** determinam que se reconheça ao Estado a capacidade de configurar, livremente, o regime da utilização e aproveitamento do território.

Por sua vez, a soberania externa do Estado, mantendo relações de independência e igualdade com as restantes entidades no seio do quadro internacional, simboliza a liberdade de as estruturas estaduais escolherem os seus vínculos contratuais e diplomáticos. Isto, sem que se possa aceitar a existência de autoridade que lhe sejam superiores, a não ser com o seu consentimento, ou que esse resultado seja uma consequência lógica da viabilidade da atuação internacional dos Estados.

No plano internacional, falam-se em três categorias de Estados:

1. **Estados soberanos**
2. **Estados semissoberanos:** não apresentam uma soberania plena no quadro das relações internacionais
   * + **Estados confederados:** a sua soberania é limitada nos assuntos que ficaram estabelecidos na estrutura confederativa (tratado que a fundou). A limitação não é total, pois mantêm capacidade nos domínios não abrangidos pela atividade da confederação que, por natureza, jamais absorve todos os assuntos.
     + **Estados vassalos:** Existência de um vínculo feudal no qual os Estados suseranos, em troca do exercício de poderes internacionais, conferem proteção e segurança ao Estado vassalo.
     + **Estados protegidos:** Estados que se colocam numa situação de menoridade relativamente ao protetor, a quem conferem um mandato para o exercício de certos poderes internacionais, em troca de proteção e ajuda.
     + **Estados exíguos (microestados):** Devido à sua pequenez territorial, apenas lhes são reconhecidos alguns poderes, não sendo totalmente aceites na capacidade jurídico-internacional.
     + **Estados neutralizados:** Devido a um ato unilateral interno ou a um tratado internacional, ficaram impossibilitados de participar em questões militares a nível internacional. Pode ser o próprio Estado a decidir não intervir em determinado conflito armado, tornando-se num Estado neutro.
     + **Estados federados:** São verdadeiros estados, mas por fazerem parte de uma confederação perdem parte da capacidade internacional.
     + **Estados-membros de organizações supranacionais:** Ao fazerem parte de uma organização supranacional perdem, para esta, parte da sua soberania internacional. As organizações podem impor as suas decisões aos estados mesmo contra a sua vontade.
3. **Estados não soberanos:** São Estados cuja soberania é apenas interna, carecendo na ordem internacional de atuação própria.
   * + **Estados federados:** pertencentes a federações mais amplas (EUA) mantêm a soberania interna, com os poderes que a identificam e estabelecem uma estrutura de separação entre o nível estadual e o federal. Não são considerados sujeitos de Direito Internacional por terem transferido a totalidade dos poderes de atuação internacional para o nível federal.
     + **Estados-membro de uniões reais:** mantêm a sua soberania interna, mas ao contrário dos Estados federados, alguns dos órgãos daqueles podem ser comuns à União real, numa lógica de fusão de poderes estaduais subjacentes com os poderes estaduais superiores.

Elemento espacial – o território

O território consiste no espaço geográfico onde o poder soberano se faz exercer. Vendo pela perspetiva inversa, é o espaço que se submete ao poder soberano. Este é também denominado como senhorio territorial ou domínio eminente. A soberania não faz sentido sem um suporte físico onde atuar.

Funções do elemento territorial:

* **Sede dos órgãos estaduais:** capital
* **Lugar de aplicação das políticas públicas o Estado, bem como de residência da maior parte dos cidadãos:** políticas, principalmente e cariz infra estadual para o maior bem-estar dos cidadãos;
* **Delimitação do âmbito de aplicação da ordem jurídica estadual**
* **Espaço vital de independência nacional:** Para além de um espaço de construção de uma identidade comum singular;

O conceito de território estadual deve ser afastado de outros conceitos afins:

* **Domínio do estado e das demais pessoas coletivas:** Direitos de utilização de bens coletivos que, devido à sua função, não podem ser objeto de comércio privado;
* **Domínio privado do estado e das demais pessoas coletivas:** Direitos de utilização de bens e serviços, permitindo a sua entrada no comércio privado, sujeitos à regra geral da disponibilidade jurídica;
* **Domínio privado das pessoas privadas:** não tem qualquer peculiaridade, ao denominar direitos reais comuns que se exercem sobre os bens;

A diferença entre estes conceitos relaciona-se com o facto de o senhorio territorial exprimir, de forma mais abstrata, a aplicação espacial do Direito Estadual, enquanto o domínio público e o privado são esquemas concretos de aproveitamento de bens que se integram na esfera jurídica das pessoas coletivas públicas.

No território soberano, o Estado organiza as suas competências segundo três características fundamentais:

* **Permanência:** O poder do Estado é duradouro;
* **Plenitude:** O poder do estado é exercido na máxima potencialidade possível;
* **Exclusividade:** O poder do estado não é partilhado com ninguém ao seu nível se soberania, sendo exercido exclusivamente no seu domínio territorial;

Teorias explicativas da ligação do poder estadual ao respetivo território:

* **Teoria patrimonial:** O direito sobre o território que, sendo dominial, teria as mesmas características de propriedade que o Direito Civil;
* **Teoria imperium pessoal:** O direito sobre o território exerce-se sobre as pessoas que nele se situam ou residem;
* **Teoria do Direito real institucional:** Semelhante à primeira mas atenuada pela função dos serviços estaduais;
* **Teoria da jurisdição ou senhorio:** O Direito sobre o território afeta pessoas e bens, nunca se comparando a um direito real. Tem sido a teoria mais correta pois não perdura qualquer apropriação dos espaços, mas só uma aplicação disseminada da Ordem jurídica estadual.

Existem três modalidades de território:

* **Espaço terrestre:** massa de terra seca, continental ou insular, onde o Estado, os seus órgãos e os cidadãos desenvolvem a sua atividade. Apesar da sua caracterização física pode incluir massas líquidas.
  + - **Terra seca:** porção de terra que se encontra acima do nível médio das águas;
    - **Cursos fluviais:** porções de água doce com corrente circulatória, que percorrem percursos de terra seca;
    - **Lagos e lagoas:** porção de água doce sem porção circulatória, que se encerram em espaços delimitados por terra seca.
* **Espaço marítimo:** abrange a porção de água salgada que circunda o espaço terrestre podendo, em alguns casos, abranger o solo e o subsolo marítimos.
  + - **Águas interiores:** porção de água salgada até ao limite interno do mar territorial;
    - **Mar territorial:** Porção de água salgada entre a linha de baixa-mar e o limite exterior de 12 milhas, a partir do limite exterior das águas interiores;
    - **Plataforma continental:** Solo e subsolo marítimos até ao bordo exterior da plataforma continental, ou no máximo, 350 milhas;
    - **Águas arquipelágicas:** massa de água compreendida entre a linha da baixa-mar, e o perímetro arquipelágico exterior;
* **Espaço aéreo:** Abrange a camada aérea subjacente ao espaço terrestre e marítimo até um limite superior a partir do qual se considera o espaço exterior (regulado por CCACI).

É possível observar casos em que existem poderes menos intensos que não são de soberania mas que, no entanto, são importantes vias de exploração:

* **Zona contígua:** Espaço delimitado entre as 12 e as 24 milhas a seguir ao mar territorial em que o Estado costeiro tem o poder de exercer poderes de fiscalização com vista a evitar ou reprimir violações às suas leis e regulamentos internos;
* **ZEE:** Espaço marítimo delimitado entre as 12 e as 200 milhas, a seguir ao mar territorial, nele o Estado exercendo direitos preferenciais de aproveitamento dos recursos biológicos vivos aí existentes, para além de poderes de jurisdição e fiscalização.

O Estado está permitido dentro dos limites gerais estabelecidos pelo Direito Internacional, a utilizar os espaços internacionais:

* **Espaços terrestres:** Espaços em que o estado pode desenvolver atividades em igualdade e liberdade com os outros Estados; Ex: Antártida
* **Espaços marítimos:** espaços em que o Estado pode fazer navegar navios e desenvolver quaisquer atividades permitidas; Ex: ZEE
* **Espaços aéreos internacionais:** espaços em que o estado pode retirar aproveitamento da atividade aeronáutica e radioelétrica

As vicissitudes do Estado

A realidade estadual pode ser vista de uma forma dinâmica. Ou seja, esta realidade não é eterna, teve um princípio e terá um fim, sofrendo, entre isto, transformações.

A essas transformações dá-se o nome de vicissitudes do Estado e estas podem assumir duas tonalidades:

* **Vicissitudes políticas:** Relacionam-se com mudanças no sistema político dos Estados, que originam implicações no sistema constitucional. Isto sucede, por exemplo, com o reconhecimento de governos provisórios e com situações em que a capacidade internacional dos Estado se altera.

Na maioria dos casos estas mudanças apenas dizem respeito aos sistemas constitucionais dos Estados, podendo alterar-se os seus regimes políticos, sociais ou económicos.

As vicissitudes políticas apenas se destacam no contexto internacional pela mudança da aparência do Estado, podendo diminuir ou aumentar a sua capacidade jurídico-internacional.

* **Vicissitudes territoriais:** Relacionam-se com alterações no elemento territorial:
  + **Vicissitudes aquisitivas:** Designam a emergência do Estado numa nova entidade jurídico-política que tem poderes de intervenção próprios. O aparecimento do Estado pode enquadrar-se nas seguintes situações:
    - Nascimento a partir de um processo de secessão: Manutenção do Estado anterior, surgindo um novo Estado através da separação territorial;
    - Nascimento a partir de um processo de descolonização política: com fundamento no movimento de descolonização internacional; Ex: PALOP
    - Nascimento por fusão num novo Estado de territórios que pertenciam a outros Estados: que se dissolvem, separam ou se desmembram de um Estado anterior em dois ou mais Estados.
  + **Vicissitudes modificativas:** Não se verifica o desaparecimento do estado; este apenas se modifica territorialmente. Concretiza-se segundo diversas formas:
    - Aquisição de parcelas territoriais: seja por fenómenos naturais ou jurídicos;
    - Perda de parte do seu território: por cataclismos naturais;
    - Coesão parcial e voluntária: havendo a decepação de parcela do seu território, a integrar noutro Estado ou a erigir-se, de forma autónoma, num novo Estado, através de um processo convencional; Ex: Portugal quando deu a administração de Macau à China;
  + **Vicissitudes extintivas:** Determinam o desaparecimento do Estado:
    - Desaparecimento físico do território;
    - Secessão extintiva: Quando o Estado se desagrega, integrando-se as suas partes noutros Estados já existentes ou dando origem a outros Estados; Ex: Desaparecimento da RDA por integração na RFA
    - Usucapião: Quando a posse de território alheio se altera em direito de soberania territorial;
    - Decisão unilateral: Um governo de facto ou uma organização internacional impõem a consequência jurídica da extinção de um Estado;

## A evolução do estado na História Universal

A periodificação da evolução histórica do Estado

O Estado é um testemunho da evolução humana. Essa evolução pode ser analisada através da demarcação de vários períodos específicos, carregados de traços fundamentais que os caracterizam.

Foi o alemão Georg Jellinek, na Teoria Geral do estado, que teorizou os vários tipos históricos de Estado através de um conjunto de critérios histórico-culturais.

Na proposta deste autor distinguem-se os seguintes tipos históricos de Estado: Estado Oriental, Estado Grego, estado Romano, Estado Medieval e Estado Moderno.

Há quem não concorde com a tipologia de Estado Moderno para o Estado em que nos encontramos na atualidade devido às tremendas alterações políticas e sociais impostas pelo Constitucionalismo. Isto porque o Estado Constitucional foi exatamente inventado por oposição ao Estado Moderno, na sua última versão de absolutismo monárquico.

O Estado Oriental

O Estado Oriental caracteriza a primeira entidade político-estadual conhecida. Esta assinala diferentes tipos de governação experienciados na Mesopotâmia, no antigo Egito e no antigo Israel (séculos antes da era cristã).

Características mais relevantes:

* **Elevada extensão territorial:** de acordo com a grandiosidade cultural e política dos impérios;
* **Regime teocrático:** Fusão entre o poder político e religioso, predominando a dimensão religiosa sobre a política;
* **Sistema monárquico:** o Chefe de Estado, com dignidade régia, governava segundo essa legitimidade;
* **Acentuado escalonamento e estratificação social:** com uma profunda hierarquia entre os diversos grupos sociais;

O exemplo mais característico destas características foi a Mesopotâmia, situada na Ásia Menor entre os rios Tigre e Eufrates. No plano jurídico-político desta unidade territorial destaca-se a edição do primeiro código jurídico, o Código Hammurabi.

O Estado Grego

A Grécia Antiga caracteriza-se pelas experiências de organização política que ocorreram no seu território antes da hegemonia romana.

Existiram diversos Estados Gregos, muitas vezes distintos e com rivalidades entre si a nível político-social, o que suscitava, muitas vezes, um clima de lutas armadas. O caso mais conhecido neste contexto é o das cidades-Estado de Atenas e Esparta.

Ainda assim, estas tinham alguns elementos comuns:

* Diversidade dos regimes políticos experimentados;
* Pequena dimensão dos territórios políticos, todos eles construídos em torno da Pólis grega;
* Proximidade da esfera religiosa e civil, muitas vezes aceitando-se o politeísmo;
* A filosofia manifestada na reflexão quanto à condição humana;

**Democracia ateniense:** A cidade-Estado de Atenas foi a experiência mais famosa, tendo acolhido uma organização política de base civil e democrática.

Atenas tinha um órgão executivo de tipo monárquico, um órgão parlamentar (Areópago) e um órgão de natureza judicial.

A democracia ateniense distinguiu-se pela abertura do parlamento aos cidadãos detentores de direitos políticos, numa lógica de igualdade (isonomia) e de liberdade (isegoria), apesar de as mulheres e os escravos serem excluídos destes direitos. A democracia participativa ficava aquém da dos dias de hoje, uma vez que a liberdade privada não era reconhecida ou apreciada. Por oposição, era dada grande importância à liberdade pública (política).

**Militarismo de Esparta:** A cidade-Estado de Esparta acolheu a organização política militarista, em que a liberdade individual se associava às exigências de defesa do território, através de um conjunto de deveres pessoais e sociais.

Esparta registou a primeira experiência de monarquia bicéfala, mais tarde evoluindo para uma obligarquia (governo em que o poder está concentrado nas mãos de pequeno número de indivíduos ou de poucas famílias).

O Estado Romano

O Estado romano engloba um período da História de um milénio: desde a criação de Roma até ao fim do Império Romano com a chegada dos povos bárbaros.

Ao longo deste tempo, considerando as diferentes fases político-jurídicas, é possível assinalar alguns contributos:

* **A acentuação do fator territorial:** com a expansão do Estado romano;
* **A diversidade sucessiva de experiências políticas dispares:** monarquia, república e dominato (monarquia despótica e militar);
* **Relação de domínio do poder político sobre fator religioso:** com interferência do primeiro poder no regime de cesaropapismo[[1]](#footnote-1), primeiro no paganismo e depois no cristianismo;
* **Preocupação com a construção dos grandes alicerces do Direito e das suas fontes:** sobretudo a ideia de publicidade nas fontes de natureza legal, de que foi exemplo a Lei das XII Tábuas;
* **Afirmação de vários direitos de cidadania romana, aquela integrando um feixe de direitos públicos e privados:** como direitos públicos (ius suffaggii e ius honorum) e direitos privados (ius connubium e ius commercii);

Quanto à organização política, houve uma separação de três fases:

* **Fase monárquica:** Roma foi governada por um *Rex*, eleito a título vitalício;
* **Fase republicana:** desde a revolução republicana de 509 a.C. até à fundação do dominato, com a multiplicação e diferenciação funcional das magistraturas governativas, cargos marcados pela elegibilidade, colegialidade e temporariedade;
* **Fase dominal:** sucessivamente de principado e de império, nela se tendo assistindo à progressiva concentração de poder no *prínceps*.

A monarquia incluía a existência de três órgãos:

* **Rei:** concentrava em si todo o poder executivo (civil, militar, judiciário e religioso). Era escolhido pelo senado, que assumia funções quando este cargo ficava vago, a título vitalício, sendo confirmado para o cargo pela Comitia Curiata.
* A Assembleia Curiata era composta exclusivamente por patrícios e exercia funções legislativas, judiciais, eletivas e administrativas.
* O Senado, constituído pelos chefes das gentes, tinha funções relativamente ao Rei, exceto em caso de vacatura do cargo.

Com a revolução do ano 509 a.C., instaurou-se a República, que não estabeleceu uma completa rutura com o passado monárquico, conservando dois dos seus órgãos: as Assembleias Populares e o Senado. Substituiu o rei pelos cônsules e multiplicou as magistraturas.

* **Consulado:** 2 magistrados (poder executivo) – 1 ano; Direito de veto sobre as decisões um do outro;
* **Assembleias Parlamentares:** (cairiam rapidamente em desuso) Reconhecendo a crescente importância social da plebe (poderes eletivos, legislativos e judiciais);
* **Senado:** não exercia funções legislativas, inicialmente, funcionando como órgão auxiliar dos cônsules, obtendo mais poderes progressivamente;

A expansão territorial do Estado Romano, juntamente com as crises económicas e militares, determinariam a evolução do Estado para o Dominato com o fortalecimento do poder executivo:

* **Primeiro com o *prínceps*** (paralelamente eram mantidos alguns órgãos da fase Republicana).

Nesta época as Assembleia populares perderiam importância em favor do Senado, que recupera prestígio e partilha o poder com o *prínceps;*

* **A partir da reforma do Diocleciano, em 248 d.C**. que dividiu o Estado Romano em 2 partes (oriental e ocidental).

Estabelece-se um último momento de imperium com total de concentração do poder político no imperador, vitaliciamente designado pelo Senado que volta a decair nesta fase.

O período do estado romano ficou também assinalado pelo seu contributo para a construção de vários edifícios jurídico-políticos, assim como em geral para a própria edificação de um Direito Público, que só viria a ser verdadeiramente reconhecido pelo Constitucionalismo. Eis alguns desses aspetos:

* Preocupação com a participação popular nas assembleias
* Complexidade organizatória do poder político
* Formalização da produção do Direito e o relevo da jurisprudência e da doutrina na respetiva densificação

Estado Medieval

O Estado Medieval compreende a Idade Média, que se destacou pela expansão do cristianismo, pela projeção político-social e pela adoção das ideias dos povos bárbaros, o que resultou na destruição do Império Romano do Ocidente. O período medieval assinalou-se ainda pela revolução agrária e comercial, pelo nascimento de cidades e pelo incremento cultural (criação de universidades).

As formas políticas de governo caracterizaram-se pela simplificação dos mecanismos governativos. A forma política que predominou na época medieval foi a monarquia. Esta estava de acordo com a tradição germânica, em que o rei era escolhido com base num critério de sucessão hereditária, optando os estados pela lei sálica[[2]](#footnote-2) – somente na escolha dos varões – ou pela liberdade nessa indicação e sem tal restrição sexual.

A nível de organização político-territorial, o Estado Medieval assistiu à perda de parcelas fundamentais de poder político por dois movimentos:

* **Movimento centrípeto:** a favor das estruturas infra-estaduais, verificando-se a proliferação de novas unidades políticas dentro do Estado, os senhorios feudais (feudalismo). Estes consistiam em porções de território, integrados no Estado, mas com poderes de natureza política, militar, judicial e fiscal.
* **Movimento centrífugo:** em favor de estruturas supraestaduais, dando preponderância ao Papado e ao Imperador, e dando lugar à emergência do Sacro Império Romano-Germânico. Assim se dá o dualismo cristão, redundando na superiorização do poder espiritual sobre o poder temporal, nos termos do conhecido hierocratismo[[3]](#footnote-3) medieval:
  + Santo agostinho, com a distinção entre o governo da cidade de Deus e o governo da cidade dos homens;
  + Papa S. Gelásio I, com a sua “teoria dos dois gládios”, com dois poderes distintos, o espiritual e o temporal;

Mesmo com a queda do Império romano do ocidente, a religião cristã expandiu-se, favorecendo a concentração do poder espiritual no Pontífice Romano. A recomposição do Império Romano do Ocidente foi protagonizada por Carlos Magno, sendo continuada pelo Sacro-Império Romano-Germânico, fundado por Otão I. Isto significou a perda de poder do esvaziamento das unidades político-militares, para resultar na centralização do poder imperial.

O cristianismo veio introduzir grandes diferenças, através do Novo Testamento, separando o poder espiritual do temporal, ou seja o poder político do religioso.

O Estado Moderno

Período da História Moderna entre o Renascimento e o início das Revoluções liberais (séc. XVIII), que marcou uma viragem do Estado, no plano do poder político. Esta viragem manifestou-se, sobretudo, na emergência de formas de ditaduras soberanas, como o absolutismo.

A divisão religiosa, provocada pelo protestantismo e pela afirmação do poder civil, resultaria na igualdade de Estados e na conceção de poder político centrada no Estado.

Este novo tipo histórico foi criado gradualmente a partir das ideias de alguns pensadores da época:

* **Maquiavel:** teorizou a necessidade de fortalecimento do Estado numa perspetiva político-militar;
* **Bodin:** Conceito de poder político estadual liberto, no qual consistiria o poder de legislar sobre os súbditos sem o seu consentimento, conhecendo alguns limites (mandamentos divinos, leis naturais e certos limites gerais do Direito);
* **Hobbes:** Contrato social: os cidadãos, para se preservarem e evitarem a guerra, cederiam ao Estado o poder sobre eles próprios;

A idade medieval instalou-se sobre novos vetores:

* Intensificação do poder estadual como recurso de soberania, tanto na ordem internacional como interna;
* Dominação do poder religioso pelo poder político;
* A construção de novos estados com base nas nações subjacentes;

A modernidade estadual nasceu com uma marca de racionalidade e voluntariedade[[4]](#footnote-4) na criação do poder político, em oposição ao teocratismo[[5]](#footnote-5) e naturalismo medievais.

O Estado Moderno tem vários subtipos:

* **Estado Estamental:** Dualismo rei-reino: o princípio monárquico limitava-se a decisões que tinham de ter consenso nos diferentes estratos sociais, presentes nas assembleias estamentais:
* **Estado Absoluto:** Abolição dos estamentos e concentração do poder público no rei segundo uma conceção religiosa que reconhecia em Deus um limite à sua atuação;
* **Estado de Polícia:** Marcou o fim do absolutismo e concretizou a mudança para um poder fundado não na legitimidade divina mas sim na racional. É também conhecido como “Despotismo Iluminado/Esclarecido”;

Nesta época, apesar dos avanços político-doutrinários, a situação absoluta do rei não conhecia limites. Como tal, não havia preocupação com a defesa dos cidadãos, com a ausência jurídica, ficando o Estado Moderno conhecido como uma “época de todas as ausências”:

* **Ausência de “direitos fundamentais”:** não havia proteção contra o poder arbitrário do poder público;
* **Ausência de “cidadania”:** as pessoas eram autênticos súbtidos submetidos à arbitrariedade do poder;
* **Ausência da “representação” e de “democracia”:** a monarquia e os parlamentos não tinham qualquer consciência democrática;

Estado Contemporâneo

O Estado Contemporâneo decorre desde o século XVIII até à atualidade, apresentando inúmeras ruturas com a Idade anterior.

O Estado Constitucional não evoluiu uniformemente desde o século XVIII, verificando-se diversas fases com distintos tipos constitucionais de Estado: Estado Liberal, Estado Socialista, Estado Fascista, Estado Social e Estado Pós-Social;

A característica mais marcante do estado Contemporâneo é a sua conceção como Estado de Direito, ou seja, o estado submete-se ao Direito que contém, efetivamente, o poder.

No Estado Contemporâneo há um afastamento do poder arbitrário e dá-se uma evolução no sentido da estruturação do poder político. Este passou a submeter-se a uma medida de decisão, num sentido material e formal, que evita que se submeta, contrariamente, aos desejos dos titulares do poder político.

A ideia de limitação do poder político oriunda do estado de Direito permite assinalar as seguintes orientações:

* **A afirmação de uma legalidade constitucional voluntária e escrita:** a qual era superior às demais;
* **O reconhecimento de um conjunto de direitos fundamentais decorrentes da condição humana:** anteriores e superior ao poder político;
* **A separação ente o poder político e o fenómeno religioso;**
* **A origem liberal e democrática do poder político: c**om base na soberania popular, na democracia representativa, na divisão dos poderes e na proposta do princípio republicano;

A importância de uma Constituição verifica-se no domínio formal e material, limitando o arbítrio do poder político em ambos os casos:

* **Ponto de vista formal:** A Constituição sendo escrita e formal, e sendo aprovada por um processo formal que a tornava rígida, tornava-a também menos suscetível a ser modificada ou revogada;
* **Ponto de vista material:** a constituição, sendo baseada nos princípios da separação de poderes, representação liberal da soberania nacional e proclamação dos direitos fundamentais liberais, protegeria melhor o indivíduo contra a ação do Estado;

Enquanto estado de Direitos Fundamentais, o Estado contemporâneo, proclama os direitos fundamentais liberais nos textos constitucionais, assegurando a segurança jurídica do cidadão numa conceção jusnaturalista. Esta conceção relaciona-se com a superioridade do ser humano e cidadão face ao Estado que se limita a reconhecer-lhe direitos, não a criá-los.

Enquanto Estado Laico, manifesta a divisão entre o poder político e religioso, verificando-se o laicismo: o estado aceita as religiões mas não toma partido por nenhuma. Isto afirma o princípio democrático na intenção de “vingança” pela religião ter sido um modo de fortalecer o poder na Idade Moderna.

A relação entre o Estado Contemporâneo e o fenómeno religioso verificou-se em três aspetos:

* O combate do fenómeno religioso por parte do poder político, numa visão laicista do estado;
* A separação colaborante entre os dois domínios;
* A separação neutral, sem intervenção, entre o poder político e o poder religioso, com um tratamento igual das confissões religiosas;

Por fim, enquanto Estado democrático e republicano aponta-se:

* **O princípio da soberania popular:** sendo os cidadãos, não súbditos, mas titulares do poder político;
* **A democracia representativa:** O poder político é concebido em função dos interesses dos cidadãos, sendo os cidadãos ativos os portadores da soberania;
* **Os Direitos fundamentais de natureza politica:** através dos quais se exercia a soberania. Num primeiro momento constituinte (quando as constituições são votadas democraticamente ou referendadas), ou em momentos posteriores de construção quotidiana política (quando a legislação ordinária é elaborada por parlamentos eleitos);
* **O alastramento do princípio republicano:** relacionado à democracia e à separação de poderes;

## O Estado Constitucional da Idade Contemporânea

O Estado Liberal do século XIX – Doutrina liberal

O estado contemporâneo começou por ser um Estado Liberal, em oposição ao período anterior, de acordo com três aspetos:

* A positivação dos direitos fundamentais de defesa, em reconhecimento da anterioridade do Homem em relação ao Estado;
* A ideia de um poder estadual com separação de poderes, acrescentando-lhe a implantação do governo liberal e representativo restrito: a participação dos cidadãos não era muito forte em consideração dos limites no sufrágio político;
* A organização económica e liberal de caráter fisiocrático[[6]](#footnote-6) libertando o Estado do estorvo da sociedade estratificada;

A Doutrina liberalista gerou, também, uma nova conceção de pessoa e sociedade:

* **Individualismo:** o indivíduo tornou-se o centro da ação política, limitando-a;
* **Direitos de defesa**: os Direitos fundamentais eram uma área do cidadão em que o Estado não podia intervir;
  + Direitos civis: personalidade e capacidade jurídica;
  + Direitos políticos: representação política – princípio da soberania popular;

Neste sentido, a principal característica do estado Liberal foi a afirmação da liberdade individual negativa, em que o Estado assumia um dever geral de abstenção na sociedade, reconhecendo a liberdade política, económica e de ação dos cidadãos.

No domínio da organização política vigorava o princípio da separação de poderes (Montesquieu), cabendo a cada órgão um diferente poder público. Para além deste, manifestava-se o princípio democrático (representatividade e poder do povo), em substituição do antigo princípio aristocrático.

A nível económico-social, o estado Liberal consagrou o liberalismo económico, relacionado ao fisiocratismo, cuja doutrina não permitia a intervenção do poder político na economia.

A este Estado, Lassale dá o nome de Estado “guarda-noturno”, porque as suas funções eram de policiamento, e não de intervenção política ou social.

O Estado Totalitário Socialista

O Estado Socialista, ou totalitarismo de esquerda, inspirado na revolução Bolchevique de 1917, foi o Estado que constituiu a união soviética, com inspiração nas doutrinas marxistas e leninistas. Esta experiência terminou no fim do séc. XX com a queda do Muro de Berlim (1989) adjuvada pela Perestroika implementada por Gorbatchev que, ao tentar aperfeiçoar o sistema, acabou por aniquilá-lo.

São elementos exclusivos deste sistema a exclusividade da lei e a nula autonomia decisória do juiz.

O Estado socialista assentou numa ideologia de revolução social, da qual se salientam os seguintes tópicos:

* **A luta de classes como motor da História** numa oposição entre povo oprimido (proletários) e povo opressor (capitalistas);
* **Explicar-se a periodificação Histórica pela luta de classes** segundo os diferentes estádios: comunismo primitivo, esclavagismo antigo, feudalismo medieval, socialismo científico e comunismo;
* **Atribuição temporária do poder exclusivo ao proletariado:** ditadura do proletariado;
* **Abolição, na fase final do comunismo, das classes sociais, do Estado e do Direito**;

O estado Socialista viria a espalhar-se, de forma pouco uniforme, vigorando sob a forma de diferentes experiências:

- Estado Socialista Soviético, a partir da Revolução Bolchevique de 1917;

- Estado Socialista Chinês, a partir da Revolução de 1949;

- Estado Norte-Coreano a partir da guerra da Coreia;

**-** Estado Socialista Cubano, a partir da Revolução Castrense de 1959;

Os regimes comunistas vigorariam noutros países comunistas, sobretudo por influência da URSS. Estes regimes, com a queda do Muro de Berlim, implantariam modelos de Estado Democrático e Social.

A construção do Constitucionalismo soviético ordenou-se em diversos momentos históricos:

1. Revolução Bolchevique (1917), transformação da Rússia em URSS com a aprovação da primeira Constituição em 1918;
2. 2ª Constituição (1924) – Lenine
3. 3ª Constituição (1936) – Estaline
4. 4ª Constituição (1977 – Brejnev

A conceção socialista abandonou os critérios liberais, desviando-se do Estado de Direito. Neste contexto, a Constituição perderia a sua função garantística dos Direitos fundamentais e limitadora do poder, tornando-se num instrumento de afirmação da ideologia socialista.

O Direito passaria a funcionar em benefício da ideologia, centralizando-se na Lei. Aboliu-se o costume, e a jurisprudência passou a ter uma função notarial, com a simples atividade confirmativa dos atos legislativos.

**Direitos fundamentais:**

* Proteção dos cidadãos ideologicamente limitada;
* Conceção restritiva de cidadania;
* Direitos fundamentais vinculados à ideologia, vistos como direitos naturais, de cariz económico e social;
* Ainda que formalmente reconhecidos, os direitos de natureza liberal, civis e políticos foram afastados;

**Organização económica:**

* Os textos constitucionais passam a ocupar-se desta matéria;
* Abolição da propriedade privada;
* Os meios de produção tornam-se públicos;
* O mercado cede perante a economia de direção central;

**Organização política:** Era uma organização piramidal, em que o poder se estratificava da base para o topo, e se rejeitava a separação dos poderes. A estratificação era composta por quatro níveis: Estados e Repúblicas, comarcas rurais e urbanas, povoações e localidades. Excecionalmente admita-se esquemas especiais de administração: Repúblicas autónomas, territórios e regiões.

No topo da pirâmide existiam os seguintes órgãos, marcados pela ideia de colegialidade:

* **Soviete Supremo:** Assembleia de 1500 membros, dividida em duas câmaras – Soviete da União e Soviete das Nacionalidades;
* **Presidium do Soviete Supremo:** Era eleito pelo Soviete Supremo e funcionava no tempo em que este não se reunia, com poderes por ele delegados, Exercia competência no plano internacional, político e de defesa;
* **Conselho de Ministros:** eleito pelo soviete Supremo, com competências administrativas, incluindo a organização económica e algumas funções legislativas;
* **Tribunais:** distribuídos pelos vários níveis de poder, sendo os juízes eleitos pelo soviete correspondente ao respetivo escalão;

Vigorava o princípio de centralismo democrático que se manifestava na existência de um só partido, o PCUS – Partido Comunista da União Soviética.

Este surgiu como estrutura omnipresente e paralela do Estado, influenciando as diversas instâncias do poder político. Organizava-se numa pluralidade de órgãos colegiais:

* **Congresso:** órgão máximo; reunia quinquenalmente;
* **Comité central:** com cerca de 300 membros era o órgão fundamental da ação política; reunia de 6 em 6 meses;
* **Politburo e Secretariado:** órgãos do quotidiano que funcionavam nos intervalos; ao primeiro cabiam decisões políticas e ao segundo decisões mais burocráticas;

China

A experiência totalitária Chinesa fundou-se no pensamento de Mao Tsé-Tung, em 1949, estabelecendo a República Popular da China. Esta tinha como traços gerais:

* Conceção da revolução socialista em duas fases**:** primeiro numa fase democrática, e só depois numa fase socialista;
* Radicação da revolução chinesa na aliança entre operários e camponeses;
* Apoio das forças armadas no desenvolvimento da revolução chinesa;
* Perspetiva nacionalista da revolução chinesa, sem intuitos imperialistas de expansão;

A experiência Constitucional desta república manifestou-se em três períodos:

1. Período Inicial: Implantação do sistema socialista – Constituição de 1954
2. Período Intermédio: consolidação do sistema com a Revolução Cultural – Constituição de 1975
3. Período atual: reforma interna a partir de Deng Xiao Ping: um país, dois sistemas – Constituição de 1978

A atual CRPC data de 1982, tendo já sido revista. Esta corresponde às seguintes preocupações:

* O fundamento do Estado é a aliança entre camponeses e operários;
* A lógica do sistema político é a da estruturação piramidal dos poderes;
* A conceção dos poderes do estado, não obstante os diversos órgãos como o Congresso Nacional Popular, Presidente e Vice, Conselho de Estado e, é da sua concentração no primeiro órgão, o órgão supremo de poder político que pode destituir todos os restantes;
* A organização económica apoia-se num entendimento coletivista

Cuba

Cuba é um Estado Comunista moldado à imagem de Fidel Castro, o herói da Revolução Comunista Cubana em 1959.

O seu texto Constituinte data de 1976, com revisões posteriores, e denota os elementos fundamentais do marxismo-leninismo, não obstante algumas particularidades do pensamentos comunista cubano:

* **Fundamento:** Cuba é um estado Socialista de trabalhadores, independente e soberano, organizado com todos e para o bem de todos, como república unitária e democrática;
* **Unicidade do poder popular:** A soberania reside no povo;
* **Partido Único:** O Partido Comunista de Cuba é a força dirigente superior da sociedade e do Estado;
* **Propriedade Pública:** Vigora o sistema económico baseado na propriedade socialista de todo o povo sobre os meios fundamentais de produção;
* **Parlamento Nacional como órgão Supremo:** A Assembleia Nacional do poder popular é o órgão supremo máximo do poder do estado. Representa e expressa a vontade soberana de todo o povo.

O Estado totalitário fascista

Os regimes totalitários (de direita) surgiram após a I Guerra Mundial. Nas suas expressões mais drásticas, foram experiências de curta duração que, do ponto de vista ideológico, não têm uma corrente uniforme:

- **Itália (1922)**: Mussolini – regime fascista

- **Alemanha (1933):** Hitler – regime nacional-socialista (nazi) com intuito expansionista e racista

- **Portugal (1926-1974):** Salazar e Marcello Caetano – regime autoritário

- **Espanha (1939-1976):** Franco e Caudilho – regime nacionalista e tradicionalista

Aspetos comuns das doutrinas fascistas:

* **Ausência da liberdade e pluralismo político:** monopartidarismo e repressão política;
* **Repúdio do parlamentarismo liberal:** acusando a sua ineficácia política; predomínio do poder executivo, culto de personalidade ao chefe e exaltação da conceção militarista do Estado;
* **Aceitação de uma economia capitalista de raiz:** dirigistas e nacionalistas;
* **Conceção transpersonalista do Estado e do Direito:** o individualismo liberal deveria ceder o passo ao interesse coletivo

Em matéria de direitos fundamentais, os regimes fascistas mantinham os direitos de natureza liberal, invocando a necessidade de segurança do Estado. No entanto, apesar de os manterem, reprimiam-nos em prol da Nação.

Em prol desta segurança, muitos foram os mecanismos de controlo da opinião pública: censura, polícia política e limitação de direitos de reunião, de manifestação, de associação, de expressão.

O repúdio aos direitos económicos e sociais fazia-se notar na conceção corporativista da economia, imposta de baixo para cima por parte do Estado. A questão social e a organização do trabalho era revestida pela manipulação de representações sindicais, ao serviço do Estado. Para se aceder a certos cargos, como a cargos públicos, era exigida uma declaração de fidelidade pública.

No plano da organização do poder político:

* Conviveram com formas institucionais já existentes, não havendo inovação neste sentido;
* Intensificação do poder executivo e desvalorização do poder parlamentar
* Abolição da separação de poderes
* Conjunto de estruturas de unificação política do poder:
  + Imposição de um único partido político
  + Profissão de fé na ideologia do regime na admissão à função pública

A organização económica era marcadamente liberal (propriedade privada e mercado) com algumas limitações:

* Internamente: Privilégio de alguns grupos económicos e condicionamento da atividade industrial e comercial;
* Externamente: Medidas protecionistas.

Estado Social do século XX

Após a II Guerra Mundial, começou a emergir um novo tipo de Estado: o Estado Social, para o qual o contributo do fascismo alemão e italiano, e a experiência mexicana foram importantes.

Por oposição ao contributo destas experiências, a preocupação pelo pluralismo democrático e liberal do Estado Social, implicava intervenção do Estado a nível prestador e regulador, propiciando ao cidadão liberdade de participação na definição da governação.

A questão social do séc. XIX contribuiu para trazer à superfície as contradições do liberalismo político e jurídico puro, sem qualquer intervenção social do estado.

Assim, o Estado Social surgiu no contexto de alterar estas contradições e reerguer e Europa dos danos da guerra.

Tem como características três principais aspetos:

* **O aparecimento de novos direitos fundamentais**, em nome de uma igualdade social e reduzindo a liberdade individual;
* **A sofisticação de diversos mecanismos de organização do poder político:** abolição do dogma da separação rígida de poderes e favorecimento de mecanismos de participação democrática;
* **Criação de uma organização constitucional de economia:** para levar à prática vários objetivos de intervenção social;

Neste contexto surgem os direitos fundamentais sociais ou de 2ªgeração: positivando vantagens de igualdade em favor dos cidadãos: acesso à saúde, à educação, à segurança social…

Mesmo os direitos fundamentais de defesa passam a ser limitados por cláusulas em função dos interesses gerais da comunidade.

A organização económica passa, a partir desta altura, a pertencer ao programa constitucional. Neste tipo de estado estabelecia a intervenção económica do estado como sujeito ordenador desta atividade e associa-se a tributação ao princípio da progressividade, resultando num crescimento do setor público das funções sociais do Estado.

O Estado Pós-Social do século XXI?

A entrada no novo milénio evidenciou um conjunto de problemas que colocaram em dúvida o estado Social, pelo menos o modo como ele teria sido concebido e aplicado. Era a “Crise do Estado Social”. Esta radica na:

* **Insuficiência do aparelho social** que criou com direitos económicos e sociais, fazendo aumentar a carga fiscal e gerando diversas ineficiências na gestão de recursos;
* **Globalização** que derrubou fronteiras em todos os setores;

Na perspetiva da proteção de Direitos Humanos, aparecem os Direitos de 3ª e 4ª geração (pós-modernistas). Estes direitos vão surgindo com o aparecimento de novas necessidades e desafios. Alguns dos desafios com que o estado se deparou foram:

* Desafios da degradação do ambiente (Direitos de proteção ao ambiente)
* Desafios do progresso tecnológico (Bioética)
* Desafios do multiculturalismo das sociedades (Direitos de defesa das minorias)

As mudanças do estado Pós-Social são visíveis nas múltiplas dimensões da organização do poder estadual. Estes sinais de mudança são visíveis na configuração do exercício do poder público e nas relações que mantém com os cidadãos, afirmando-se a intensidade da democracia primitiva, sem colocar em causa a democracia representativa que fortemente a condiciona:

* No uso constante de sondagens
* Na abertura permanente de decisão política aos contributos dos grupos de interesses
* Na possibilidade de os cidadãos, pela petição e iniciativa legislativa popular, poderem impulsionar o procedimento administrativo.

Esses sinais também se verificam na configuração e execução dos direitos fundamentais dos cidadãos, com a concorrência entre os esquemas públicos, privados e sociais.

Coloca-se a questão: serão estas alterações mais estruturais do que conjunturais?

**- Sim -** mudanças são acertos normais num longo percurso que é o do Estado social, não tendo a virtualidade de sugerir uma transição para um novo modelo de Estado.

**- Não (Bacelar) –** mudanças são muito fortes, até por força do influxo da própria globalização e multiculturalismo que lhe está subjacente.

## A criação do Estado Português

A formação e a evolução de Portugal

A formação de Portugal remonta à Idade Média. A partir daí, é possível associar diferentes momentos do estado às diferentes épocas históricas. A proposta de Marcello Caetano é a seguinte:

* Período medieval: nascimento e alastramento do Estado;
* Período moderno: expansão territorial além continental e fortalecimento do poder real, tirando os 60 anos sobre o domínio filipino;
* Período contemporâneo: redução europeia e Constitucionalismo; crise da monarquia, I República, II República autoritária e nacionalista e a III república, a atual, democrática e social.

A origem do Estado português remonta a 1179, ano em que o Papa Alexandre III reconheceu D. Afonso Henriques como rei e Portugal.

Contudo, D. Afonos Henriques já era apelidado rei desde 1139, data da Batalha de Ourique, e reconhecido como tal por Castela desde o tratado de Zamora em 1143.

A partir do século XV, Portugal distinguiu-se nos Descobrimentos, alargando o seu território pelas Províncias Ultramarinas.

Entre 1580 e 1640, Portugal viveu um período de união com Espanha, no qual Portugal era também reinado pelo rei Espanhol da altura, o que, apesar de tudo, não colocou Portugal numa crise jurídica.

No entanto, foi a partir de 1820, com a Revolução liberal, que apareceriam os primeiros textos Constitucionais, iniciando-se também o período da Idade Contemporânea. Neste período distinguem-se ainda diferentes fases, marcadas por diferentes textos constitucionais.

O elemento Humano: os cidadãos portugueses

Aos cidadãos portugueses corresponde o conjunto de pessoas que se vinculam ao Estado Português por um laço jurídico-público de cidadania.

O regime de cidadania em Portugal obedece a duas fontes: as normas e os princípios constitucionais e a Lei da Nacionalidade.

A Lei da Nacionalidade portuguesa estabelece vários quadros de conceção:

* Atribuição originária pelo nascimento
* Aquisição por efeito da vontade
* Aquisição por efeito de adoção (os pais adotivos transmitem a sua cidadania aos filhos)
* Aquisição por naturalização

O vínculo de cidadania também pode ser visto pelo prisma da sua perda, prevendo-se a renúncia, que só não pode ser efetuada em caso de resultar em apolidia.

São dois os critérios que costumam ser utilizados para estabelecer a conexão de uma pessoa a um Estado:

* **Ius sanguinis:** a cidadania permanece na descendência, independentemente de outros critérios;
* **Ius Soli:** a cidadania atribuída é a associada ao local do nascimento;

Normalmente estes sistemas transformam-se em sistemas mistos, ainda que um possa predominar sobre o outro. Por exemplo, no caso prático Português:

1. Os filhos de pai ou mãe portuguesa são sempre portugueses nascidos em Portugal ou no estrangeiro;
2. Os indivíduos nascidos em Portugal só são portugueses se não possuírem outra cidadania, se:
   1. pelo menos um dos progenitores aqui tiver nascido;
   2. os pais forem estrangeiros (não estiverem ao serviço do estado) e declararem querer ser portugueses;
   3. um dos progenitores residir em Portugal há mais de cinco anos;

A cidadania portuguesa, num efeito em relação à Ordem Jurídica, não se resume ao aspeto da sua atribuição, mas garante:

* A capacidade para eleger e referendar, nos termos do direito do sufrágio;
* A exclusividade do acesso aos cargos políticos mais relevantes;
* Obrigação de defender a Pátria, em caso de necessidade;

O elemento funcional: a soberania portuguesa

A soberania portuguesa encontra-se explicitada na CRP. Da explicação da origem do poder estadual, tendo por referência o critério da primariedade, retira-se que são vários os elementos normativo-constitucionais que o compõem:

* A ideia de o texto constitucional ser o produto da vontade do povo soberano;
* A clareza na afirmação do princípio da constitucionalidade (O texto constitucional é o fundador da ordem jurídica Estadual);
* As limitações materiais da CRP no processo de revisão;

Portugal é soberano a nível interno e externo:

* **Nível interno:** todos devem obediência ao estado através da sua Constituição, onde é definida a validade dos atos jurídicos;
* **Nível externo:** as relações internacionais portuguesas devem ser marcadas pelo respeito da independência nacional, dos outros estados e de si próprio, princípio que se verifica nas tarefas fundamentais do Estado e na matéria dos limites materiais da revisão constitucional

Dentro do território português, o poder político soberano desenvolve-se conjuntamente com outras estruturas que, apesar de terem autonomia política, não são de soberania. É o caso das regiões autónomas, das autarquias locais e de outras entidades administrativas.

O território português

O território português aparece delimitado na Constituição Portuguesa, que esclarece os seus diferentes espaços. Este território engloba as três categorias: terreste, marítimo e aéreo.

No que diz respeito ao espaço terrestre, a CRP adota a técnica da cláusula geral, afastando-se da enunciação das respetivas parcelas. Na sua enunciação existe um equívoco em “território historicamente definido no continente europeu e arquipélagos”, o que dá a entender que o território é apenas composto por terra seca, não compreendendo espaço marítimo e aéreo.

O território português é ao mesmo tempo continental e insular:

* No continente europeu abrange o espaço “historicamente definido” na PI;
* Em matéria insular, abrange “os arquipélagos dos Açores e da Madeira”;

Em situação incerta encontra-se o território de Olivença, que apesar de estar sobre a soberania Espanhola, *de iure* pertence a Portugal. Ainda que a CRP não o diga explicitamente, Olivença pertence a Portugal pertence a Portugal desde que essa parcela foi formalmente incorporada na soberania portuguesa pelo Tratado de Alcanices (1297) entre o rei de Castela e o de Portugal. Embora a 6 de Junho de 1801, a Praça de Olivença tivesse sido incluída no território Espanhol no Tratado de Badajoz, essa disposição seria revogada na Ata final do Congresso de Viena, assim se mantendo até hoje.

Relativamente ao espaço marítimo, a sua expressão na CRP tem algumas anomalias:

* O legislador inventa o conceito de “águas territoriais” que não tem correspondência com o Dto. Internacional do Mar, só podendo ser deslindado através da sua decomposição em três realidades:
  + Águas interiores
  + Estreitos internacionais
  + Mares territoriais
* Confunde plataforma continental com “fundos marinhos”, integrando-a no espaço terrestre e não no marinho;
* Considera como espaço soberano um espaço que é apenas limitado, a ZEE;

Apesar das confusões, a soberania sobre as águas atlânticas abrange: as águas interiores, mar territorial até às 12 milhas, uma extensa plataforma continental, a zona contígua das 12 às 24 milhas, e uma ZEE até 200 milhas, ao redor da costa continental e das ilhas dos arquipélagos.

Em relação ao espaço aéreo enfrenta-se um total silencia constitucional, sendo que a CRP não apresenta nenhuma disposição quanto a este assunto: trata-se de uma lacuna constitucional.

Ainda assim, entende-se que o espaço aéreo português abrange o espaço aéreo subjacente aos espaços terrestres e marítimos de soberania estadual, que se prolonga até ao limite inferior do espaço exterior (a definir pelo Dto. Internacional).

# Perspetivas de Direito Constitucional Comparado

## Aspetos metodológicos Gerais

A comparação em Direito Constitucional

Segue-se uma análise dos mais relevantes sistemas constitucionais que, de certo modo, tiveram uma contribuição mais significativa na nossa ordem política.

A atividade comparativa no Direito Constitucional apresenta algumas vantagens relacionadas com a:

* **Função pedagógica:** possibilitando melhor conhecer as soluções próprias;
* **Função hermenêutica:** oferecendo contributos para a interpretação e integração de lacunas;
* **Função prospetiva:** dando pistas para alterações legislativas no futuro;
* **Função formativa:** contribuindo para a formação cultural dos juristas;

Para que a comparação de sistema possa ser feita adequadamente existe a metodologia comparatística que assenta na diferença entre:

* **Macro-comparação:** quando se pretende comparar blocos ou ordenamentos jurídicos;
* **Micro-comparação:** quando se compara um instituto ou um problema mais específico;

A metodologia pode, ainda, encontrar-se entre estas duas - M**eso-comparação:** quando se pretende a comparação de sistemas jurídico-constitucionais nos seus traços fundamentais.

**Famílias constitucionais:** diversos sistemas que se associam em função da sua filiação e das influências recebidas, deles depois salientando os contributos originais.

## O Direito constitucional do Reino Unido

A formação histórica e a evolução na continuidade

Historicamente, o sistema constitucional do Reino Unido é um dos mais originais. Resulta de uma lenta formação institucional com transições suaves e poucos sobressaltos. As suas modificações foram fruto de costumes e tradições, muito raramente tendo havido oportunidade para eclosão de ruturas constitucionais.

Segundo Marcello Caetano, as principais alterações ocorridas foram:

* Um primeiro período de estabilização territorial e de predomínio do fator monárquico;
* Um segundo momento de turbulência constitucional, do qual saíram importantes textos constitucionais em matéria de proteção de direitos;
* Um terceiro período de predomínio do fator aristocrático, que consolidou o RU como Estado composto;
* Um quarto período de prevalência do fator democrático, que se mantém na atualidade;

Foi com a origem de Inglaterra que surgiu a primeira fase de elaboração de um sistema constitucional de raiz monárquica. Este manifestou-se pela outorgarão da *Magna Charta Liberatum,* na qual a nobreza e o clero exigiam garantias de defesa em matéria penal e tributária, ao rei João Sem Terra. Nesta fase há um fortalecimento do poder régio e estabilização territorial.

**Séc. XVII:** segunda fase: Neste século ocorrem várias guerras civis e mudanças dinásticas. No seu rescaldo, surgem importantes textos constitucionais que consolidaram a sociedade frente ao poder como a Petição de Direito e a Declaração de Direitos.

A forma de Governo é a República, ditadura sangrenta e intolerante ao aspeto religioso que termina com a morte do seu fundador, Oliver Cromwell.

**Séc. XVIII:** terceira fase: Consolidam-se as instituições jurídico-constitucionais, tal como agora se conhecem, apesar do seu estatuto e preponderância ter mudado, vivendo-se uma ascensão política da câmara dos lordes ao lado do Rei.

Há uma projeção da aristocracia em contraste com o absolutismo real que caracterizava a Europa e a França, em particular.

Completa-se a formação do estado britânico com a unificação de estados Simples, nomeadamente a Escócia, o País de Gales e a Irlanda (do Norte).

**Séc. XIX:** quarta fase: Proeminência da Câmara dos Comuns no sistema constitucional Britânico, devido a várias reformas parlamentares que definiram a sua composição e competências, fazendo apagar competências de outros órgãos (Parliament Act – 1911). Tal deveu-se à propagação do princípio democrático por toda a Europa e declínio do princípio monárquico.

Nesta fase iniciou-se, ainda, a autonomização funcional do Governo: primeiro através do Primeiro-Ministro, a quem se juntariam, mais tarde, os outros ministros.

O sistema constitucional britânico projetou-se em vários outros estados, nomeadamente nas antigas colónias do império britânico. A sua influência foi tão marcante que, apesar da sua soberania política prática, se reconheciam subordinados à Coro Britânica: apesar de terem as suas próprias Constituições, neles o monarca britânico faz-se representar por um delegado.

Ordenamento constitucional misto e flexível

O sistema constitucional britânico insere-se na variante do sistema anglo-saxónico conhecida como Common Law. Este assenta em 3 traços fundamentais:

* **Importância do Costume (costum law) como fonte de Direito**, por oposição à fonte legal (Statutory Law);
* **Relevância dos tribunais na realização do Direito:** precedente rule;
* **Esbatimento das fronteiras** entre o Direito Público e o Direito Privado;

O sistema britânico é um sistema essencialmente consuetudinário, assumindo assim um cariz essencialmente não escrito: Constituição flexível.

O sistema constitucional britânico é um exemplo da importância das praxes e convenções constitucionais que, não sendo incluídas nas fontes legais ou costumeiras, contribuem de igual modo para a produção de regras, por todos respeitadas, mesmo que estas não tenham a mesma autoridade dado o facto de não constatarem com a efetividade jurisdicionais.

Não é legitimo pensar que a lei constitucional britânica não desenvolva nenhum papel, já que isto não corresponde à realidade. Existem vários diplomas que se podem apontar como fazendo parte do Direito Constitucional britânico de caráter legal, e não consuetudinário:

* **Magna Carta (1215):** Afirmação de direitos da nobreza e do clero contra o rei que, em grande parte, ainda vigoram;
* **Petição de Direitos (1628):** Proclamação de Direitos fundamentais em favor dos cidadãos;
* **Lei do Habeas Corpus (1679):** Diploma de reforço nas garantias dos arguidos contra detenções arbitrárias;
* **Declaração de Direitos (Bill of Rights) (1689):** proclamação mais ampla dos Direitos fundamentais decretada pelo Parlamento ganha contra Jaime II que foi deposto na sequência da Revolução Gloriosa. ;
* **Ato de Estabelecimento (1701):** estabelecimento da necessidade de se professar a fé anglicana para se ser rei, além de várias garantias de autonomia do poder parlamentar face ao poder real;

Como é flexível, a alteração ou revogação da Constituição não está sujeita a qualquer formalismo, podendo esse efeito ser alcançado a qualquer momento sem a dependência de um procedimento especial.

Apesar de ser uma monarquia semi-constitucional, devido ao sentido flexível da Constituição Britânica, esta funda-se ni pressuposto da supremacia político-legislativa do Parlamento. Se a Constituição fosse rígida, seria uma autolimitação da vontade parlamentar).

Os Direitos fundamentais e o papel dos tribunais do poder público

Uma das particularidades do sistema Constitucional britânico consiste na preocupação precoce da proteção dos direitos fundamentais e o seu papel de limitação da ação do poder público.

O sistema Constitucional britânico possui a particularidade de ter sido imune a correntes absolutistas.

Neste domínio, há textos fundamentais que, de certo modo, contribuíram para a causa dos direitos fundamentais:

* **Magna Carta:** liberdade da Igreja Católica, Princípio democrático na criação de impostos, princípio da intervenção judicial, liberdade de emigração;
* **Petição de Direito:** partindo da verificação de um conjunto de violações praticadas pelo rei contra a legislação anteriormente aprovada;
* **Lei do Habeas Corpus:** necessidade de combater as prisões arbitrárias; o detido pode conhecer as causas da sua detenção e de se lhe oferecer a libertação sob determinadas condições;
* **Declaração dos Direitos:** consagração de um conjunto de Direitos fundamentais e reforço da preponderância da vontade parlamentar;

Atualmente, o sistema constitucional britânico beneficia de novos direitos fundamentais relacionados com a vinculação a textos internacionais, como o da CEDH[[7]](#footnote-7), um texto contemporâneo, completo e atual.

Na deteção de situações de incompatibilidade entre a legislação interna e a da CEDH, o pdoer legislativo fica encarregue de colocar o Direito britânico em conformidade com os padrões internacionais.

Todas estas proclamações anteciparam o fenómeno da positivação constitucional dos direitos fundamentais, vindos mais tarde pela Revolução Francesa

No entanto, a limitação do poder político britânico não foi apenas alimentada por esta antecipação original. Ela tem sido fruto de uma conceção judicialista na aplicação do Direito, em que aos tribunais se concede uma ampla capacidade de intervenção, anti formalista, pragmática e substancialista.

Um dos aspetos que contribui para a influência dos tribunais é a regra do precedente: perante um caso idêntico, uma primeira decisão fica sendo exemplar para a resolução de quaisquer casos futuros análogos.

Parlamentarismo de gabinete numa monarquia simbólica

Os órgãos constitucionais britânicos são os seguintes:

* **Monarca:** Exerce o cargo a título vitalícia, não sendo aplicada a lei sálica, devendo ainda ser crente da Igreja Anglicana de Inglaterra.

O monarca não tem qualquer poder político real, sendo simplesmente um cargo honorífico. Possui o direito de ser consultado, de advertir e de encorajar.

No entanto, são vários os atos que têm intervenção do monarca apesar de este nunca disfrutar de poder decisório. Por exemplo, a exoneração do primeiro-ministro, a dissolução da câmara dos comuns, a sanção das lei, a nomeação dos juízes e dos lordes, o comando das forças armadas, a declaração de guerra, o direito de indulto[[8]](#footnote-8), e criação de pares e a atribuição de títulos e condecorações.

* **Parlamento:** Possui um lugar fulcral na ação política. É bicameral e de raiz monárquica.
  + Câmara dos Lordes (House of Lords – câmara alta): É ainda um reflexo monárquico, sendo eleito um número variável de pares nomeados pelo monarca, a título vitalício. Foram recentemente abolidos os pares hereditários.

Tem competências de caráter legislativo, sem qualquer poder de codecisão (apenas aprovação e nunca veto). Apesar disso, dispõe de uma faculdade “retardadora” que consiste em poder atrasar a aprovação de uma lei durante um ano.

A câmara dos Lordes, através dos *Law Lords (28)* é também o Supremo Tribunal britânico, funcionando como última instância judicial.

Nela estão ainda inscritos os Lordes espirituais (26), que são os Arcebispos e bispos da Igreja Anglicana.

* + Câmara dos Comuns (House of Common – câmara baixa): fundada no princípio democrático, é composta por 650 deputados, escolhidos por cinco anos, com base no sufrágio universal direto, pelo sistema de círculos eleitorais uninominais, através da regra da maioria a uma volta (maioria relativa)

São-lhes reconhecidas competências políticas e legislativas, sendo as suas deliberações decisivas para a subsistência política do Governo e para a aprovação das leis.

As deliberações são orientadas pelo Speaker, o presidente da câmara, escolhido entre os deputados da maioria.

* **Gabinete:** É o Governo britânico, composto pelo Primeiro-Ministro e pelos Ministros (Senior Ministers e Junior Ministers), pela emanação política da Câmara dos Comuns, com base na maioria que escolhe os seus respetivos membros.

Permite expor o Cabinet, que traduz o Governo reduzido e da maior confiança do Primeiro-Ministro, em que são tomadas as decisões mais relevantes. Contrapõe-se o extra-Cabinet, com os restantes membros.

O Governo exerce competências legislativas delegadas pela Câmara dos Comuns, assim como competências administrativas. As suas principais competências são:

* + A iniciativa legislativa junto do Parlamento
  + A elaboração de *orders in council* (poder regulamentar)
  + Apresentação do programa através do discurso que escreve para o Monarca proferir
  + Sujeição ao controlo político da Câmara dos Comuns, a quem tem de prestar contas

O Primeiro-Ministro é a figura central do Governo e é nele que reside toda a sua vida política. É ele que propõe e exonera ministros.

* **Tribunais:** Dividem-se em duas categorias:
  + Inferiores: “country courts” (Direito Civil) e “magistrat courts” (questões criminais de pequena importância)
  + Superiores:
    - Câmara dos Lords através do Apellate comité
    - Supreme Court
      * Court of Appeal no High Court of justice (Direito Civil)
      * Crown Court (questões criminais mais graves)
* **Conselho Privado:** (Privacy Concil) Órgão de Consulta do Chefe de Estado que integra uma ampla variedade de membros como pessoas designadas por razões políticas, os representantes da Igreja Anglicana e os titulares do poder judicial. Têm competências muito limitadas, tendo vindo a perder importância política.

Todos estes órgãos atuam em nome da Coroa, isto em, agem em pertença do Reino unido.

O Sistema Constitucional Britânico é exemplar no aparecimento de um sistema bipartidário perfeito (dois grandes partidos que ocupam 85% dos mandatos ganhos): o Partido trabalhista (Labourt Party) e o Partido Conservador (Conservative Party).

No entanto, este fenómeno tende a esbater-se com a recente afirmação do Partido Liberal democrata, resultante da fusão entre o Partido Liberal, com o Partido Social-democrata.

O Sistema britânico é considerado um sistema parlamentar de Gabinete.

É na Câmara dos Comuns que se forma a orientação Geral da governação, já que é no seu seio que se determina o Governo. Tudo depende da maioria parlamentar que sair das eleições legislativas, uma vez que é o chefe do partido vencedor ser indicado como Primeiro-ministro.

A dependência político-parlamentar do Governo é constante ao longo do exercício das funções do Primeiro-Ministro mantendo-se pela informação regular aos parlamentares, pela presença periódica do PM no Parlamento e pela possibilidade de aprovar moções de censura ao Governo.

A responsabilidade do Governo perante a Câmara dos Comuns enquadra-se na ideia de parlamentarismo de Gabinete. Isto quer dizer que ao PM, como chefe do Gabinete, se atribui um papel primordial no conjunto dos dois órgãos (Câmara dos Comuns e Governo). O Primeiro-Ministro torna-se o centro da decisão política.

Há vários fatores que o comprovam:

* O Governo é o resultado de uma maioria homogénea de um só partido;
* O PM é o chefe partidário da força que vence eleições;
* O PM é membro do Parlamento;

## O Direito Constitucional dos EUA

Uma formação rápida e um aperfeiçoamento linear

O Sistema Constitucional dos EUA sofreu várias influências britânicas, devido ao seu estatuto de sua antiga colónia.

Os EUA foram os primeiros a fazer uma revolução liberal e são eles que possuem a mais antiga e primeira constituição escrita.

O caráter federal dos EUA foi passando por uma transição. O território norte-americano ocupado pelos britânicos, estava já, na altura da revolução, dividido em treze colónias britânicas administradas de acordo com o regime colonial estabelecido.

A independência política, proclamada a 4 de julho de 1776 teve os seguintes motivos:

* Os ideais liberais de emancipação colonial do Novo Mundo;
* A libertação financeira do império colonial britânico que impunha aos EUA uma pesada carga fiscal;
* A expansão económica através da afirmação de uma economia e de mercados próprios;

A independência desenvolve-se num período de organização geral, através da criação, em 1781, de uma Confederação. A estrutura confederativa preservava a soberania dos novos Estados que redigiam as suas próprias constituições.

Esta organização assentava na existência de um Congresso diplomático e representativo.

As competências do Congresso não incluíam recursos para fazer face às despesas militares, necessárias numa fase de consolidação da independência. Isto denotava a urgência no reforço de um poder central, federal, que acabou por surgir em 1787 no texto da CNA, na Convenção de Filadélfia.

Neste momento constituinte estabeleceu-se um compromisso entre a confederação mal sucedida, e a impossibilidade de um estado unitário.

A Constituição Norte-Americana mantém-se ainda em vigor, tendo passado por algumas revisões. Foi ainda aprovado, em 1791, a Declaração dos Direitos (Bill of Rights) que introduz uma preocupação pela limitação do poder federal em favor da proteção dos estados.

É possível apontar, ao longo do tempo, vários momentos tradutores de mudanças na sua história político-constitucional:

* Período de expansão territorial, com o acrescento de territórios, até à configuração territorial que hoje se conhece;
* Período de fratura político-social opondo sulistas, que pretendiam sair da federação, e nortistas, que desejavam a sua manutenção;
* Período de industrialização e internacionalização, com a afirmação dos EUA como potência económica;
* Período de mundialização desde a II GM, com o reconhecimento dos EUA como superpotência;

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

Apesar de influenciado pela Common Law britânica, o Direito Constitucional Norte-Americano orientou-se dentro de um perfil formalmente legalista, através da vigência de uma Constituição: mesmo aceitando a relevância das fontes costumeiras, os EUA atribuíram um importante papel aos tribunais na formação de Direito.

A Constituição Norte-Americana resultou da Convenção de Filadélfia de 1787, e dividia-se em VII Artigos referentes: ao Poder Legislativo, ao Pdoer Executivo, ao Poder Judicial, à Federação e estados Federados, à Revisão Constitucional, às Disposições Finais e Transitórias e à Entrada em vigor

Ainda que os EUA só tenham reconhecido um texto constitucional, este não se manteve inalterado. Foram vários os momentos de revisão, destacando-se alguns aos quais se confere maior importância: os dez aditamentos contendo a Declaração dos Direitos de 1791, a abolição da escravatura e a aprovação da lei seca.

Para a longevidade da Constituição Norte Americana apontam-se diversos motivos: o seu caráter lacónico, a secura regulativa da organização dos poderes do estado e o papel simultaneamente conservador e renovador do Supremo Tribunal Federal. Este tribunal tem orientado os destinos constitucionais nos limites da Constituição sem nunca os forçar.

Por tudo isto, diz-se que o texto constitucional norte-americano é elástico, uma vez que se adequa às necessidades de regulação do Estado, sem perder os seus traços fundamentais e, em muitos casos, sem a introdução de emendas.

Esta Constituição caracteriza-se também por ser hiper-rígida, isto é, para ser modificada carece de um procedimento específico, agravado relativamente à elaboração de uma lei federal ordinária, para além de haver alguns limites materiais.

As alterações constitucionais efetuam-se em dois momentos. O primeiro é levado a cabo pela deliberação dos membros do Congresso Federal, necessitando de uma votação de 2/3 dos membros de ambas as câmaras ou, por convenção constitucional, da iniciativa de 2/3 das assembleias legislativas estaduais (conventions). O segundo momento exige que, ao nível federal, as alterações sejam aprovadas pelas assembleias legislativas de ¾ dos estados, ou que sejam aprovadas por ¾ dos estados federados.

A novidade da estrutura federal

A estrutura federal surgiu do fracasso da estrutura confederal, por ineficiência do órgão executivo. Os 50 Estado que, atualmente, integram o Estado federal norte-americano, mantêm a sua autonomia a nível legislativo, executivo e legislativo, segundo uma Constituição estadual própria.

Esta autonomia é limitada pela Constituição Federal que prevalece sobre as estaduais e as condiciona de duas formas:

* **Explicitamente,** ao respeito pela república e pela igualdade de voto dos Estados no Senado Federal;
* **Implicitamente,** na estrutura dos órgãos estaduais e no respeito das competências próprias da federação constitucionalmente atribuídas.

A repartição de competências entre o nível federal e estadual assume várias dimensões:

* **As competências exclusivamente federais:** emissão da moeda, contração de empréstimos, relações externas, defesa nacional, etc….
* **As competências exclusivamente estaduais:** legislação penal e civil;
* **As competências estaduais federalmente autorizadas:** situações em que o poder legislativo estadual só se exerce se obtiver o consentimento do Estado federal, com a criação de impostos alfandegários ou a celebração de tratados internacionais;
* **As competências partilhadas:** nas quais a Federação tem um papel enquadrador e fiscalizador;

A força defensiva dos Direitos Fundamentais

Só com a aprovação dos 10 primeiros aditamentos, unificando a Declaração de Direitos aprovados em Setembro de 1789, e ratificados a Setembro de 1791 é que os Direitos Fundamentais, que antes não constavam da Constituição, viram a luz do dia. Antes, a Constituição só se preocupava com a organização do poder.

A afirmação destes direitos fundamentais foi extremamente importante por consistir na positivação formal dos mesmos. A título exemplificativo enuncia-se: a liberdade de religião e de culto, a liberdade de opinião e de imprensa, o direito de uso e porte de armas, a garantia da inviolabilidade pessoal, comunicacional e do domicílio, o direito à propriedade privada, o direito a um julgamento por júri, entre outros. A estes direitos foram-se-lhes acrescentando outros ao longo do tempo.

O Supremo Tribunal Federal tem tido um papel decisivo neste domínio, por ter vindo a alargar os âmbitos de proteção dos direitos, tendo ficado célebres algumas das suas decisões. Por exemplo, a declaração da inconstitucionalidade da segregação racial nas escolas, o direitos ao silêncio e a um advogado e a inconstitucionalidade do aborto.

A apreciação atual do conjunto de direitos fundamentais qualifica-os como liberais, dada a ausência de direitos sociais.

O STF tem protagonizado o esforço de defesa dos direitos sociais, situação que pode ser vista em várias fases:

1. Proteção dos direitos fundamentais liberais, e afirmação dos direitos de fiscalização da constitucionalidade;
2. Confrontação com os poderes legislativo e executivo;
3. Colmatação das falhas do texto constitucional como a igualdade racial e sexual, e os direitos das mulheres;

O presidencialismo perfeito e a separação colaborante dos poderes

A divisão dos poderes é feita em: poder legislativo, executivo e judicial.

* **Poder legislativo:** É atribuído ao Congresso Federal que se divide em duas câmaras que, na sua essência, funcionam conjuntamente, sendo necessário que ambas aprovem as providências legislativas de modo a que se tornem atos legislativos:
  + **Câmara dos representantes:** (435) Órgão que espelha a participação direta dos cidadãos norte-americanos num Parlamento à escala federal. Mandato: 2 anos.
  + **Senado Federal:** (2 senadores de cada estado – 100) Órgão que reflete a organização federal, uniformemente posicionando todos os Estados, com independência da sua dimensão geográfica, densidade populacional ou riqueza económica. Compete-lhe a designação dos membros do Governo e dos magistrados do STF, assim como outras competências de fiscalização política. Mandato: 6 anos.
* **Poder executivo:** protagonizado pelo presidente dos EUA (mandato de 4 anos, apenas podendo exercer um segundo, de seguida ou interpolado). A escolha do presidente tem dois momentos distintos:

1. Cada Estado, em razão do número de eleitores e da importância estadual, escolhe um conjunto de cidadãos que integrarão um colégio eleitoral restrito;
2. O colégio, com 538 membros, escolhe as pessoas que ocuparão os cargos executivos. Dispõem da Câmara dos Representantes como voto de desempate;

O objetivo inicial deste sistema era fazer vingar os critérios de mérito e competência. Hoje em dia os seus membros são escolhidos em função da sua pertença às candidaturas em disputa.

O presidente é simultaneamente o Chefe de Estado e o Governo federal, embora na prática, assuma funções, no plano executivo, de PM, repartindo a gestão governativa com outros membros do seu gabinete (Vice-presidente, Secretário de Estado e outros secretários setoriais).

O vice-presidente substitui o Presidente nas suas faltas, é o presidente do senado e desempenha outras funções que lhe sejam delegadas pelo Chefe de Estado.

* **Poder judicial:** É exercido pelos tribunais federais, tendo como superior o Supremo Tribunal Federal. Existem três tipos de tribunais federais:
  + District Courts (1ª instância)
  + Courts of Appeals (tribunais de recurso)
  + Supreme Court (diretamente criado pela CNA)

O STF é composto por 9 membros, designados pelo Presidente, vitaliciamente (possibilidade de reforma aos 70 anos com consentimento do Senado). O Presidente do Senado é designado por presidente da União.

Para além da intervenção primária, o STF tem como competência apreciar recursos interpostos contra as decisões dos tribunais estaduais, sobre questões de Direito Federal.

O STF e os tribunais são guardiães da Constituição desde 1803, data a partir da qual todos os tribunais têm o poder de desaplicar o ato legislativo contrário à Constituição (judicial review).

Apesar da divisão de poderes, o sistema de governo assenta numa separação ativa e colaborante dos poderes, designada por “checks and balances”:

* Do poder executivo para o legislativo: iniciativa legislativa e o poder de veto, superável por maioria de 2/3;
* Do poder legislativo para o executivo: mecanismos de fiscalização política, o assentimento a certas nomeações, a constituição de comissões de inquérito e a sua incidência sobre várias questões executivas;
* Do poder executivo para o judicial: nomeação dos juízes do STF;
* Do poder judicial para o executivo: a capacidade do primeiro julgar os titulares do poder;
* Do poder legislativo para o judicial: consentimento em relação à nomeação dos juízes do STF;
* Do poder judicial para o legislativo: competências judiciais em relação à fiscalização da constitucionalidade das leis;

O sistema partidário norte-americano é um bipartidarismo perfeito, uma vez que existem dois partidos hegemónicos:

* **Partido Republicano:** Mais liberal, de origem nortista e dominantemente protestante;
* **Partido democrata:** Mais social, de origem sulista, predominantemente católico e mais progressista;

Para além destes, existem outros partidos mas sem expressão eleitoral suficiente para rivalizarem com estes dois.

O sistema de governo é um presidencialismo perfeito, expressão que remete para a exaltação da figura do Presidente e para o facto a ele pertencer o poder executivo. Este sistema de governo tem como características:

* A Independência política recíproca entre o Presidente da União e o Congresso Federal;
* A eleição do chefe de Estado por sufrágio Universal dos cidadãos, embora a título indireto;
* A acumulação na mesma pessoa das funções de Chefe de Estado e de Chefe do Governo;

A distinção em relação ao presidencialismo imperfeito radica na circunstância de nesta hipótese o poder executivo ser atribuído a um governo como órgão colegial e não só a um titular, ainda que este delegue em conjuntos mais ou menos vastos de matérias.

Fiscalização da constitucionalidade e importância dos tribunais

O sistema constitucional americano foi o primeiro a desenvolver um esquema de fiscalização da constitucionalidade das leis, único meio que, durante mais de um século, foi utilizado como instrumento de controlo da constitucionalidade das leis.

O modo de fiscalização da constitucionalidade surgiu no caso Marbury vs. Madison (1803). A questão de fundo deste caso teve a ver com a possibilidade do poder executivo na margem de decisão do poder legislativo, tendo o STF considerado que seria constitucionalmente inadmissível que o poder executivo interferisse na esfera do legislativo. Chegou-se à conclusão da impossibilidade de aplicação dos diversos tribunais de normas inconstitucionais.

Este modo de fiscalização de constitucionalidade assenta nas seguintes características:

* **É judicial:** o poder de verificar e considerar a norma válida ou inválida, pertence ao poder judicial;
* **É difuso:** o poder para fiscalizar a constitucionalidade está distribuído pelas instâncias judiciais, democratizando-se esse poder;
* **É concreto:** não tem a ver com um juízo que estude ou investigue a conformidade constitucional das leis;
* **É incidental:** o processo judicial não é interposto para averiguar a constitucionalidade, mas sim para resolver a questão de fundo;

## O Direito Constitucional da França

Turbulência e estabilidade na evolução constitucional

Uma característica marcante do regime francês é o conjunto de mudanças porque o país passou devido às várias experiências constitucionais com reformas e contrarreformas que deram origem a 16 textos constitucionais diferentes.

Estas diferentes experiências podem enquadrar-se em fases políticas distintas:

1. Uma primeira fase de governo parlamentar, democrática e revolucionária, com instituições representativas;
2. Uma segunda fase de governo de assembleia de cariz totalitário;
3. Uma terceira fase de governo pessoal, com a criação de instituições monocráticas;

O Constitucionalismo francês foi consequência da Revolução Francesa de 1789, com a tomada da Bastilha. Esta conduziu a um paradigma de Estado: a passagem do Estado Moderno ao Contemporâneo, sendo as instituições do ancien regime substituídas pelas do constitucionalismo e liberalismo.

Surgiu, assim, o primeiro texto constitucional que efetuou a proclamação dos direitos à luz dos Direitos Naturais.

Em termos de organização política, afirma-se as novas instituições: o parlamento transforma-se em cortes gerais, extraordinárias e constituintes, de modo a poder produzir a Constituição.

A cada deputado correspondia agora um voto, substituindo-se o voto por ordens pelo voto individual.

A sucessão de textos constitucionais

1. A primeira constituição francesa surgiu, na sequência da revolução, em 1789

Com a tomada da Bastilha funda-se uma monarquai constitucional, na qual o rei permite, através de uma constituição democraticamente aprovada, a limitação do seu poder.

O princípio monárquico passa ao principio da soberania nacional e contempla-se a divisão de poderes. O poder executivo cabe ao rei, o legislativo à assembleia nacional e o judicial aos tribunais.

O texto constitucional protege os direitos fundamentais por meio da Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão (DDCH), uma parte integrante do texto constitucional.

1. 1793

Nesta data efetua-se uma nova revolução que resultaria na formação de uma Convenção, a quem caberia a proclamação da I República Francesa.

Este foi um período marcado pelo terror, com a radicalidade bem patente, chegando o calendário a ser alterado.

No âmbito governativo são criados organismos provisórios como o Comité de Salvação Pública (1793) presidido por Robespierre.

Afirmam-se os princípios republicano, da unidade do poder político e do mandato imperativo, fundando uma 2ª Constituição, a Constituição da Convenção que, por sua vez, instituiria uma democracia semidirecta. Estas ideias foram inspiradas pelo “O Contrato Social” de Rousseau.

Os direitos fundamentais traduzem-se numa correção da DDHC, seguindo uma linha mais social e igualitária.

No lugar da separação de poderes surge a unidade do poder popular na titularidade do povo francês, que o exercia através de referendos, sendo os deputados meros comissários, reunidos no corpo legislativo, a quem se encomendaria os projetos de lei, a ser aprovados pelo povo.

O conselho executivo (24) respondia perante o parlamento e podia ser por ele destituído. Nomeava ministros e estabelecia as orientações da atividade administrativa.

O poder continuava entregue à Junta de Salvação Pública, um organismo ditatorial, escolhido pela Convenção.

Esta Constituição, devido aos acontecimentos revolucionários, nunca chegaria a entrar em vigor.

1. 1795

Uma contrarrevolução leva a que se restabeleça o modelo moderado e original de constitucionalismo francês, dando fim ao período do terror.

É aprovada uma nova constituição, a Constituição do Diretório, que aplicava a separação absoluta de poderes entre os órgãos, sem responsabilidade de uns perante os outros.

* **Poder legislativo:** Parlamento bicameral: conselho dos 500 que discutia os projetos legislativos; e o Conselho dos Anciãos (250 membros acima dos 40 anos) que os votava.
* **Poder executivo:** atribuído ao Diretório; 5 diretores, eleitos pelo Conselho dos Anciãos, por um período de 5 anos;
* **Poder judicial:** entregue aos tribunais (juízes e jurados).

A proclamação dos Direitos fundamentais ficava a cargo de uma declaração reelaborada mais inspirada na DDHC, e com a inclusão da sua primeira parte no texto constitucional.

1. 1799

Por parte de um novo golpe de Estado, levado a cabo por Napoleão Bonaparte, é aprovada a 4ª Constituição francesa (Republicana).

É introduzida uma democracia cesarista, com a limitação das liberdades fundamentais, apesar de se reclamar uma legitimidade popular e não monárquica.

A fonte de inspiração foi a experiência política romana, na passagem da república ao dominato, e com a adoção, embora alterada de algumas das suas instituições.

* **Poder legislativo:** 3 assembleias: Conselho de Estado, Tribunado (100) e Corpo Legislativo (300);
* **Poder executivo:** 3 cônsules eleitos por 10 anos, sendo um deles Napoleão;
* **Poder judicial:** juízes vitalícios nomeados por Napoleão, o 1º Cônsul;

Os sonhos expansionistas de Napoleão devolvem a França a ambição de ser o centro da Europa, fortalecendo a sua posição jurídico-constitucional.

Em 1802 realiza-se um plebiscito que o proclama cônsul vitalício, havendo uma reforma das suas competências e alargando as suas competências aos órgãos legislativos.

1. 1804

Em 1804, o texto constitucional converge na prática política de um império cesarista. É aprovada a Constituição do Império, na qual o Imperador concentrava em si todos os poderes.

1. 1814

Nesta data ocorre a abdicação de Napoleão. Com isto, restaura-se uma Monarquia Constitucional, com semelhanças ao período Republicano do terror.

É outorgada, por Luís XVIII, a Carta Constitucional de 1814, na qual se retoma a divisão de poderes.

* **Poder legislativo:** Duas câmaras: Câmara dos Pares e Câmara dos Deputados;
* **Poder executivo:** Atribuído ao Rei;
* **Poder judicial:** Pertencente aos tribunais;

1. 1815

Napoleão foge do exílio e restitui o seu poder pessoal: “Governo dos 100 dias”. Os textos napoleónicos anteriormente em vigor são repostos através do Ato adicional do Império de 22 de abril de 1815, mas com alterações incluídas no novo texto constitucional.

1. 1815

O regime Napoleónico chega, definitivamente, ao fim com a Batalha de Waterloo. Retoma-se a vigência da Carta Constitucional de 1814.

1. 1830

Perante uma nova revolução, é restituído o Rei D. Carlos X. Passou a vigorar a Carta Constitucional orleanista de 1830, cujo regime estabelecido é caracterizado pelo equilíbrio da componente monárquica e parlamentar.

O poder legislativo do parlamento é reforçado, conferindo-lhe o poder de iniciativa legislativa e abolindo-se o pariato hereditário na câmara dos pares.

Diminui-se o poder executivo, e sujeita-se os ministros a uma responsabilidade parlamentar mais ampla.

1. 1848

Um golpe de Estado depõe o duque de Orleães, instituindo-se uma República presidencial.

Surge um movimento social, de cariz românico influenciado pelo socialismo científico.

É aprovada a Constituição da II República Francesa, no entanto, bastante diferente da experiência traumática da I República, com a preocupação da separação de poderes.

Este novo sistema de governo era afluente do presidencialismo norte-americano, com órgãos executivo e legislativo independentes entre si.

* **Poder legislativo:** Assembleia Nacional com 750 membros, eleitos para mandatos de 3 anos; Conselho de Estado como órgão consultivo;
* **Poder executivo:** PR, eleito pro sufrágio universal e direto, num mandato de 4 anos;
* **Poder judicial:** Tribunais

1. 1852

Luís Napoleão Bonaparte, sobrinho de Napoleão é eleito Presidente a República.

Na impossibilidade de ser reeleito, dado que a Constituição apenas previa uma eleição por candidato, dissolveu a Assembleia Nacional e protagonizou um golpe de Estado.

Submeteu-se, depois, a um plebiscito, no qual é confirmado chefe de Estado com amplos poderes para redigir um texto constitucional. Daí, resultou a Constituição de 1852

Ascende à dignidade imperial, com a proclamação do II Império, fixando a sucessão do trono na família.

O novo texto Constitucional tem um sistema de governo inspirado na 1ª Constituição Napoleónica, adotando os mesmos órgãos. Conserva na essência o restante sistema constitucional existente, alterando apenas algumas normas.

1. 1870

A partir dos anos 60 do século XIX, vários acontecimentos introduziram limitações ao autoritarismo do império, decretando-se uma nova Constituição Imperial.

Dá-se a consagração de duas câmaras legislativas: corpo legislativo e senado, com iniciativa legislativa e responsabilidade dos ministros perante o parlamento.

Napoleão acaba, no entanto, por ser derrotado frente aos prussianos.

1. 1871

Com a queda do império liberal, o governo é confiado a Thiers, proclamado, provisoriamente, pela assembleia Nacional primeiro como chefe executivo da República francesa, e depois como Presidente da república.

Nasce a III República – o regime mais duradouro que a França experimentaria – que vigoraria até à II Guerra Mundial.

Assumindo o compromisso entre monárquicos e republicanos, a Assembleia Nacional aprova três leis constitucionais avulsas e puramente orgânicas:

* 24 de fevereiro de 1875: instituição de um Senado com 300 membros escolhidos para um mandato de 9 anos;
* 25 de fevereiro de 1875:
  + Atribuição do poder legislativo a duas câmaras: Senado e Câmara dos Deputados;
  + Atribuição do poder executivo ao Presidente da República, eleito pelas duas câmaras para um mandato de 7 anos;
* 16 de julho: estabelecimento das regras de funcionamento parlamentar;

1. 1940

Com a II Guerra Mundial, a França é subjugada ao III Reich. Permite-se, assim, a instituição na parte sul de um governo chefiado pelo marechal Petain, instalado em Vichy, e investido em plenos poderes pela assembleia Nacional para preparar uma nova Constituição. As leis aqui aplicadas só terminariam com a libertação de França.

1. 1946

Com a instalação de um Governo Provisório para a libertação de França, começa a preparar-se um novo texto constitucional.

A assembleia Nacional é dotada de poderes constituintes, numa lógica de limitar estes mesmo poderes com a manutenção da autonomia do poder executivo, e estabelecendo-se a necessidade do novo texto constitucional ser referendado

Surge a Constituição de 1946, a Constituição da IV República, aprovada em referendo popular, não à primeira, mas sim à segunda vez.

* **Poder legislativo:** Assembleia Nacional com a colaboração do Conselho da República, o Conselho Económico e o Conselho da União Francesa;
* **Poder executivo:** Conselho de Ministros e Presidente da República eleito pela Assembleia Nacional e pelo Conselho da República;
* **Poder judicial:** Juízes, submetidos ao Conselho Superior da Magistratura;

1. 1958

Estava finalmente gerado o ambiente propício a uma nova ordem constitucional, que viria a ser protagonizada pelo General de Gaulle.

Surge, assim, a V República, marcada pela nova Constituição, aprovada por referendo, a 28 de setembro de 1958.

Há uma presidencialização do novo sistema que se manifesta na alteração posterior do texto constitucional em aspetos como a transformação da eleição presidencial em direta.

Charles de Gaulle renuncia ao cargo em 1969 em consequência das alterações constitucionais por si propostas terem sido recusadas em referendo.

A atual Constituição Francesa de 1958

O novo texto constitucional é puramente organizatório e não reflete uma direta relevância aos direitos fundamentais. Estes não foram diretamente positivados, é-lhes apenas feita alusão através da remissão para outros textos e valores.

Como Constituição hiper-rígida, a sua revisão constitucional obedece a requisitos muito exigentes:

* **Iniciativa de revisão:** pertence ao PR e aos membros do Parlamento sob proposta do Primeiro-Ministro;
* **Aprovação das alterações:** É feita segundo dois procedimentos distintos:

1. Aprovação pelas duas câmaras, em votações separadas, sucedendo o referendo popular para definitivo consentimento;
2. Aprovação pelo parlamento sob decisão do PR. Caso haja uma maioria de 3/5 dos sufrágios expressos é dispensável a convocação do referendo.

* **Limites:**

1. Circunstancial: Não poder haver revisão constitucional caso a integridade do território esteja sob perigo;
2. Material: A forma republicana de governo não pode ser objeto de revisão.

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

Pode considerar-se, relativamente a esta constituição, o seu ordenamento de direitos fundamentais deficiente.

Só através do preâmbulo se consegue retirar referências aos Direitos fundamentais através de quatro técnicas:

* A remissão para a DDHC;
* A proteção dos direitos fundamentais reconhecidos pelas leis da República;
* A proteção dos princípios económicos e sociais necessários ao nosso tempo;
* Os direitos e deveres constantes da Carta do Ambiente de 2004;

Uma vez que o preâmbulo não faz parte do articulado constitucional, durante algum tempo, houve dúvidas quanto à sua força constitucional.

Para acabar com esta dúvida, o Comité Constitucional e o Conselho Constitucional, concederam força constitucional ao preâmbulo. Também a DDHC assumiu importância quanto à positivação dos direitos fundamentais no sistema constitucional francês.

Apear de as deficiências do sistema constitucional em matéria de direitos fundamentais terem sido superadas quanto à técnica de positivação, não foram quanto ao número e qualidade.

Neste contexto sobressai o Conselho Constitucional, com a tarefa de corrigir a atividade para-judicial que não pode ser corrigida pela via legal-constitucional. É um órgão desta natureza, composto por 9 conselheiros designados com mandato de 9 anos não renovável. 3 são nomeados pelo PR, 3 pelo Presidente da Assembleia Nacional, e os restantes 3 pelo senado.

O semipresidencialismo “gaullista” e a preponderância do Chefe de Estado

O funcionamento do sistema político francês assenta nos seguintes órgãos: Presidente da República, Parlamento, Governo e Tribunais.

**Presidente da República:** Chefe de Estado

* É eleito por sufrágio direto e universal de duas voltas para um mandato de 5 anos sem impedimento de reeleição;
* Tem como funções a representação da República e algumas competências executivas nos domínios da política externa e defesa;
* Exerce os poderes da presidência do Conselho de Ministros, dissolução da Assembleia Nacional, promulgação e veto dos diplomas legislativos, e invocação de referendo nacional e estado de exceção;

**Parlamento:** Tem uma estrutura bicameralista imperfeita, uma vez que há uma supremacia dos poderes da Assembleia Nacional em relação ao senado da República.

* A Assembleia Nacional é o órgão representativo dos cidadãos composta por 557 deputados eleitos por 5 anos através do sistema e escrutínio uninominal a duas voltas. Tem competência legislativa partilhada com o Senado e competência de fiscalização exclusiva.
* O Senado da República é um órgão de representação das coletividades territoriais. É constituído por 346 senadores, designados por 6 anos pelos departamentos em cujo colégio eleitoral participam os Deputados, conselheiros regionais e delegados dos conselheiros municipais.

**Governo:**

* Integra o Primeiro-ministro (nomeado pelo PR de acordo com as eleições para a AN) e os restantes ministros;
* Tem de sujeitar-se à Constituição, ao Chefe de Estado que o nomeia e exonera, e à AN que apresenta responsabilidade política sobre este órgão por meio da apresentação de moções de censura;
* Tem funções executivas;

**Tribunais:** O poder jurisdicional é de natureza estadual e está dividido em três jurisdições:

1. Jurisdição comum: Tem 3 instâncias com tribunais de 1ª instância, 2â instância (Cours d’Appel) e o tribunal de última instância (Cour de Cassation)
2. Jurisdição administrativa: Conseil d’État
3. Jurisdição constitucional: Conselho Constitucional

Da ótica do Direito Constitucional, o sistema constitucional francês tem influência de outros sistemas de governo, especificamente no ponto de o Governo estar politicamente dependente de maiorias políticas, a presidencial e a parlamentar, sem esquecer que o Chefe de estado pode agir como calibrador do funcionamento dos órgãos políticos.

A sua distribuição dos poderes constitui um sistema de governo semipresidencial cuja orientação será a capacidade de intervenção dos vários órgãos.

A sua definição é dada por exclusão dos outros sistemas:

* Não é presidencial porque tem a diarquia, no poder executivo, com a separação dos cargos de Chefe de Estado e Chefe do Governo independentes entre si;
* Não é parlamentar porque o Chefe de Estado é eleito por sufrágio universal e direto;

Em relação à caracterização positiva do sistema de governo como semipresidencial, apontam-se dois aspetos:

* Dupla responsabilidade política do Governo perante o PR e a AN;
* Poder de dissolução do Parlamento que o Chefe de Estado pode exercer livremente;

Da ótica da Ciência Política, o sistema de governo francês pode oscilar entre semipresidencialismo e semipresidencialismo forte, que mostre a preponderância política constitucional do PR. Tudo depende da conjugação das maiorias presidencial e parlamentar.

* Até aos anos 80 houve essa conjugação, já que o líder dessa maioria era o PR;
* A partir dos anos 80 cresceu a coabitação política, em que as maiorias distintas funcionam ao mesmo tempo nos planos parlamentar e presidencial;

Isto mostra que o sistema de governo francês varia consoante as oscilações políticas e não tanto com as oscilações constitucionais formais.

A fiscalização para-judicial da constitucionalidade

A fiscalização constitucional do sistema francês é claramente limitada. Essa fiscalização nunca é sucessiva, é sempre preventiva e apenas incide nos atos para os quais tenha havido vontade de os submeter à intervenção ao Comité Constitucional.

Diz-se ser para-judicial pela aproximação das características do Comité Constitucional a um órgão judicial, ainda que tenha alguns traços de fiscalização política. Assemelha-se a um tribunal pelo estatuto dos seus membros e pela força das suas funções.

O texto constitucional prevê que o controlo da constitucionalidade dos atos do poder político seja feito pelo Conselho Constitucional:

* Composto por 9 membros, designados pelo PR, de caráter inamovível e independente;
* Desempenha as funções de contencioso da constitucionalidade e contencioso eleitoral;
* Produz também opiniões não vinculativas sobre questões jurídico-constitucionais;

Relativamente à função de contencioso da constitucionalidade o Comité Constitucional exerce um controlo preventivo da conformidade à Constituição. Normalmente, este é facultativo e requerido pelo PR ou outras instâncias mas pode ser obrigatório em caso de regimentos parlamentares e leis orgânicas.

## Os Direitos Constitucionais dos Estados de Língua Portuguesa

A independência do Brasil e a sequência dos textos constitucionais

A história político-constitucional do Brasil costuma ser repartida entre um período antigo e um moderno, tendo a Revolução de 1930 como ponto de viragem.

Em matéria institucional o Brasil, independente desde 1822, também se subdivide em duas eras:

* **A monárquica:** desde a fundação até à revolução republicana de Novembro de 1889 (Carta Const.);
* **A republicana:** desde aí até à atualidade, passando por 6 textos constitucionais;

O Brasil passou, até ao dia de hoje, por 7 textos constitucionais:

1. **Carta Constitucional de 1824:** Outorgada por D. Pedro IV, implantando uma monarquia constitucional e imperial;
2. **Constituição de 1891:** Primeira Constituição da era Republicana, importando instituições jurídico-constitucionais como o federalismo, o presidencialismo e a fiscalização difusa da constitucionalidade;
3. **Constituição de 1934:** Texto Constitucional progressista de cariz social;
4. **Constituição de 1937:** Texto Constitucional autoritário de Direita, inspirado na Constituição Polaca, restringindo direitos e liberdades individuais;
5. **Constituição de 1946:** Texto constitucional suavizante;
6. **Constituição de 1967-69:** Texto constitucional autoritário de direita, com preponderância militar;
7. **Constituição de 1988:** Texto constitucional em vigor, democrático e social;

A atual Constituição Brasileira

A Constituição Brasileira de 1988 assinala, em definitivo, uma democracia representativa sem tutela militar.

Esta já sofreu inúmeras alterações: 66 emendas constitucionais e 6 emendas constitucionais de revisão.

Na sua elaboração, foram visíveis algumas influências de textos constitucionais europeus, nomeadamente do Português, notando-se construção de uma “família lusófona do Direito”.

Relativamente a direitos fundamentais, verifica-se uma grande abundância de posições subjetivas nas diferentes áreas de Direito, das quais fazem também parte as novas matérias de Direito: informática, ambiental e social.

É dada grande importância aos Direitos sociais, assim como aos mecanismos de efetividade desses mesmos direitos

Quanto à organização do Estado, vigora o modelo federal que estabelece quatro categorias de entidades dotadas de poder político:

* **União (Estado Federal ou Federação):** Entidade política suprema, titular do poder constituinte máximo;
* **Estados (federados):** (26) possuem as suas próprias constituições;
* **Distrito Federal:** Entidade político-administrativa autónoma;
* **Municípios:** Regiões com amplos poderes administrativos, mas igualmente político-administrativos;

Os poderes do Estado estão divididos em três: poder legislativo, executivo e judiciário.

* **Poder legislativo:** Atribuído ao Congresso Nacional, um parlamento bicameral com competências conjuntas. São eles a Câmara dos Deputados, composta por um número de deputados proporcional aos cidadãos eleitores de cada Estado para um mandato de 4 anos; e o Senado Federal, constituído por 81 senadores com mandatos de 8 anos;
* **Poder executivo:** Protagonizado pelo Presidente da República auxiliado pelos Ministros de estado. O PR é eleito juntamente com o vice-presidente para um mandato de 4 anos, sem possibilidade de reeleição. O presidente escolhe e pode também demitir os Ministros que compõem o Governo federal.
* **Poder judiciário:** Inclui as instâncias supremas do poder judiciário que se exercem acima do poder judiciário dos Estados, assim como dos outros tribunais.

O sistema de governo brasileiro é um presidencialismo imperfeito, influenciado pelo norte-americano. Este tipo de governo caracteriza-se por conferir à mesma pessoa os cargos de Chefe de estado e Chefe do Governo; pela eleição for sufrágio universal direto do Chefe de estado; e pela independência dos poderes, apesar da sua colaboração em alguns aspetos.

O caráter imperfeito do presidencialismo prende-se com a autonomia constitucional do Governo Federal, composto pelos ministros de Estado.

Os Estados africanos de Língua Portuguesa – do socialismo à democracia

**Datas da independência das Colónias portuguesas:**

* Angola: 11 de novembro de 1975;
* Cabo Verde: 5 de julho de 1975;
* Guiné-Bissau: 24 de setembro de 1973;
* Moçambique: 25 de julho de 1975
* São Tomé e Príncipe: 12 de julho de 1975;

A evolução político-constitucional destes Estados deixa transparecer duas eras distintas:

1. Era Constitucional de I República Socialista (1975-1990)
2. Era Constitucional de II República Democrática (1990-…)

A primeira era republicana, de caráter socialista, justifica-se pela influência ideológica sofrida pelos movimentos de libertação nacional por parte da URSS. Esta pretendia a expansão da sua ideologia, aproveitando os recém-descolonizados para a difundir. Assim, A descolonização portuguesa foi politicamente dominada pela emergência de formações partidárias de ideologias marxistas, de inspiração soviética.

**Traços comuns dos Estados Africanos de Língua Portuguesa:**

* **Sistema social:** prevalência dos sistemas económicos e sociais, como instrumentos que impedem a alienação do Homem quanto aos direitos e liberdades políticos e civis, num forte monismo ideológico e partidário;
* **Sistema económico:** apropriação dos meios de produção com a coletivização da terra, que passou a ser propriedade do Estado, e a planificação imperativa da economia;
* **Sistema político:** concentração de poderes no órgão parlamentar de cúpula, com a omnipresença do partido único e a sua localização paralela em todas as estruturas do Estado;

Na primeira fase da evolução político-constitucional, podem definir-se três períodos diferentes:

1. Implantação da estrutura dos Estados agora independentes. Retorno de muitos portugueses e sua reorganização interna;
2. Período intermédio de organização política e social. Modelo de inspiração soviética com intensificação das relações com o bloco da URSS;
3. Progressiva crise económica resultando em conflitos internos e, em alguns casos, degenerando para guerras civis;

A primeira vaga de textos constitucionais de base socialista, não resistiu à queda dos regimes soviéticos após a queda do muro de Berlim em 1989. Este regime revelou uma má influência económica, a qual fracassou por dois principais aspetos:

* Pelo caráter informal das sociedades africanas que não era compatível com a burocracia exigida pela estruturação soviética;
* Pelo centralismo político-ideológico que decorria das doutrinas administrativas soviéticas, que ia, muitas vezes, contra as comunidades locais e os seus direitos consuetudinários locais.

Rapidamente, os regimes africanos tiveram que se redimensionar com vista à superação da fase soviética.

A substituição dos textos constitucionais fez-se através de transições constitucionais que se deram de forma pacífica.

Na maior parte dos casos não houve discussão pluripartidária, tendo a aprovação da nova Constituição ficado a cargo dos parlamentos monopartidários escolhidos durante a I República. A exceção foi Cabo Verde, que aprovou a Constituição de 1992 em regime pluripartidário.

Nos outros casos a revisão da Constituição foi feita para que estas se adequassem a um processo de pacificação interna em contexto pluripartidário.

O período de independência não ocorreu pacificamente, registando-se inúmeros conflitos armados, numa clara confrontação político-ideológico a respeito da opção constitucional adotada.

A situação mais grave foi em Angola, onde durou para além da criação de uma nova constituição democrática. Em Moçambique terminou em 1992 com a assinatura de um Acordo Geral de Paz.

A caracterização político-constitucional geral da II República

Existe um conjunto de traços comuns que se considera contribuírem para a formação de um sistema constitucional de matriz portuguesa. São eles:

* As fontes constitucionais;
* Os princípios fundamentais;
* Os Direitos fundamentais;
* A organização económica;
* A organização política;
* A revisão da Constituição;

Os atuais sistemas constitucionais dos PALOP, mostram a influencia da Constituição Portuguesa. Esta influência compreende o estilo, a sistematização e também algumas instituições jurídico-constitucionais.

Esta questão é clara, uma vez que foi na II república dos PALOP que estes retomaram as relações com Portugal, afastando-se da ideologia soviética.

A nível das opções de Direito Constitucional, verifica-se uma multiplicidade de princípios adotados:

* **Principio republicano:** forma de governo preferida, com a eleição direta do Chefe de Estado;
* **Princípio do Estado de Direito:** de acordo as suas exigências de certeza e segurança, igualdade e separação de poderes;
* **Princípio democrático:** existência de eleições periódicas, nas quais participamos cidadãos, num sufrágio direto, secreto e universal;
* **Princípio do Estado Unitário:** rejeitado o federalismo os Estados tornaram-se unitários embora atenuados por alternativas de regionalismo político-legislativo;
* **Princípio social:** reconhecendo ao Estado o papel de intervenção na prestação de direitos económico e sociais;
* **Princípio internacional:** a soberania estadual não impede a inserção do Estados em organizações internacionais;

Em matéria de direitos fundamentais, salienta-se que todos os textos constitucionais contêm extensas listagens, que integram a primeira parte das respetivas constituições.

Apresentam uma conceção heterogénea de direitos fundamentais que têm influência liberal, social e democrática.

O conjunto de direitos fundamentais é reforçado com as regras que orientam a intervenção do legislador ordinário, subordinado a outros poderes públicos.

O sistema constitucional de direitos fundamentais é considerado aberto pelo apelo a direitos fundamentais atípicos e à DUDH[[9]](#footnote-9).

A organização económica beneficia de importantes normas constitucionais acolhendo um sistema capitalista de mercado abandonando, definitivamente, a economia planificada. Ainda assim, conservaram-se algumas instituições da I República:

* Conservou-se a propriedade pública da terra: globalmente nacionalizada aquando da independência, embora o Estado possa conceder o direito de uso das mesmas:
* Limitou-se o investimento estrangeiro: tendência que tem vindo a aumentar à medida que o poder dos grupos económicos estrangeiros tem vindo a aumentar;

Todos os sistemas políticos africanos de língua portuguesa visam o dinamismo dos órgãos do poder político, com a intervenção efetiva do Chefe de Estado, do Parlamento e do Executivo.

Por divergências interpretativas, a evolução desses sistemas tem apontado para direções distintas:

* **Numa direção parlamentarizante:** parlamentarismo racionalizado (Cabo Verde);
* **Numa direção presidencializante:** o PR é o chefe efetivo do Governo e a figura do P. Ministro tem fraca autonomia política (Angola, Guiné-Bissau e Moçambique);
* **Numa direção semipresidencial:** o Chefe de Estado possui competências executivas em matéria de defesa e de relações externas (S. Tomé e Príncipe);

A característica comum nos textos constitucionais prende-se com a sua híper-rigidez. Na sua alteração, os textos submetem-se a regras próprias, que afastam o respetivo procedimento dos esquemas gerais:

* **Limites orgânicos:** a aprovação constitucional é exclusiva dos órgãos parlamentares;
* **Limites procedimentais:** exige-se a aprovação das alterações constitucionais por maioria de 2/3 dos Deputados;
* **Limites temporais:** a revisão só pode ser feita de 5 em 5 anos;
* **Limites materiais:** a revisão constitucional não pode por em causa certas matérias, valores, ou princípios, considerados parte da identidade do sistema constitucional;
* **Limites circunstanciais:** proibindo a revisão constitucional durante a vigência do estado de exceção;

Descrição breve dos Direitos Constitucionais Africanos Lusófonos

**Angola**

Angola foi o último Estado africano de língua portuguesa a alcançar a paz. Esta formalizou-se com os acordos de Bicesse, depois dos quais se realizaram as primeiras eleições gerais do país (presidenciais e legislativas).

Logo, não foi aprovada uma constituição, mas sim uma Lei Constitucional destinada a acomodar o regime democrático e a garantir o pluripartidarismo.

Porém, a UNITA nunca aceitou os resultados dessas eleições e a guerra foi retomada pouco depois.

Em 2010 foi, finalmente, aprovada a Constituição da República de Angola que veio terminar com a longa transição político-constitucional iniciada em 1992. Assim, estabeleceu-se um quadro jurídico-constitucional global e definitivo.

**Cabo Verde**

No caso de Cabo Verde, a transição para a democracia foi muito mais rápida. A sua primeira constituição (provisória) data de 1975 –Lei da organização política do Estado.

Apesar da alternância democrática, visível nas maiorias parlamentares entre os dois partidos mais relevantes do país, Cabo verde conseguiu aprovar um texto constitucional definitivo a 5 de setembro de 1980.

A atual constituição é de 25 de setembro de 1992 e foi redigida num ambiente de abertura política e pluripartidarismo. Este documento já foi alterado várias vezes com o propósito de aperfeiçoar o parlamentarismo, a intervenção popular e o sistema de fiscalização judicial da constitucionalidade.

**Guiné**

A Guiné ainda hoje vive períodos conturbado motivados por alguns golpes de Estado.

A sua independência foi proclamada em 1973, vindo o texto constitucional desta altura a ser retomado em 1974, aquando da sua proclamação da independência formal e reconhecida.

A Constituição atual deste Estado é a terceira, uma vez que, em 1980, o país passaria por um golpe de Estado que resultaria num período revolucionário. Este teve a duração de 4 anos durante os quais se elaborou uma Constituição.

Após esse espaço de tempo, efetuar-se-ia uma nova e atual Constituição, a de 1984, revista em 1991 e 1993. Estas revisões incidiram em aspetos secundários, já que todas as tentativas de revisão geral falharam, quer por ausência de acordo Parlamentar, quer por falta de promulgação do Presidente da República.

**Moçambique**

Moçambique alcançou a independência em 1975 e tem sido um caso de sucesso de negociação internacional da paz. Nesta data entrou em vigor uma constituição que vigoraria até 1990.

Em 1990 foi aprovada uma nova Constituição à qual foram feitas algumas revisões. Estas incidiram nos partidos e no regime de candidatura do Presidente da República; no poder local; e nas competências do Conselho Constitucional.

Desde 2005 está em vigor um novo texto constitucional (aprovado em novembro de 2004), marcado pela tomada de posse dos novos titulares dos órgãos eleitos: o PR e a AR.

**São Tomé e Príncipe**

A pobreza de S. Tomé e Príncipe tem provocado vários momentos de agitação política.

A independência foi alcançada em julho de 1975, mas o seu texto constitucional só entraria em vigor em novembro desse ano.

A atual Constituição de São Tomé e Príncipe data de 1990 e foi a única dos PALOP sujeita a referendo popular. Foi também sujeita a várias revisões constitucionais que melhoraram muitas das suas soluções iniciais, por exemplo, em matéria de fiscalização da constitucionalidade e regime de revisão constitucional.

O Direito Constitucional de Timor-Leste

O Estado de Timor-Leste nasceu a 20 de maio de 2002, trazendo a primeira Constituição da vida desse Estado.

Para que se possa falar de Constituição é preciso falar de realidade estadual, pelo quea situação de Timor-Leste não se trata de uma qualquer. Este foi um momento duplamente constituinte:

* Constituinte de um Estado, que se apresenta à comunidade internacional;
* Constituinte de uma Ordem jurídica, através da adoção de uma constituição que regerá os seus fundamentos;

A última descolonização portuguesa foi crucial para Timor-Leste, já que este território seria logo anexado pela Indonésia.

Graças a uma conjugação de circunstâncias de política internacional, ao esforço de resistência interna contra a ocupação indonésia e ao empenho do Estado Português, foi possível estabelecer um referendo internacional, levado a cabo pela ONU, cujo resultado seria a independência política do território face à Indonésio e, consequentemente, a proclamação e um novo Estado.

O texto constitucional timorense é composto por sete partes, antecedidas por um preâmbulo. Este dá primazia aos aspetos materiais sobre os aspetos organizatórios e às questões económicas e sociais. É também dado relevo à matéria de defesa e segurança e aos princípios fundamentais.

O preâmbulo aborda diversos conteúdos que assumem uma grande importância para a contextualização do novo Direito Constitucional Timorense. Por não fazer parte do articulado do texto constitucional, o preâmbulo não tem força dispositiva tendo, no entanto, um inegável interesse histórico e hermenêutico:

* **Histórico:** porque apresenta uma visão oficial acerca dos acontecimentos que estiveram na génese do Estado;
* **Hermenêutico:** porque representa uma intervenção textual do legislador constituinte;

Quanto à rigidez, a opção tomada foi a adoção de um texto constitucional hiper-rígido, com a existência de diversos limites ao poder de revisão constitucional:

* **Limites orgânicos:** a revisão fica exclusivamente a cargo do Parlamento Nacional;
* **Limites procedimentais:** as alterações constitucionais devem ser aprovadas por maioria de 2/# dos Deputados em efetividade de funções;
* **Limites temporais:** A revisão ordinária só pode ser feita de 6 em 6 anos, embora se permita a revisão extraordinária por votação de pelo menos 4/5 dos Deputados;
* **Limites materiais:** Há um conjunto de matérias que não pode ser alvo de revisão;
* **Limites circunstanciais:** a vigência do estado de exceção impede a revisão constitucional;

A Constituição de Timor-Leste segue algumas principais orientações que se manifestam em vários princípios:

* Princípio do Estado de Direito;
* Princípio do Estado Unitário, da separação dos poderes e da descentralização administrativa;
* Princípio da independência política e da cooperação internacional;
* Princípio da constitucionalidade;
* Princípio da sociabilidade;
* Princípio da liberdade e do pluralismo político e partidário;
* Princípio da liberdade religiosa e da cooperação;

Estes princípios não fogem ao constitucionalismo moderno, no entanto, apontam-se dois aspetos que oferecem uma certa força:

* As relações entre a lei e o costume como fontes de Direito Timorense;
* As relações entre o estado e as confissões religiosas;

Em matéria de fontes de Direito, o Estado Timorense proclama o princípio da constitucionalidade, segundo o qual “As leis e os demais atos do Estado e do poder local só são válidos se forem conformes à Constituição”.

Contudo, o texto Constitucional não estabelece o monopólio da lei estadual como fonte do Direito Timorense e aceita a relevância do Direito costumeiro no termo em que estes não contrariem a Constituição e a legislação que trate especialmente o direito consuetudinário”.

O texto constitucional timorense afirma a não identificação do Estado com as religiões, mas aceita que as respetivas relações se apoiem numa ideia de cooperação: “O Estado promove a cooperação com as diferentes confissões religiosas, que contribuem para o bem-estar do povo de Timor-Leste”.

As confissões religiosas que se encontram implantadas em Timor-Leste, devem levar em especial consideração a Igreja Católica, expressamente nomeada no texto constitucional., o que pode ser interpretado como favorecimento ao legislador ordinário, em detrimento de outras religiões.

Quanto a direitos fundamentais, são estabelecidos “Direitos, deveres, liberdades e garantias fundamentais”. Neste domínio nota-se uma herança cultural ocidental, com apelo à teoria liberal e social.

“Os direitos fundamentais consagrados na Constituição não excluem quaisquer outros constantes da lei e devem ser interpretados em consonância com a Declaração Universal dos Direitos do Homem.[[10]](#footnote-10)

Neste domínio, o sistema constitucional de Timor oferece algumas particularidades:

* Uma mais intensa proteção do Direito à vida;
* Uma idade mais baixa para a titularidade de direitos políticos que é admissível a partir dos 17 anos;
* Uma justa e moderna preocupação de promoção dos homens e das mulheres;

A organização do poder político, dentro do princípio do Estado unitário, conhece a descentralização administrativa:

* **A nível regional:** especial organização para o enclave Oe-cusse Ambeno e para a ilha de Ataúro;
* **A nível local:** atribuição de poderes de natureza administrativa às instituições do poder local;

No plano da democracia representativa, existe uma conceção próxima ao semipresidencialismo, tal como vigora em Portugal.

Quanto à interdependência de poderes, Timor vai um pouco mais longe uma vez que o Parlamento Nacional intervém na escolha de alguns dos titulares do poder judicial.

É também de mencionar p reconhecimento da democracia semidirecta visível na adoção do mecanismo do referendo nacional. No entanto, este tem alguns entraves:

* Quanto ao procedimento de decretação, a necessidade de ser proposta por um terço dos Deputados;
* Quanto às matérias suscetíveis de referendo, excluem-se matérias como a revisão constitucional;

No que diz respeito à fiscalização da constitucionalidade, não se optou pela criação de um órgão específico. Esta tarefa cabe, assim, ao Supremo Tribunal de Justiça.

## Outros Direitos Constitucionais

O Direito Constitucional da Suíça

O Direito Constitucional da Suíça nasceu segundo uma estrutura confederada, que daria vida à Confederação Helvética. Deste modo, a Suíça é hoje uma federação composta por cantões (Estados federados), que são soberanos em todos os aspetos que não sejam limitados pela Constituição federal.

A Constituição Suíça foi aprovada em referendo em abril de 1999. É uma constituição com 169 artigos, altamente influenciada pelo texto constitucional anterior, do século XIX, no qual se procedeu à transição para uma confederação.

Está organizada, para além do preâmbulo, em títulos, que regulam: as disposições gerais; os direitos fundamentais; cidadania e objetivos sociais; a confederação, cantões e comunas; o povo e os cantões; as autoridades federais; e a revisão da Constituição e disposições transitórias.

No âmbito do desenvolvimento do princípio democrático, este texto constitucional cultiva:

* A dimensão participativa
* A dimensão representativa

São vários os mecanismos de intervenção dos cidadãos na atividade política realizada pelos órgãos legislativos através:

* Da iniciativa legislativa popular para a revisão da Constituição;
* Do referendo obrigatório, do povo e dos cantões;
* Do referendo facultativo;

Quanto à organização de governo, vigora um sistema de governo diretorial, singular, e pela primeira vez experimentado nos países de referência para a cultura jurídico-constitucional europeia.

A Suíça não deixa de ser uma República, com o s seguintes órgãos:

* **Assembleia Federal:** com competências legislativas e financeiras. É um parlamento bicameral composto pelo Conselho Nacional (200 deputados proporcionalmente repartidos em função dos cidadãos de cada cantão) e pelo Conselho dos Estados (com 46 deputados, dois por cada cantão e um por cada semi-cantão);
* **Conselho Federal:** com competências administrativas. É um órgão diretorial, composto por 7 membros, com mandato de 4 anos, eleitos pela Assembleia Federal;
* **Tribunal Federal:** com competências de fiscalização da constitucionalidade, em matéria de Direito Civil, Penal e Administrativo. Tem autoridade judicial suprema do Estado, e os seus juízes são eleitos pela Assembleia Federal;

O sistema de governo diretorial tem grande proximidade ao sistema de governo presidencial na medida em que é assegurada a independência dos órgãos legislativos e executivos entre si, não existindo nenhum elemento de mútua responsabilidade política.

O órgão executivo é colegial e escolhido pelo órgão legislativo, não havendo legitimidade popular direta.

A função do Chefe de Estado é desempenhada por um dos seus membros com mandato de um ano, segundo eleição da Assembleia Federal.

O Direito Constitucional da Itália

A Itália como é conhecida nos dias de hoje é considerada um Estado jovem que passou por um período de unificação.

Reconhecem-se duas eras de evolução histórico-constitucional da Itália moderna e unificada:

* Uma primeira era monárquica, de 1870 ao fim da II Guerra Mundial, altura em que cessou o sue primeiro texto constitucional, o Estatuto Albertino de 1848.
* Uma segunda e atual era republicana, sob a vigência da Constituição de 1947 aprovada em referendo;

A Constituição Italiana é inspirada na Constituição de Weimar redigida após a queda do regime monárquico-fascista. Totaliza 139 artigos que regulam os princípios fundamentais do Estado; os direitos e deveres dos cidadãos; e a organização da república; dispondo de algumas considerações transitórias e finais.

Esta Constituição conta com várias revisões que levaram à consolidação do sistema. Considere-se que, numa primeira fase, foi desenvolvido um sistema constitucional demasiado parlamentar.

As linhas de força do texto Constitucional Italiano prendem-se com:

* **Forma institucional de governo:** uma importante conquista após a tradicional forma monárquica e o regime fascista;
* **Direitos fundamentais:** influenciados pela Doutrina Social da Igreja, dando importância às dimensões social e individual;
* **Organização do Estado:** coordenação entre o caráter unitário e o regionalismo político-administrativo;

Quanto ao sistema de governo consagrado pela Constituição, vigoram os seguintes órgãos constitucionais:

* **Poder legislativo:** composto pela Câmara dos Deputados (630 deputados eleitos num sistema misto) e pelo Senado da República (315 Senadores eleitos por sufrágio universal e direto para um mandato de 5 anos. O PR pode nomear cinco cidadãos excecionais para um mandato vitalício).
* **Presidente da República:** Tem poderes representativos e é eleito para um mandato de7 anos pelo conjunto das câmaras parlamentares e três delegados de cada região;
* **Governo:** É dotado de poderes administrativos e legislativos delegados. É composto pelo primeiro-ministro e pelos ministros nomeados pelo PR carecendo da confiança das duas câmaras parlamentares;

O sistema de governo da Itália pode considerar-se um parlamentarismo de gabinete.

O Direito Constitucional da Alemanha

A Alemanha tem um grande destaque na Doutrina Jurídica por ser pioneira de algumas instituições que influenciaram importantes ordenamentos jurídico-constitucionais europeus.

O atual texto constitucional começou por ser provisório, sendo agora definitivo. Por este motivo não se lhe dá o nome de Constituição mas de Lei Fundamental.

A Lei Fundamental é composta por 180 artigos e entrou em vigor em maio de 1949. Depois da queda do muro de Berlim, deu-se a unificação das duas Alemanhas, desaparecendo a RDA, cujo território passou a estar sob a legitimidade da Lei Fundamental.

A primeira Constituição alemã data de 16 de abril de 1871, altura em que o país estava sob a liderança do chanceler Otto Bismark. Esta consagraria um sistema constitucional monárquico, declarando-se Guilherme I Imperador Alemão do II Reich.

Este exaltava os poderes de Chanceler, Chefe do Governo (em detrimento do Parlamento), numa afirmação de uma monarquia dualista na qual vigoravam o princípio monárquico e a ausência de responsabilidade parlamentar do Governo.

A derrota na I Guerra Mundial e a dissolução dos impérios centrais europeus, construiu a necessidade de adoção de um novo texto constitucional. Nasce, assim, a Constituição de Weimar, aprovada em agosto de 1919. Esta tornava a Alemanha numa República que valorizava o papel do Parlamento e do Chanceler, detentor de grandes poderes, em detrimento do PR que mantinha uma função apagada.

Com a ascensão de Hitler, a Ordem Constitucional foi substituída pelo *Fuhrerprinzip* que significava uma pessoalização do poder, a abolição dos direitos fundamentais anteriormente consagrados e a ausência do poder legislativo.

Aspetos que marcam a singularidade do atual Direito constitucional Alemão:

* A elevada efetividade da proteção dos direitos fundamentais;
* O sistema de governo parlamentar racionalizado, assim como a estrutura Federal do Estado;
* A fiscalização da constitucionalidade a cargo do tribunal Constitucional Federal;

A defesa dos Direitos Fundamentais na Lei Fundamental atingiu grande eficiência e efetividade, em parte devido à ajuda da doutrina e da jurisprudência.

Esta Lei tem um catálogo muito desenvolvido de Direitos positivados como de mecanismos que o acompanham e permitem a sua melhor aplicação. Alguns desses mecanismos são:

* A vinculação direta e pública de todos os poderes do Estado;
* A consagração da dignidade e da inviolabilidade da pessoa humana;
* A sobrevivência de alguns direitos mesmo em regime de Estado de exceção;
* A perda de direitos fundamentais em resultado da violação da Ordem Constitucional livre e democrática;
* A limitação das normas restritivas do exercício dos direitos fundamentais;

Em matéria de organização do poder federal, o texto constitucional prevê os seguintes órgãos constitucionais:

* **Parlamento Federal:** (598) Representa os cidadãos alemães nos vários Estados federados. Os seus membros são eleitos pelo princípio do voto nominativo e do escrutínio proporcional para um mandato de 4 anos;
* **Conselho Federal:** Representa os Estados Federados. Os seus 69 membros são designados pelos respetivos governos estaduais;
* **Presidente Federal:** É eleito para um mandato de 5 anos pela Assembleia Federal;
* **Assembleia Federal:** Conjunto de membros do Parlamento Federal e de um número igual de membros eleitos pelas Assembleias Legislativas dos Estados que elege o Presidente Federal;
* **Governo Federal:** Composto pelo Chanceler Federal e pelos Ministros Federais, nomeados pelo PF, tendo o Chanceler de ser eleito, anteriormente, pelo Parlamento Federal.

O sistema de governo alemão é qualificado como sistema de governo parlamentar racionalizado, devido à adoção do mecanismo da moção de censura construtiva, que limita bastante a capacidade parlamentar em determinar a demissão do Governo.

A demissão de um Chanceler por parte do Parlamento Federal, com a aprovação de uma moção de censura, só produz efeitos caso seja eleito um sucessor com maioria absoluta.

O poder judiciário tem desempenhado um papel fundamental na consolidação e modernização do Direito Constitucional. Este é entregue aos Tribunais Federais e aos Tribunais dos Estados, destacando-se o Tribunal Constitucional Federal.

Esta é a principal instituição judiciária, composta por juízes federais e juízes eleitos pelo Parlamento e pelo Conselho.

A fiscalização da constitucionalidade desenvolve-se através da interpretação da Lei Fundamental e da verificação da compatibilidade das leis com o texto constitucional.

O Direito Constitucional de Espanha

O liberalismo foi instituído em Espanha em 1812, pela revolução de Cádiz. A partir daqui, sucederam-se vários textos constitucionais, sendo o atual o 10º.

A atual Constituição data de dezembro de 1978 e mostra influências das constituições portuguesa e italiana. É composta por 169 artigos dispostos em X títulos. Da altura da sua criação até à atualidade só foi alterada uma vez, com vista a permitir a ratificação do TUE.

A Constituição espanhola consagra a forma institucional monárquica, interrompida durante o período franquista.

Adota um Estado unitário que convive com a criação de comunidades autónomas equivalentes às regiões autónomas portuguesas.

Acerca dos direitos fundamentais, a CE revela algumas novidades. Nomeadamente, a distinção entre os direitos de defesa e os princípios da política social.

O sistema de governo tem-se encaminhado para um parlamentarismo de gabinete, resultante da redução da atividade da componente monárquica e da estabilidade governativa dada ao sistema bipartidário, que tem gerado maiorias parlamentares e governativas sólidas.

O sistema de governo distribui-se pelos seguintes órgãos políticos:

* **Coroa:** tem como titular o Rei, Chefe de estado e símbolo da sua unidade. É hereditária dentro da ordem regular de primogenitura e representação;
* **Cortes Gerais:** são o Parlamento espanhol de estrutura bicameral:
  + **Congresso dos deputados:** composto por 350 deputados dentro de um mínimo de 300 e um máximo de 400, segundo um sistema proporcional, direto e secreto, para um mandato de 4 anos;
  + **Senado:** Câmara de representação territorial, com um número variável de senadores em acordo com os respetivos círculos, num total de 208 eleitos diretamente e 51 escolhidos por sufrágio indireto.
* **Governo:** órgão dirigente da política interna e externa. Exerce a função executiva e o poder regulamentar. Integra o Presidente, o Vice-Presidente, os Ministros e outros membros que estejam previstos.

# Evolução do Direito Constitucional Português

## Aspetos de Ordem Geral

A periodificação da História do Direito Constitucional Português

A criação do Estado português remonta ao ano de 1179, quando o Papa Alexandre III reconheceu D. Afonso Henriques como Rei de Portugal através da Bula Manifestis Probatum.

O constitucionalismo português apareceu na Idade contemporânea com a Revolta liberal de 1820. A partir daqui contam-se dois períodos constitucionais até ao atual:

* O constitucionalismo liberal (monárquico)
* O constitucionalismo autoritário (corporativo)

Entre estes períodos, que não são inteiramente reconhecidos, apontam-se dois principais fenómenos históricos também relevantes à História do Constitucionalismo português: a implantação da República e a laicização do Estado.

Resumindo: a evolução histórica do Direito Constitucional Português. De forma a poder melhor conhecer-se as características específicas de cada uma das seis Constituições que o compõem, deve ser dividida, para efeitos de análise global, em quatro diferentes períodos:

1. **Período Liberal-Monárquico:** Integrou as 3 primeiras Constituições (1822, 1826 e 1838). Caracteriza-se pela conceção do Estado de Direito na sua modalidade liberal e pela proclamação das liberdades e direitos fundamentais de 1ª geração.

Estes textos defenderam a separação dos poderes segundo Montesquieu e consagraram a monarquia constitucional como forma institucional do governo.

1. **Período Liberal-Republicano:** Correspondeu à vigência do texto constitucional de 1911, aprovado na sequência da Implantação da República a 5 de outubro de 1910.

Na estrutura do pdoer político manteve-se a separação dos poderes, mas acentuou-se o papel dos partidos políticos e a parlamentarização do governo;

1. **Período Nacionalista-Autoritário:** Compreendeu a vigência da Constituição de 1933, antecedida por um período de ditadura militar sem texto constitucional.

Caracteriza-se pelo regime ditatorial e pelo nacionalismo exacerbado do Estado.

1. **Período Democrático-Social:** Integra a vigência da atual Constituição, a de 1976, incluindo as suas sete revisões. Esta foi elaborada por uma Assembleia Constituinte eleita por sufrágio universal direto.

Para além de afirmar uma nova ordem constitucional estabelecida na realidade constitucional, trouxe também algumas ideias novas ao constitucionalismo português:

* A proteção efetiva dos direitos fundamentais;
* A intervenção do Estado na economia;
* A repartição de atribuições entre o estado e as regiões autónomas;
* O equilíbrio do sistema de governo entre a componente presidencial e a componente parlamentar com a adoção de um semipresidencialismo;
* A adoção de um mecanismo seguro de controlo da constitucionalidade das leis assente nos Tribunais em geral e no Tribunal Constitucional;

As constâncias e ruturas do constitucionalismo português

* À exceção da constituição de 1933, nominal, todas as Constituições portuguesas foram normativas.
* Nunca houve momentos de retorno à época pré-constitucional.
* Todos os textos constitucionais se apresentaram numa conceção rígida, na qual a revisão constitucional se submetia a regras específicas.
* Os direitos fundamentais foram sempre parte integrante do texto constitucional, sendo nele positivados. Nunca foram, portanto, remetidos para outros textos externos.  
  A positivação constitucional fez-se de forma aberta, permitindo a eventual integração de novos direitos fundamentais.
* A forma institucional de governo reparte-se em dois momentos: o monárquico, com uma monarquia constitucional; e o republicano.
* Apenas na Constituição de 1822 se adotou a estrutura de Estado composto, com a consagração da União Real entre Portugal e o Brasil. Todos os outros textos constitucionais declararam um Estado unitário.
* As variadas experiências dependeram da forma institucional de governo e da forma política de governo. Portugal experimentou a monarquia constitucional; o parlamentarismo infrene (1911); o antiparlamentarismo (1993) e o semipresidencialismo atual (1976).

## A Constituição liberal de 1822

A Revolução Liberal de 1820 e a “Súplica pela Constituição” de 1808

A primeira Constituição portuguesa surgiu do rescaldo da Revolução Liberal de 1820. Já anteriormente, em 1808, período das invasões francesas, se pedira a Junot a criação de uma Constituição, o que nunca chegou a acontecer.

Feita a Revolução, pretendia-se o retorno do rei que estava no Brasil, e a adoção de um regime monárquico constitucional com base em algumas orientações.

Estas prendiam-se com a aprovação de um texto constitucional, com a consagração dos direitos fundamentais, com o estabelecimento da separação de poderes e com a criação de uma união Real entre Portugal e o Brasil.

Decretaram-se, assim, Cortes gerais, extraordinárias e Constituintes que preparassem a base da Constituição (1821) de modo a assegurar os direitos básicos dos cidadãos e organizar e limitar o poder político.

As “Bases da Constituição” de 1821

O principal propósito da pré-Constituição de 1821, “As Bases da Constituição” era a proclamação de vários princípios que assegurassem os direitos individuais do Cidadão e estabelecessem a organização e os limites dos Poderes Políticos do Estado.

O texto das Bases da Constituição era assim composto por, simplesmente, duas secções, nas quais se resumiam as duas principais matérias: os direitos individuais do cidadão; e a Nação portuguesa, a sua religião, governo e dinastia.

A primeira compreendia o elenco de direitos fundamentais como a liberdade, a culpa no Direito Penal, a proibição de prisão sem culpa formada, o direito de propriedade, a humanização das penas e o direito de petição e sigilo de correspondência.

A segunda parte assinalava o caráter constitucional da nação, a introdução da monarquia constitucional e da religião católica como oficial, a separação dos poderes e o princípio de soberania nacional.

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

Após um ano de discussões, as Cortes aprovaram a Constituição de 1822 a 23 de setembro, composta por 240 artigos dispostos em VI títulos:

**Título I:** Dos direitos e deveres dos cidadãos

**Título II:** Da nação portuguesa e seu território, religião, governo e dinastia

**Título III:** Do poder legislativo e das Cortes

**Título IV:** Do poder executivo ou do Rei

**Título V:** Do poder judicial

**Título VI:** Do governo administrativo e económico

A primeira constituição portuguesa mostrou semelhanças com a Constituição de Cádis de 1812 e com as Constituições francesas de 1791 e 1795.

Esta Constituição esteve em vigência em dois períodos diferentes:

1. O primeiro período foi muito curto, terminando em 1823 com a Vilafrancada, repondo-se a ordem institucional pré-constitucional;
2. O segundo período de vigência compreenderia a época após a Revolução de setembro de 1836, até abril de 1838, quando entrou em vigor a Constituição de 1838.

Em nenhum destes períodos a Constituição sofreu alterações.

A conceção progressiva dos direitos fundamentais

Um dos grandes marcos a assinalar nesta primeira Constituição é a proclamação dos Direitos fundamentais de inspiração iluminista e liberal. Pela primeira vez, verificou-se a positivação dos direitos fundamentais através da trilogia “Liberdade, segurança e propriedade”.

Em síntese dos domínios em que estes direitos trouxeram inovação, salientam-se os mais importantes:

* A humanização do Direito Penal e do Direito Processual Penal;
* A consagração do Direito de propriedade bem como da liberdade económica, no âmbito do liberalismo económico;
* A abolição dos privilégios e a proclamação do princípio da igualdade;
* O reconhecimento de liberdades de opinião, reunião e associação;
* A participação democrática na escolha dos parlamentares – representação política;

Esta Constituição tinha também alguns objetivos sociais:

* O ensino de ambos os sexos a ler, escrever e contar;
* A criação de novos estabelecimentos de instrução pública;
* O aumento de casas da misericórdia e hospitais;

Infelizmente estas ideias cedo foram abandonadas, para só virem a ser retomadas no período do constitucionalismo Republicano.

Estabeleciam-se, também, alguns deveres fundamentais como: venerar a religião, defender a Pátria, respeitar as autoridades públicas e contribuir nas despesas do Estado.

Esta formulação de deveres fundamentais seria abandonada para vir a reaparecer em contextos bastantes diferentes: no regime autoritário e no atual regime democrático-social.

O “presidencialismo” monárquico inoperante

Relativamente à organização política, verificou-se uma distribuição clássica dos poderes em legislativo, executivo e judicial, através da representação dos respetivos órgãos: Cortes, Rei e tribunais.

* **Cortes:** Eram um órgão parlamentar unicameral com poder legislativo e de fiscalização política. Tinha uma base representativa com uma legislatura de 2 anos. A sua designação era feita por sufrágio universal, direto e universal dos cidadãos.
* **Rei:** Era o detentor do poder executivo, juntamente com os secretários de Estado e o Conselho de Estado. Este tinha uma natureza consultiva e era composto por 13 cidadãos eleitos para um mandato de 4 anos.
* **Tribunais:** Eram responsáveis pelo poder judicial e independentes. Existiam várias categorias de juízes (de facto e letrados) e de tribunais (1ª instância, de relação e STJ). Competia-lhes também o sistema de fiscalização parlamentar.

A Constituição de 1822 consagrou um sistema de governo “presidencial”, com a exceção de o Chefe de estado ser, não um Presidente da República, mas sim o Rei, nos seguintes termos:

* **A independência recíproca dos órgãos do Estado**: o poder executivo não podia dissolver o Parlamento, nem este demitir os Secretários.
* **O poder de veto Real era suspensivo:** ultrapassável por uma maioria estabelecida;
* **O caráter unicameral das Cortes:** não havendo espaço para os representantes da aristocracia;
* **A eleição direta como modo de designação dos membros das Cortes:** princípio democrático;

A união Real entre Portugal e o Brasil

A primeira Constituição portuguesa estabelecia uma união real entre Portugal, com todos os seus territórios ultramarinos, e o Brasil.

Assim, ambas as potências tinham em comum o Rei, as Cortes e o Conselho de Estado.

Ainda assim, o Brasil gozava de autonomia institucional, para a qual se criou uma Delegação do Poder Executivo, com as funções de regência. Estas eram limitadas não lhes sendo permitido, por exemplo, prover lugares do STJ, nomear embaixadores, fazer tratados políticos ou declarar a guerra

No domínio judicial, estabelecia-se que o Brasil tivesse também um STJ com as mesmas atribuições que o de Portugal.

A união real apenas era relevante no plano do pdoer executivo, sendo, por isso, uma união real imperfeita. Esta não duraria muito tempo, uma vez que em setembro de 1822 o Brasil proclamaria a sua independência política, fazendo caducar as normas referentes à união real.

## A Carta Constitucional de 1826

Da ordem pré-constitucional à Restauração Constitucional

O ambiente causado pela proclamação da independência do Brasil não permitiu que a Constituição de 1822 vigorasse durante muito tempo.

Reconhecia-se que a primeira Constituição portuguesa tinha sido muito revolucionária. Deste modo, tentava fazer-se a ponte entre os legitimistas, liderados por D. Miguel, monárquicos; e os liberais, liderados por D. Pedro IV. Assim, nasceu a Constituição de 1826, como um texto mais moderado.

A outorga régia do texto constitucional e as suas três vigências

Esta Constituição, outorgada em abril de 1826 era composta por 145 artigos, dispostos em VIII títulos que regulavam:

* O reino de Portugal, o seu território, governo dinastia e religião
* Os cidadãos portugueses
* Os poderes e a representação nacional
* O poder legislativo
* O Rei
* O poder judicial
* A administração e economia das províncias
* As disposições gerais e garantias dos direitos civis e políticos dos cidadãos

Este foi o texto constitucional que, excetuando o atual, vigoraria durante mais tempo. A sua vigência não foi contínua, dividiu-se em três períodos:

* **1ª vigência:** 1826 – 1928

Entre este período e a segunda vigência da Carta Constitucional gerou-se a desconfiança entre as câmaras, pelo que D. Pedro chama D. Miguel para governar até a sua filha atingir a maioridade.

No entanto, D. Miguel, monárquico, convoca as Cortes e declara-se Rei absoluto de Portugal. Isto culmina com uma guerra civil entre 1833 e 1834, da qual os liberais saem vitoriosos.

* **2ª vigência:** 1834 – 1836

A 2ª vigência iniciou-se com a vitória liberal. As Cortes dividiram-se, então, em três partidos: Esquerda, democrática; Direita, conservadora; e Centro, moderado e burguês.

Esta vigência termina com a Revolução setembrista de 1836. Esta foi levada a cabo pelos opositores democráticos que, para marcar a sua intenção renovadora, repõe a Constituição de 1822.Este governo atuava de forma ditatorial (Ditadura setembrista). Porém, a Constituição de 1822 não foi restituída com sucesso sobretudo pelo contexto diferente, e porque quem escreveu a C. 1822 não tinha experiência política.

Há, assim, uma violenta reação do partido cartista, defendendo o retorno da Carta Constitucional.

* **3ª vigência:** 1842-1910

A terceira vigência iniciaria com o golpe de Estado de Costa Cabral, que poria fim à Constituição de 1838.

A desvalorização sistemática e o avanço regulativo dos direitos fundamentais

Com a Carta Constitucional assiste-se a uma desvalorização simbólica dos Direitos fundamentais, uma vez que são remetidos para o último artigo do texto constitucional.

Basicamente, a Carta constitucional possibilitou a manutenção de todos os direitos fundamentais e sociais anteriormente previstos e acrescentou ao seu leque:

* O princípio da retroatividade das leis
* A limitada liberdade religiosa
* A liberdade de deslocação e emigração
* A necessidade de decretação da prisão por autoridade legítima
* A independência do poder judicial e o principio do caso julgado
* A liberdade de trabalho e de empresa
* A defesa da propriedade intelectual
* O direito de reunião

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

Quanto à organização política, a Carta Constitucional manteve a separação dos poderes, com o acréscimo do poder moderador, a cargo do Rei. A divisão dos poderes era então feita pelas cortes, pelo Rei e pelos tribunais.

* **Cortes:** tinham o poder legislativo e uma estrutura bicameral (bicameralismo perfeito):
  + **Câmara dos Pares:** Constituída pelos aristocratas designados pelo Rei, a título vitalício ou hereditário;
  + **Câmara dos deputados:** Parlamentares eleitos indiretamente, e depois através de sufrágio direto para um mandato de 4 anos;

O bicameralismo denominava-se perfeito porque ambas as câmaras podiam intervir na aprovação dos diplomas.

* **Rei:** Era titular de dois poderes distintos: o moderador e o executivo.
  + **Poder moderador:** Incluía a prática de atos necessários ao equilíbrio do sistema político como, a dissolução das cortes, a demissão de ministros e o poder de veto;
  + **Poder executivo:** Incluía a prática de atos de administração exercidos pelos seus secretários e ministros;
* **Tribunais:** Exerciam o poder judicial composto por juízes e jurados. Eram visíveis preocupações que vinham da C1822, como a especialização funcional e hierárquica na categorização dos tribunais;

Inicialmente, o poder moderador fez do rei uma figura central do sistema político. No entanto, com o passar dos anos, o sistema tornou-se cada vez mais parlamentar e o Rei viu bastante reduzida a sua intervenção.

Surgiu, assim, um equilíbrio entre a componente monárquica e parlamentar que levaram à atenuação do principio democrático, e tornaram esta Constituição mais conservadora. As razões foram as seguintes:

* A estrutura bicameral das Corte, permitindo a intervenção da aristocracia;
* O sufrágio indireto, que filtrava a vontade eleitoral;
* A fraca subsistência das Cortes devido ao poder moderador;
* O veto absoluto do Rei que condicionava a atividade legislativa do Parlamento;

Os sucessivos atos adicionais

No terceiro período da vigência desta Constituição, realizar-se-iam quatro revisões, a que se deram o nome de atos constitucionais e que enfraqueceram o poder moderador sem o extinguirem:

* **AA de 5 de julho de 1852:** Instituição das eleições diretas para a câmara dos deputados, reforço do poder das cortes, concessão de poderes normativos ao Governo e abolição da pena de morte por crimes públicos;
* **AA de 24 de julho de 1885:** modificação do estatuto da câmara dos pares, reduzindo o poder aristocrático e aproximando-a do principio democrático; positivação do direito de reunião;
* **AA de 25 de setembro de 1895 – 3 de abril de 1896:** reforço da posição política do Governo em relação ao poder moderador e legislativo;
* **AA de 23 de dezembro de 1907:** ilimitação do número de pares vitalícios e consagração no STJ para o julgamento dos delitos cometidos pelos ministros do estado;

Estes Atos adicionais enquadram-se em dois períodos caracterizados pela estabilização constitucional:

* Período da Regeneração (1842-1890): caracterizado pelo rotativismo de partidos e pelo fomento industrial do país;
* Período da crise monárquica (1890-1910): caracterizado pelo período pós ultimado inglês;

A revisão constitucional era feita por escrito por iniciativa a câmara dos deputados. Devia ser lida três vezes, com intervalos de seis dias. Seguia-se a deliberação da Câmara dos Deputados (aprovação pro maioria), seguindo-se a sanção e a promulgação régia. Por fim, procedia-se a uma nova deliberação da câmara dos Deputados, no âmbito de uma nova legislatura.

## A Constituição Setembrista de 1838

A Revolução de 9 de setembro de 1836

A Constituição de 1838, ou Constituição Política da Monarquia Portuguesa, surgiu na sequência da revolução de 9 de setembro de 1836, que pôs fim à segunda vigência da Carta Constitucional de 1826.

Os ideais associados a este projeto revolucionário prendiam-se com a retoma dos princípios do liberalismo mais progressista.

A Constituição de 1838 traduzia, assim, um compromisso entre o vintismo e o cartismo, tendo recebido várias influências:

* Constituição Francesa de 1830 (feição monárquica/parlamentar)
* Constituição Belga de 1831 (estrutura do senado)
* Constituição Espanhola de 1837 (conciliação de duas correntes do constitucionalismo.

A formação pactícia e a vigência única do texto constitucional

Esta Constituição não teve criação imediata após a revolução. Colocou-se primeiro em vigora C1822, até se proceder à transição para a C1838. Esta era composta por 139 artigos dispostos em XI títulos.

Iniciada a sua vigência a 4 de abril de 1838,esta terminaria 4 anos depois, em 1842, com o golpe de Costa Cabral.

A sua curta vigência não possibilitou nenhuma revisão constitucional apesar de o assunto estar regulado na constituição. A iniciativa cabia à Câmara dos Deputados, tendo que, posteriormente, passar por dois momentos de aprovação.

Este texto constitucional alcançou uma dupla legitimidade constitucional:

* **Parlamentar:** por ter sido aprovado pelas Cortes Gerais, Extraordinárias e Constituintes, em março de 1838;
* **Régia:** Por ter sido aceite e jurado pela Rainha de então, D. Maria II.

Assim, a C1838 foi um texto pactuado que conciliou duas legitimidades opostas: a democrática, a cabo das Cortes; e a monárquica, simbolizada pela monarca.

O reforço da conceção liberal dos direitos fundamentais

Com esta constituição os Direitos fundamentais retomaram a parte inicial do texto constitucional. Mantiveram-se os direitos sociais anteriormente garantidos e positivaram-se alguns novos, relacionados a reforçar o estatuto liberal do individuo. Apontam-se: o direito de associação, de reunião, de resistência e a liberdade de ensino público.

A pretendida monarquia parlamentar orleanista

Na organização do poder político manteve-se a separação dos poderes, eliminando-se, todavia, o poder moderador. O poder estava, assim, distribuído da seguinte forma:

* **Poder legislativo:** Repousava nas Cortes de sistema bicameral (Câmara dos Senadores e Câmara dos Deputados), cujos membros eram, em ambos os casos, eleitos por sufrágio direto e universal.
* **Poder executivo:** Competia ao Rei, incluindo os Ministros e Secretários de estado que também tinham competências nesse domínio. O Rei era limitado através da referenda, exercida a todas as ações do Rei, sem a qual estas não tinham legitimidade.
* **Poder judicial:** Era exercido pelos juízes e jurados, estabelecendo-se diversas instâncias de tribunais, em razão da matéria e da hierarquia. Fazia-se uma distinção entre a tarefa dos juízes – aplicar o Direito – e dos jurados – comprovação dos factos.

Esta Constituição desenhou um sistema de governo misto e orleanista (abertura do sistema à população), com equilíbrio entre a componente monárquica e a parlamentar. O seu caráter misto era comprovado por, pelo menos, dois compromissos:

1. O poder de dissolução das Cortes pelo Rei, desvalorizando-se, em contrapartida, o veto real;
2. A estrutura bicameral, na qual os membros eram eleitos de forma democrática através do sufrágio direto;

## A Constituição republicana de 1911 e o interregno de Sidónio Pais

A Revolução de 5 de outubro de 1910 e o programa republicano

A 5 de outubro de 1910 é proclamada a República em Portugal. Esta baseou-se no programa republicano de 11 de janeiro de 1891, que se fundava em três vetores:

* A forma republicana de governo, com a abolição da monarquia e a substituição do Rei pelo PR;
* A laicização social do Estado, com a separação do estado e da igreja;
* O municipalismo, com a convivência de avivar o poder dos concelhos, a vontade mais próxima dos cidadãos;

Os antecedentes da constituição, a função parlamentar e as suas duas vigências

Proclamada a República, foi nomeado um governo provisório, liderado por Teófilo Braga, que concentrasse todos os esforços para a elaboração de uma nova Constituição. Até essa data, exerceu-se uma ditadura.

O projeto de constituição apresentado pela comissão encarregada inspirava-se na Constituição Brasileira de 1891, e no texto suíço.

Após algumas correções, o texto constitucional seria aprovado a 21 de agosto de 1911, com um total de 87 artigos dispostos em VII Títulos e numa secção de Disposições transitórias.

Depois de entrar em vigor, esta Constituição duraria até 1926, momento em que outra revolução poria fim à sua vigência.

A conceção liberal e republicana dos direitos fundamentais

No plano das garantias dos direitos fundamentais, a nova Constituição traria novidades quanto a nível sistemático – reposicionando-os na parte inicial do articulado constitucional e concentrando-os em dois artigos – e quanto a novos tipos de direitos que viriam a ser consagrados.

Estes novos direitos comprovavam a novidade da conceção republicana. Alguns deles foram:

* A total liberdade religiosa;
* A abolição da pena de morte e das penas corporais perpétuas ou ilimitadas;
* A garantia do habeas corpus;
* O direito de indemnização no caso de condenação injusta;

Em consonância com o municipalismo, consagrar-se-ia ainda o referendo local.

A grande deceção deste texto constitucional prendeu-se com a escassa mudança introduzida nos direitos sociais, apenas se salientando o novo caráter obrigatório e gratuito do ensino primário. Aponta-se também, a nível político, a ausente igualdade política entre homens e mulheres.

A diferença mais significativa foi a separação absoluta entre a igreja e o Estado. Esta redundaria num sistema de perseguição religiosa, de que a Igreja Católica seria a principal vítima, a despeito das afirmações de igualdade. Verificou-se:

* A abolição das ordens religiosas;
* A imposição do casamento civil;
* A nacionalização dos bens das ordens religiosas;

Em termos de regime de direitos fundamentais, este texto constitucional expressava a possibilidade de poder conter outros direitos fundamentais de valor constitucional. Como afirmava a própria Constituição “A especificação das garantias e direitos expressos na Constituição não exclui outras garantias e direitos não enumerados, mas resultantes da forma de governo que ela estabelece e dos princípios que consigna ou constam doutras leis”.

Tendo tido algumas revisões constitucionais, estas incidiram também na questão dos direitos fundamentais.

O parlamentarismo pulverizado de assembleia

A principal alteração da organização política, residiu na consagração do princípio republicano. Esta manifestou-se na substituição do rei pelo PR, o Chefe de Estado, designado por um colégio especial e não diretamente pelo voto dos cidadãos.

Para além disto, este sufrágio tinha um caráter limitado pela discriminação por idade e sexo.

O poder manteve-se tripartido nos três órgãos de soberania habituais: o poder legislativo, o executivo e o judicial.

* **Poder legislativo:** Competia ao Congresso da República, de estrutura bicameral: Senado (77) e Câmara dos Deputados (155), cujos representantes eram eleitos por sufrágio direto. Os Deputados tinham um mandato de 3 anos e os Senadores de 6.

Este órgão compreendia vastíssimas competências, sendo considerado o órgão central do sistema de governo estabelecido nesta Constituição.

* **Poder executivo:** Competia ao Presidente da República e aos Ministros, com funções de representação. O PR era eleito pelo Congresso por maioria de 2/3 dos votos, para um mandato de 4 anos, sem possibilidade de eleição ao mandato seguinte. Havia também a particularidade de poder ser destituído do cargo.

De entre os Ministros, surgiu pela primeira vez o Primeiro-Ministro, então chamado Presidente do Ministério.

* **Poder judicial:** Distribuído pelo STJ e pelos tribunais de 1ª e 2ª instâncias e exercido pelos juízes e júri. Este era facultativo em partes de matéria civil e obrigatório em matéria criminal mais grave.

Neste sistema de governo verificava-se a supremacia parlamentar sobre o poder executivo, sobretudo em 3 indícios:

* O PR era eleito pelo Congresso da República que tinha o poder de o destituir (2/3 dos votos);
* O Congresso da República não podia ser dissolvido pelo PR;
* O Chefe de Estado não tinha qualquer poder de veto;

O pioneirismo da fiscalização jurisdicional da constitucionalidade

Em matéria de poder judicial, surgiu uma novidade: o mecanismo da judicial review, ou seja, a possibilidade de qualquer tribunal aplicar a inconstitucionalidade da lei que viessem a aplicar nos litígios que tinham em mão.

Traços caracterizadores:

* Fiscalização a cargo de todos os tribunais e não uma fiscalização especializada;
* Fiscalização protetora da globalidade do texto constitucional;
* Fiscalização abrangente de qualquer ato do poder político;

As revisões constitucionais e o interregno de Sidónio Pais

Durante esta época Constitucional, foram cinco as revisões constitucionais feitas:

1. Lei nº 635, de 28/10/1916: Extinção das ordens nobiliárquicas; restauração das condecorações pelos feitos cívicos e atos militares; pena de morte só para os prisioneiros de guerra;
2. Lei nº 854, de 20/08/1916: Subsídio para parlamentares;
3. Lei nº 891, de 22/10/1919: PR pode dissolver câmaras legislativas;
4. Lei nº 1005, de 7/08/1920: Reforço do poder legislativo e executivo em matéria de colónias;
5. Lei nº1154, de 20/04/1921: Adoção de esquemas de maior funcionalidade para os trabalhadores parlamentares;

O regime de revisão constitucional estabelecia a revisão a cada 10 anos ou, perante uma maioria de 2/3, a revisão podia ser encurtada para 5 anos.

Existiam limitações à revisão, como por exemplo a abolição da forma republicana de governo.

Este período republicano sofreu uma interrupção entre 1917 e 1918, com a subida ao poder de Sidónio Pais. Este, através de um golpe de Estado, assumiu o poder, manifestando simpatias germanófilas, e concebendo um Estado corporativo através de uma Constituição rapidamente elaborada. Este período, a que se chamou “República Nova”, teve a duração de apenas um ano, terminando com o assassinato de Sidónio Pais.

Retomando-se a Constituição de 1911, alguns fatores eram já indício de instabilidade governativa e crise do parlamentarismo. Nomeadamente:

* O parlamentarismo e pulverização partidária (não havia maioria parlamentares);
* O PR era um órgão meramente decorativo;
* A participação na I GM;
* O excesso de laicização do Estado;

## A Constituição Fascizante de 1933

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, dando inicio à II República ou Estado Novo, de inspiração autoritária e fascizante.

O novo regime constitucional pretendia impor quatro negações:

* **Antiliberalismo:** fundava a ordem social no corporativismo;
* **Antiparlamentarismo:** reduziu a força política do Parlamento;
* **Anti partidário:** vigorava o monopartidarismo;
* **Antidemocrático:** limitavam-se as liberdades fundamentais;

A tardia e plebiscitária formação do texto constitucional

A nova ordem constitucional afirmou-se em duas fases distintas:

1. Ditadura militar, entre 1926 e 1933, com base em textos constitucionais avulsos e provisórios;
2. Constituição de 1933, que vigorou até 1974;

A Constituição de 1933 foi votada em março do mesmo ano, em plebiscito, no sentido autoritário do termo. De modo que, o resultado foi, obviamente, favorável. Os resultados do plebiscito foram publicados a 11 de abril de 1933, entrando a C1933 em vigor.

Este texto constitucional sofreu influencias do:

* **Plano doutrinário:** integralismo lusitano e doutrina geral da igreja;
* **Plano da praxis política:** experiências fascistas, essencialmente a italiana, e a Constituição de Weimar;

O texto da Constituição do Estado Novo era composto por 142 artigos divididos em:

- Parte I – *Das garantias fundamentais*

- Parte II – *Da organização política do Estado*

- *Disposições complementares*

O texto inicial da C1933 seria ainda completado pela republicação do Ato Colonial, destinado a esclarecer a nova organização política dos territórios ultramarinos.

A conceção nominal dos direitos fundamentais

O catálogo de direitos oferecidos era bastante diversificado. Observavam-se os tipos de direitos fundamentais já anteriormente consagrados, havendo algumas inovações em algumas categorias.

Quanto a direitos individuais, introduzir-se-iam alguns novos direitos como: o direito à vida e à integridade pessoal; o direito ao bom nome…

Nos aspetos de ordem social, houve uma viragem de acordo com a nova conceção corporativa do Estado e da sociedade. Surgiram assim novos direitos fundamentais sociais como:

* A proteção da família
* A associação do trabalho à empresa;
* O direito à educação e à cultura;
* A liberdade de criação de escolas particulares;

Quanto à religião, terminou o laicismo. Não se rejeitava, em particular, a possibilidade de um tratamento preferencial a ser dado à Igreja Católica, embora não a declarasse religião oficial.

Só com a última revisão de 1971, se consideraria a religião católica como “religião tradicional da Nação Portuguesa”. Na realidade, a religião era um dos três princípios do Estado Novo: “Deus, Pátria e Família”.

Certos mecanismos constitucionais que serviam para defender a população foram a porta aberta para a limitação dos direitos fundamentais. Por exemplo, o fim da liberdade de reunião para não haver ataques à Constituição.

Outros foram os preceitos que conduziram no mesmo sentido:

* O sistema de partido único;
* A possibilidade de prisão sem culpa firmada;
* As diversas revisões constitucionais que também pretendem acrescentar novos direitos e, no fim do regime, já com o objetivo de o suavizar;

Ordem social e económica corporativa

A estruturação da sociedade assentou no corporativismo: uma visão ordenada da sociedade, não com vista à promoção do individuo, mas sim do grupo. Nomeadamente das famílias e das corporações profissionais e sindicais.

A C1933 era clara a este respeito: “Incumbe ao Estado reconhecer as corporações morais ou económicas e as associações ou organizações sindicais, e promover auxiliar a sua formação”; “Nas corporações morais e económicas, estarão organicamente representados todos os elementos da Nação”.

A economia foi dirigida:

* Internamente, com mecanismos de condicionamento de mercado;
* Externamente, com políticas protecionistas de defesa de interesses nacionais;

O autoritarismo governativo de chanceler

Do ponto de vista da organização política “A soberania reside na Nação e tem por órgãos o Chefe de Estado, a Assembleia Nacional, o governo e os Tribunais”.

Não se visualizava, propriamente, a separação dos poderes. Verificava-se, por oposição, a concentração de poderes. Formalmente, na figura do Chefe de estado; e materialmente, no Presidente do Conselho.

* **Chefe de Estado:** Foi eleito, durante uma boa parte da vigência da C1933, por sufrágio direto de 7 em 7 anos, com um número de mandatos ilimitado. A sua atividade era auxiliada pelo Conselho de Estado, composto por 10 membros e presidido pelo Chefe de estado. Este era um órgão de consulta obrigatória no caso de tomada de decisões mais relevantes – desresponsabilização política.
* **Assembleia Nacional:** Era um órgão de vastas competências legislativas, desempenhando também um papel na fiscalização política. Era composta por 90 deputados, com eleição de 4 em 4 anos.

A assembleia Nacional era auxiliada pela Câmara corporativa, composta por representantes de autarquias locais, a quem competia dar pareceres sobre as propostas ou projetos de lei.

* **Governo:** Constituído pelo Presidente do Conselho, pelos Ministros e pelos Subsecretários de Estado. Tem funções de natureza legislativa, administrativa e política.

Apesar de ter de responder ao PR, o Presidente do Conselho era a figura central do sistema político, a quem cabia coordenar a dirigir a atividade de todos os ministros, que tinham de responder perante a sua figura**.**

* **Tribunais:** Desempenhavam a função judicial, organizando-se em tribunais ordinários e especiais. Os juízes eram dotados de garantias como a inamovibilidade, a irresponsabilidade e a vitaliciedade. Verificava-se, portanto, uma independência deste órgão face aos restantes.

A Constituição de 1933, pretendendo manter a judicial review, consagrou um mecanismo de fiscalização a constitucionalidade. A fiscalização passou a dividir-se em dois tipos:

* **Fiscalização judicial da constitucionalidade material:** não podendo aplicar leis contra a constituição;
* **Fiscalização político-parlamentar de constitucionalidade organizatória:** revisões de exclusiva competência da assembleia nacional e do Governo;

Esta Constituição adotou como sistema de governo um sistema representativo simples e de chanceler, com total predomínio do Governo, do Presidente do Conselho sobre o Presidente da República e sobre o Parlamento.

Por um lado, o sistema de governo era simples porque os poderes se concentravam no Chefe de estado que nomeava livremente os membros do Governo e dispunha de meios de controlo do Parlamento. Nomeadamente:

* Poder de dissolução livre;
* Curta duração das sessões legislativas;
* Ausência da responsabilidade política do governo perante e Assembleia Nacional;

Por outro lado, era um sistema de chanceler porque a concentração de poderes estava não no Chefe de Estado mas no Primeiro-Ministro:

* **No plano jurídico:** pela referenda ministerial e pelos amplos poderes legislativos do Governo;
* **No plano político:** pela força político-ideológica da pessoa que ocupava o cargo de Presidente do Conselho;

As muitas revisões constitucionais

A Constituição do estado Novo foi objeto de muitas revisões constitucionais, destacando-se:

* Lei n.º 1900, de 21/05/1935: incorporação na Constituição do Ato Colonial;
* Lei n.º 1945, de 21/12/1936: abertura à participação política dos organismos corporativos;
* Lei n.º 2009, de 17/10/1945: aumento das competências legislativas do Governo no uso de decretos-leis fora do âmbito de autorização parlamentar;
* Lei n.º 2100, de 29/08/1959: alteração do sistema de designação do Chefe de estado para sufrágio indireto em colégio eleitoral restrito;
* Lei n.º 3/71 de 18/08: reconhecimento da religião católica como “religião tradicional da Nação”;

O regime de revisão constitucional obedecia a 3 procedimentos:

* **Procedimento Geral:** 10 em 10 anos;
* **Procedimento Antecipado:** Ao fim de 5 anos mas com aprovação de 2/3;
* **Procedimento de urgência:** Em qualquer altura que o Chefe de Estado decida, “quando o bem público imperiosamente o exigir”;

## A atual Constituição Democrática e Social de 1976

A Revolução de 25 de abril de 1974 e o Programa do MFA

A atual Constituição de 1976, foi aprovada a 2 de abril de 1976, vigorando interruptamente desde então. Este texto constitucional foi o resultado do trabalho de uma Assembleia Constituinte, para o efeito eleita e que formalizou a ideia de Direito posta em prática pela Revolução que pôs fim ao Estado Novo.

A revolução foi iniciada pelos militares, e ganhando o apoio do povo. Assim, a revolta tornou-se:

* **Num golpe de Estado:** Pois a iniciativa partiu de um setor das FA, conhecido como o “movimento dos capitães de abril”, tendo por base preocupações salariais e de carreira, mas também do regime;
* **Numa revolução social:** porque recebeu adesão da grande maioria do povo português;

O principal impulsionador da revolução foi o MFA que, na noite do Golpe de estado divulgou os seus três grandes objetivos: os 3 D’s: Democratizar, Descolonizar e Desenvolver (a economia).

Para isto, o programa do MFA estabelecia 3 classes de medidas a serem tomadas:

* **Medidas imediatas:** abolição da censura e do exame prévio, amnistia dos presos políticos e fim da polícia política e organizações políticas de juventude;
* **Medidas de curto-prazo:** Instauração de um governo provisório, adoção de medidas que garantissem a liberdade política, liberdade de reunião e associação e liberdade de opinião;
* **Medidas a longo prazo:** Medidas mais vastas em diversas esferas;

O percurso histórico-constitucional inclui ainda outros acontecimentos políticos que marcham o seu caminho:

* 28 de setembro de 74: Renúncia de António de Spínola ao cargo de PR, em consequência de um caráter excessivamente revolucionário do novo governo;
* 11 de março de 75: Contragolpe de Estado falhado para tentar evitar a viragem no sentido socialista comunista, que teria por reação as nacionalizações;
* 25 de novembro de 75: Tentativa falhada de tentar transformar o Estado português numa democracia popular;

O período constitucional provisório

No intervalo de tempo entre a revolução e a redação da CRP, vigoraria um ordenamento constitucional provisório. A passagem da C1933 para a CRP seria feita por uma “ponte constitucional”, da qual faria parte muita legislação avulsa, que ai sendo criada à medida que iam aparecendo necessidades de organização social.

1. Lei nº 1/74: Fim dos órgãos de soberania existentes e transferência das suas competências para a JSN;
2. Lei nº 2/74: Extinguindo a Assembleia Nacional e a Câmara corporativa;
3. Lei nº 3/74:Constituição provisória até à constituição definitiva entrar em vigor;

Este último diploma definia a organização provisória do estado, assentando em três pilares:

* A revogação da C1933 na parte dissonante dos ideais da revolução;
* A manutenção das restantes disposições da Constituição;
* A criação de uma AC para redação de uma nova Constituição;

Em matéria dos órgãos de soberania:

* **Presidente da República:** eleito pela JSN;
* **Conselho de Estado:** membros da JSN, 7 representantes do MFA e 7 cidadãos de reconhecido mérito;
* **JSN:** 7 militares
* **Governo Provisório:** Primeiro-ministro, ministros, secretários e subsecretários de estado;
* T**ribunais**

Esta ordem constitucional seria revogada a 11 de março de 1975, data em que ocorreu uma intensa institucionalização do MFA. A reorganização dos órgãos de soberania manifestou-se na:

* Manutenção do Presidente da República e do Governo Provisório;
* Extinção da JSN e do Conselho de Estado;
* Criação do Conselho da Revolução, com os poderes constituintes e legislativos dos órgãos extintos;
* Criação da Assembleia do MFA;

A data de25 de novembro também é de salientar, na medida em que se possibilitou a limitação do estatuto do MFA, obrigando-o a uma segunda e mais moderada plataforma de acordo constitucional.

A assembleia constituinte e os pactos MFA-Partidos

No âmbito da elaboração de uma nova Constituição, elegeu-se uma Assembleia Constituinte que levaria a cabo esta missão. Até aí, vigorariam as estruturas criadas a fins provisórios.

A Assembleia Constituinte foi criada a 25 de abril de 1975, vindo a terminar os seus trabalhos, com a votação global da nova Constituição a 2 de abril de 1976.

O processo de criação da Constituição não foi claro, uma vez que foi necessário, por duas vezes, criar plataformas de acordo constitucional com o MFA. Estas plataformas foram essenciais para a garantia dada pelos partidos políticos parlamentares do MFA, de que a nova Constituição assumiria a continuidade da revolução de 74.

1. **1ª Plataforma de Acordo Constitucional de 13 de abril de 1975:** 
   * Acompanhamento dos trabalhos constituintes por uma comissão do MFA;
   * Promulgação da nova Constituição com a prévia audição do Conselho da revolução;
   * Manutenção do Conselho da revolução no período de transição;
   * Criação de uma Assembleia do MFA, com 240 representantes;
   * Adoção do sufrágio indireto para a eleição do Chefe de Estado;

Generalizando, havia a ideia de que a nova Constituição tinha que obedecer ao programa do MFA.

1. **2ª Plataforma de Acordo Constitucional de 26 de fevereiro de 1976:** Observava-se já um arrefecimento revolucionário e uma diminuição do papel das Forças Armadas quanto à futura Constituição.
   * Eliminação das indicações referentes ao procedimento constituinte;
   * Eliminação da Assembleia do MFA, apenas se conservando o Conselho da Revolução;
   * Transformação do sufrágio do PR de indireto para direto e universal;
   * Redução das competências do Conselho da Revolução;

Do ponto de vista de uma minoria, a Constituição não tem legitimidade devido às influências que sofreu do MFA. Em contrapartida, a maioria apoia a sua legitimidade, alegando que os Acordos pouco influenciaram o processo.

Organização sistemática da constituição e influências recebidas

O texto da Constituição da República Portuguesa, composto por 296 artigos já foi alvo de revisão constitucional sete vezes. A exceção, é o preâmbulo que se mantém inalterado desde a sua versão original.

A atual constituição portuguesa, distribui-se da seguinte forma:

* *Princípios fundamentais*
* Parte I – *Direitos e Deveres fundamentais*
* Parte II – *Organização económica*
* Parte III – *Organização do poder político*
* Parte IV – *Garantia e revisão da Constituição*
* *Disposições finais e transitórias*

**Princípios fundamentais:** Traçam os princípios fundamentais da Ordem Constitucional portuguesa no que diz respeito à forma institucional de governo, ao tipo histórico de Estado, à forma política de governo, à forma de estado e aos fins do estado. Contém ainda indicações a respeito da identificação dos elementos do Estado: povo, soberania e território.

**Parte I:** Organiza-se em três títulos, respeitantes aos princípios gerais, aos direitos, liberdade e garantias e aos direitos e deveres económicos, sociais e culturais.

**Parte II:** Organiza-se em quatro títulos referentes à ordenação económica, assim como da atividade financeira. Nomeadamente, princípios gerias; planos; políticas agrícola, comercial e industrial; e sistema financeiro e fiscal.

**Parte III:** Dispõe da regulação fundamental do Estado, com a inclusão dos fundamentos organizacionais de pessoas coletivas públicas como as regiões autónomas e as autarquias locais, abarcando setores como a Administração Pública ou a Defesa Nacional. Organiza-se em dez títulos: princípios gerais, presidente da república, assembleia da república, governo, tribunais, tribunal constitucional, regiões autónomas, poder local, administração pública e defesa nacional.

**Parte IV:** Organiza-se em dois títulos: o da fiscalização da constitucionalidade e o da revisão constitucional.

**Disposições finais e transitórias:** Aqui encontra-se um conjunto de artigos não integrados em qualquer parte, com uma dupla natureza:

* Disposições finais: relação do Direito Constitucional com a ordem jurídica vigente;
* Disposições transitórias: permanência dos distritos; incriminação dos antigos agentes da PIDE/DGS; enquadramento das reprivatizações; e do regime aplicável ao sistema de governo autárquico;

Esta organização sistemática está longe de ser bem sucedida:

* Deixou de fora relevantíssimas disposições que mereciam tratamento integrado;
* Má distribuição de matérias entre as partes;
* Escolhas deficientes: inserção sistemática mal feita de algumas normas;

A Constituição sofreu tanto influências internas, como externas.

A nível interno, destaca-se a influência de alguns partidos políticos (CDS, MDP/CDE, PCP, PS, PPD, UDP); e de influência doutrinal (Soares Martinez, Jorge Miranda e Lucas Pires).

A nível externo, salienta-se a influência da Constituição italiana e da Lei Fundamental Alemã.

A versão primitiva da Constituição de 1976

O sentido inicial da Constituição de 1976, prende-se muito com a sua proximidade com a revolução do 25 de abril. Isto é visível em algumas disposições originárias mais significativas, que se inserem nos princípios fundamentais:

* A manifestação da ideia de transição para o socialismo;
* O papel de vanguarda do MFA;
* A tarefa de socialização dos meios de produção;

A nível económico, assinalava-se um sistema económico misto de tendência socializante. Neste âmbito verificava-se:

* A introdução planificada do Estado na economia;
* A definição do setor privado, público e corporativo;
* A norma do não retrocesso das nacionalizações após 25 de abril de 1974;
* A planificação económica de caráter obrigatório;

A nível político, a principal característica é a forte presença do Conselho da Revolução. As suas principais competências eram vastas, incluindo estas quatro principais:

* Como órgão consultivo do Chefe de Estado e garante do funcionamento das instituições democráticas;
* Como garante do cumprimento da Constituição;
* Como garante da fidelidade ao espírito da Revolução portuguesa;
* Como órgão decisor e executor de todos os assuntos militares;

A primeira revisão constitucional de 1982

A primeira revisão constitucional foi aprovada pela LC n.º 1/82, de 30 de setembro, e incidiu principalmente na organização do poder político e na fiscalização da constitucionalidade dos atos jurídico-públicos. Estabeleceu-se:

* A extinção do Conselho da Revolução e o consequente término das funções políticas das FA;
* A redistribuição dos poderes (devido à extinção do CR) pelo PR e pela AR;
* A supressão de marcas e expressões ideológicas-conjunturais; Ex: socialismo
* O plano de garantia de constituição;
* A extinção da Comissão Constitucional
* A consagração da existência de um Tribunal Constitucional

A revisão constitucional alterou também várias regras de revisão:

* A aprovação por maioria de 2/3 dos deputados em efetividade de funções;
* A obrigatoriedade de a lei constitucional ser promulgada pelo Chefe de Estado, que não dispõe assim de poder de veto

A segunda revisão constitucional de 1989

A segunda revisão constitucional, estabelecida pela LC n.º 1/89 de 8 de julho incidiu, sobretudo, na organização económica, trazendo também alterações no domínio da organização política.

O plano de fundo desta revisão foi a adesão de Portugal à CEE, que implicou alterações estruturais profundas, incluindo as de teor constitucional, sobretudo ao nível de organização económica e da relação com organizações internacionais.

Economicamente:

* Eliminação do principio da irreversibilidade das nacionalizações;
* Nascimento do princípio das reprivatizações;

Politicamente:

* Instituto do referendo nacional, a completar o regional, já existente;
* Modificação de alíneas relativas aos limites materiais da revisão constitucional;

A terceira revisão constitucional de 1992

A terceira revisão constitucional foi aprovada pela LC n.º 1/92 e apenas alterou os preceitos constitucionais que pudessem ser contrariados pelo TUE, entretanto aprovado e, posteriormente incorporado no Ordenamento Jurídico Português.

A nível de princípios fundamentais, estes passaram agora a considerar a criação de uma união económica e monetária; a cooperação em matéria de justiça e assuntos internos e a PESC. (Tratado de Maastricht em 1992)

A nível económico, o papel do banco de Portugal foi reformulado.

Quanto às alterações a nível de revisão constitucional:

* A revisão ordinária passou a efetuar-se a cada cinco anos
* A revisão extraordinária passou a efetuar-se quando necessária, por deliberação de 4/5 dos deputados do Parlamento;

A quarta revisão constitucional de 1997

A quarta revisão constitucional foi aprovada pela LC n.º 1/97 e efetuou alterações em quase todos os domínios. Procedeu-se, portanto, à revisão de cerca de metade dos artigos com o objetivo de os clarificar, mantendo-se a sua essência:

* Inclusão de novos direitos fundamentais e regras para exercício dos mesmos;
* Alargamento do voto do PR a emigrantes;
* Aumento da participação dos cidadãos através dos referendos e das iniciativas legislativas;
* Reforço dos poderes da AR, no seio da integração europeia;
* Centralização da posição constitucional de justiça;

Outras modificações não necessariamente de pormenor foram:

* Libertação do sistema económico dos resquícios de matriz coletivista;
* Flexibilização do sistema de governo autárquico, remetendo para a lei ordinária;
* Descentralização do regime de serviço militar;
* Discussão na doutrina portuguesa da constitucionalidade de revisão extraordinária, que se manteve;
* Alargamento das matérias sujeitas a referendo;
* Possibilidade dos cidadãos desenvolverem projetos-lei;

Quanto a Direitos fundamentais:

* Ampliação e reforço do regime protetor; Ex: direito à personalidade;
* Proteção legal contra a discriminação;
* Limites à manipulação genética;

A nível processual:

* Novos direitos relativos à atuação dos tribunais;
* Ampliação das garantias processuais criminais a favor do arguido;

A nível parlamentar aumentou-se os poderes parlamentares devido:

* A evitar fraudes constitucionais;
* À escassez de poderes reais de intervenção do parlamento;

A “parlamentarização” foi feita no plano das relações internas comas fontes da UE.A modificação deste setor, permitiu cobrir várias lacunas de regulamentação. O Parlamento ganhou, assim, instrumentos mais intensos de controlo do processo decisório europeu:

* Em termos informativos: acompanha as decisões comunitárias relacionadas com a sua esfera de competência legislativa reservada;
* No regime que a estabelecer de designação dos titulares de órgãos comunitários, podendo decretá-lo em termos gerais;

No âmbito de produção legislativa:

* Maior democratização para vitalizar a componente da norma legislativa parlamentar do sistema de governo;
* Aligeiramento da CRP pelo aumento dos atos legislativos intermédios, sem valor constitucional;
* Definição de leis orgânicas, lei aprovada por 2/3 deputados dos atos legislativos;

Relativamente às matérias que ficaram sob alçada da intervenção legislativa, foi aumentado o seu número e qualidade segundo dois critérios:

* Sujeitar determinadas matérias à competência legislativa da AR, passando esta a dispor das mesmas em termos de legiferação;
* Transitar certas matérias de reserva relativa para o regime de reserva absoluta;

Assim, os reforços foram feitos a três níveis:

1. Reforço mínimo: As matérias antes de reserva relativa da AR passam a reserva absoluta;
2. Reforço intermédio: A anterior esfera de competência concorrencial com o Governo, é agora de reserva reativa da AR;
3. Reforço máximo: A anterior esfera de competência concorrencial com o Governo, é agora de reserva absoluta da AR;

No tocante às leis orgânicas, a revisão constitucional de 1997 alargou a respetiva incidência material, com a inclusão de algumas matérias:

* Aquisição, perda e reaquisição da cidadania portuguesa;
* Associações e partidos políticos;
* Eleições dos deputados às assembleias legislativas regionais das RA;
* Eleições dos titulares dos órgãos de pdoer local;
* Lei da criação das regiões administrativas;
* Regime do sistema de informação da República e do segredo de estado;
* Regime de finanças das regiões autónomas;

Este crescimento das matérias integráveis foi feito por duas vias:

1. Nos cinco primeiros casos, à custa de matérias já anteriormente pertencentes à reserva absoluta de competência legislativa da AR;
2. Nos outros casos, extraindo-se parcialmente do regime de reserva relativa, procedendo-se à inclusão na reserva de lei orgânica de matéria não referenciada em qualquer área anteriormente reservada à Assembleia da República.

A 4ª revisão constitucional, no âmbito da parlamentarização, fez também transparecer o plano da maioria deliberativa para aprovar determinadas leis.

Até 1997, havia algumas exceções à maioria relativa. Nomeadamente, a nível de revisão constitucional, era necessária a existência de maioria de 2/3 dos deputados, mais a maioria deliberativa, o que se tornava superior à maioria absoluta.

Com a revisão constitucional surgiram:

* A lei extensão do direito de voto a portugueses recenseados no estrangeiro para o PR;
* A lei que determina o nº de deputados máximo em funções;
* A lei relativa ao método e sistema de eleição de órgãos autárquicos;

Verificou-se, ainda, uma expansão do conceito de lei reforçada. Alargando o seu âmbito, incorporou-se-lhe três realidades distintas:

* As leis aprovadas por dois terços;
* As leis que sejam pressuposto de outras leis;
* As leis cujo respeito se imponha a outras leis;

Isto permitia ao Tribunal Constitucional fiscalizar um maior leque de leis. Assim, este é obrigado a ter em conta duas tarefas interpretativas para chegar ao sentido real do peculiar regime de fiscalização da legalidade:

* **Restritiva:** não se consideram como lei reforçada o conjunto de atos legislativos que sejam leis orgânicas ou que tenham sido aprovados por maioria de 2/3;
* **Extensiva:** não se admite a definição de constitucional a atos legislativos não parlamentares (à exceção de atos governamentais);

Nesta revisão, o caso que justificou maior interesse foi o do Tribunal Constitucional. Este órgão que tinha, inicialmente, sido criado com o propósito da revisão constitucional, passou a protagonizar a fiscalização da constitucionalidade e da legalidade em Portugal.

Juntamente com este problema vem o da nomeação dos juízes constitucionais. Porém, a IV revisão constitucional não foi sensível a qualquer das propostas apresentadas. Foi, então, necessário alterar o conceito ideológico de justiça que veio auxiliar os juízes:

* Aumenta-se o mandato de 6 para 9 anos sem redesignação;
* Extinguiram-se os tribunais militares e incluíram-se os seus juízes nos tribunais comuns;
* Os advogados passaram a ser reconhecidos como colaboradores da justiça;
* Foram atribuídos aos advogados direitos e imunidades para melhor desempenhar a sua função;

A quinta revisão constitucional de 2001

A quinta revisão constitucional foi aprovada pela LC n.º 1/2001, tendo como contexto o Estatuto de Roma do Tribunal Penal Internacional (1998), que exigia que o texto da Constituição se aperfeiçoasse a algumas das exigências ali inscritas.

Destaca-se:

* A atribuição aos cidadãos de língua portuguesa de um leque de direitos políticos;
* Definição do estatuto de sindicatos de polícia;

A principal alteração foi a respeito da adequação do texto constitucional português ao Estatuto do TPI.

A primeira questão incidiu no modo como se procedeu a aproximação do Estado português ao ERTPI, não se lhe tendo conferido força constitucional. Como solução, formulou-se no artigo 7.º uma disposição que desse cobertura constitucional a todos os problemas relativos a essa vinculação.

A segunda, relacionou-se com a extradição de cidadãos portugueses, manifestando-se a necessidade de estabelecer a norma genérica sobre a cooperação judiciária penal ao nível da UE.

Por fim, de modo a aperfeiçoar o texto da CRP em conformidade com os imperativos do ERTPI, o legislador fez duas coisas:

1. Formulou a orientação de o TPI ser compatível com a nossa Ordem Jurídica;
2. Admitiu, a *contrariu sensu*, a possibilidade da entrega judicial fora dos casos em que se dá a proibição da extradição, havendo prisão perpétua ou pena corporal que provoque lesões irreversíveis à integridade física;

Outro eixo relevante na 5ª revisão constitucional consistiu na alteração do estatuto dos direitos dos cidadãos de Estados de Língua Portuguesa. Este regime foi alterado de modo a favorecer a titularidade desses direitos por parte dos cidadãos estrangeiros de língua portuguesa, em dois sentidos possíveis:

* O acesso aos direitos políticos deixou de estar estritamente dependente de convenção internacional, passando a bastar a lei interna portuguesa;
* A amplitude desses direitos era agora maior, na medida em que se admitia o amplo acesso à titularidade dos cargos, exceto a cargos de máximo simbolismo;

Verificaram-se, ainda, alterações quanto ao esclarecimento do regime do sindicalismo policial e às restrições sindicais.

A sexta revisão constitucional

A sexta revisão constitucional foi aprovada pela LC n.º 1/2004 e centrou-se em quatro principais tópicos: o aumento dos poderes das regiões autónomas; a posição do Direito Português com o Direito da União Europeia; a regulação efetiva da comunicação social; e a limitação republicana do exercício dos cargos públicos.

Quanto às regiões Autónomas:

* Extinção do conceito de interesse específico regional;
* Simplificação do esquema de atos legislativos estaduais, com a eliminação da figura das leis gerais da República;
  + O Ministro da República passa a Representante da República e perde competências;
  + As Assembleias Legislativas passam a designar-se por “Assembleias Legislativas das Regiões Autónomas”;

No plano do Direito Português com o Direito da UE:

* O Direito da União Europeia passa de primado relativo a absoluto;
* Legisla-se legitimando a aplicação do Direito Europeu na ordem interna portuguesa;

Quanto à comunicação social:

* Extinção da Alta Autoridade para a Comunicação Social;
* Criação de outra autoridade com algumas das suas competências e outras inovadoras;

Relativamente ao exercício dos cargos públicos:

* Limitação republicana do exercício de cargos públicos;
* Não discriminação de orientação social;
* Limitação na renovação de cargos públicos:
  + Impossibilidade de haver sucessivas redesignações;
  + Importância conferida aos cargos políticos que derivam da eleição;
  + Escolha de cargos políticos executivos, precisamente aqueles em que se faz sentir a maior ameaça ao princípio republicano;

A sétima revisão constitucional de 2005

A sétima e última revisão constitucional foi aprovada pela LC n.º 1/2005 e foi motivada pela ratificação do Tratado Constitucional Europeu precedida da realização de um referendo popular.

A alteração do Tratado efetuou-se em duas fases:

1. A primeira dizia respeito à possibilidade de fazer coincidir o referendo do TCE com as eleições autárquicas;
2. A segunda, prendeu-se com a alteração constitucional definitiva no sentido de, para o futuro, os novos tratados comunitários ou as suas revisões puderem sujeitar-se a um referendo popular direto;

Deste modo, passou a admitir-se uma exceção ao princípio geral do Direito Referendário Português de apenas aceitar a submissão a referendo de perguntas e não de articulados jurídicos, com isso se pretendendo que a opinião dos cidadãos em geral se faça de um modo mais fácil.

A próxima revisão Constitucional (segundo Bacelar Gouveia)

Existem várias mudanças ao nível da CRP que são necessárias, e que só podem ser alteradas por revisão constitucional. Salientam-se:

* Corrigir o texto do preâmbulo no sentido de lhe retirar expressões de valor histórico e ultrapassado;   
  Ex: ”caminho para o socialismo”
* Aferir as relações entre o Direito Português e o Direito Internacional Público;
* Atualizar o catálogo de Direitos fundamentais;
* Revitalizar o instituto do referendo político a nível nacional;
* Melhoria no processo administrativo
  + Abolição do referendo ministral;
  + Procedimento administrativo governamental;
  + Reforço das competências da AR;
  + Simplificar o procedimento legislativo;
* Dotar a fiscalização da constitucionalidade de leis de maior efetividade;
  + Alargamento a atos stricto senso e a atos jurisdicionais de teor não normativo;
  + Possibilidade de a jurisdição constitucional poder estar ao alcance dos cidadãos em geral;

# As fontes do Direito Constitucional

## As fontes de Direito em geral e o Direito Constitucional

Noção de fontes de Direito

É das fontes de Direito que precedem as normas jurídicas, sendo por elas produzidas ou influenciadas.

Pode falar-se em fontes de direito no sentido consuetudinário, e no sentido jurídico formal. Quando nos referimos a Direito no primeiro sentido, falamos do costume, dos usos, e praxes como fontes produtoras de Direito. Quando nos referimos ao segundo sentido referimo-nos à natureza do trabalho, ou seja, ao modo de produção e revelação de normas jurídicas.

* **Fontes produtoras:** Factos normativos de natureza constitutiva, que vão criar um Direito novo ou extinguir normas jurídicas;
* **Fontes reveladoras:** Demonstram aos membros da sociedade a existência de normas jurídicas já em vigor;

A divisão clássica das fontes de Direito é feita da seguinte forma:

* **Fontes materiais e fontes formais:** As fontes materiais dão conta da razão de ser das normas; e as fontes formais tratam do modo de revelação das mesmas;
* **Fontes imediatas e fontes mediatas:** Ambas são esquemas de revelação do Direito. As primeiras têm apenas essa função; as segundas influenciam as primeiras;

No âmbito do Direito Constitucional apenas se estudam as fontes materiais e imediatas, uma vez que as restantes não atingem o Direito Constitucional. No entanto, tem-se em conta o costume, como fonte mediata.

As fontes de Direito Português associadas ao Direito Constitucional, denotam várias contraposições. Nomeadamente entre:

* **Fontes voluntárias e fontes espontâneas:** As fontes voluntárias derivam de um ato de vontade; e as espontâneas, involuntariamente, da convivência social;
* **Fontes superiores e fontes inferiores:** Sendo que as inferiores se submetem às superiores, devendo-lhes obediência;
* **Fontes internas e externas:** As fontes internas são fontes dentro do âmbito da atividade estadual; enquanto as externas estão fora deste âmbito, mas são pelo Estado português adotadas;
* **Fontes estaduais e fontes não estaduais:** As primeiras radicam no poder estadual, e as segundas noutras entidades não estaduais;

As fontes de Direito só atingem o seu estado completo tendo em conta o pluralismo jurídico e social.

As fontes de Direito e o Código Civil

Sendo este o entendimento geral acerca das fontes de Direito, pergunta-se até que ponto este tem em conta as opções do Direito Português.

Estas são expressas no Código civil, que reconhece como fontes imediatas do Direito “as leis e as normas corporativas”. Dantes era também feita referência aos assentos. Porém essa norma foi revogada. Dá-se ainda relevância aos usos e à utilização da equidade.

São, portanto, adotadas as fontes imediatas do Direito, aludindo-se às “leis e normas corporativas”.

Esta conceção do CC das fontes de direito apresenta vários problemas:

* A desfocada conceção definitória das fontes do Direito em Geral;
* A omissão de outras fontes normativas igualmente relevantes;
* A insuficiente identificação das fontes normativas pertinentes;
* A errônea hierarquização que se pretende das referidas fontes de Direito;
* Desconsideração das fontes externas do Direito Português

Para além disso, o empenho em esquematizar as fontes de Direito não cabe ao Código Civil, que não possui força jurídico-hierárquica, que só um texto constitucional pode ter.

O Direito Constitucional como norma *normarum* da Ordem Jurídica

É à Constituição que compete definir as relevantes fontes do Direito Português. Esta afirma, então, como fontes de Direito Constitucional a lei, o costume e a jurisprudência. A doutrina foi também, em tempos, fonte de Direito, mas já não é considerada como tal.

* **A lei:** Todos os diplomas, de caráter geral e imperativo, provenientes de órgãos estatais competentes e que consagram normas jurídicas, ou seja, as leis decretos-leis, portarias, regulamentos, posturas…
* **O costume:** Sendo uma fonte de Direito Internacional Público, é também considerada fonte de Direito Português, mesmo na ausência de indicação constitucional. Consiste em todas as práticas habituais, acompanhadas da convicção da sua obrigatoriedade;
* **Jurisprudência:** Consiste no conjunto de decisões do tribunal. É considerado fonte de Direito na medida em que o texto constitucional admite que os tribunais possam produzir atos judiciais dotados de força obrigatória geral;

As fontes de Direito apenas atingem a sua plenitude através do pluralismo jurídico e social.

A amplitude da lei como fonte geral de Direito

Apesar deste pluralismo, a fonte mais relevante do Direito é a lei. Esta é composta por várias categorias de atos:

* **Atos constitucionais:** São todas as manifestações de caráter normativo que integram a Ordem Constitucional. Ex: Constituição, leis de revisão constitucional;
* **Atos legislativos:** São formalmente conhecidos como leis e dividem-se em quatro tipos:
  + As leis da Assembleia da República;
  + As leis orgânicas da Assembleia da República;
  + Os decretos-leis do Governo;
  + Os decretos legislativos regionais das Regiões Autónomas;
* **Atos políticos:** Apesar d enão serem normativos e não terem a forma de lei, são considerados fontes de Direito, no plano interno:
  + As resoluções parlamentares de cessação da vigência da lei;
  + A autorização da declaração do Estado de exceção;
  + Os decretos presidenciais de dissolução parlamentar
  + Os decretos presidenciais de declaração do Estado de exceção;
  + As eleições políticas;
  + As decisões de referendo a nível nacional;
* **Atos administrativos:** apresentam-se como fontes de Direito no caso de se revestirem de teor normativo, daí só se considerando os regulamentos administrativos. Os restantes, não possuem normatividade.

A relevância independente do costume como fonte geral do Direito

O costume, como fonte de Direito, representa a espontaneidade social, que assume uma dimensão normativa. Divide-se em dois elementos:

* **O elemento material, o *corpus*:** A conduta que se repete
* **O elemento psicológico, o *animus:*** A ideia de que aquela prática tem caráter obrigatório

Estas orientações jurídicas surgem da convivência social, associado a um sentimento de dever-ser.

Os costumes variam de acordo com:

* **O critério do âmbito de aplicação:** costumes internacionais, nacionais, regionais e locais;
* **O critério do ramo de Direito a que respeitam:** costumes civis, comerciais, administrativos…;

Os costumes têm, também, outras realidades afins:

* **Usos:** Práticas continuadas que não dispõem de *animus;*
* **Tradições:** Comportamentos habituais em correspondência aos traços histórico-culturais;
* **Praxes:** Comportamentos rotineiros, sem juridicidade, que podem beneficiar a eficiência dos serviços de Administração Pública;
* **Cortesias:** Hábitos e boa e simpática convivência humana que se integram na Ordem de Civilidade e não na Ordem Jurídica;

Quanto à relação entre o costume e a lei, os costumes podem ser de três tipos:

* **Costumes *secundum legem:*** O costume coincide com a lei;
* **Costumes *praeter legem:*** O costume vai para além da lei, apresentando normas em assuntos que não foram tocados pelas normas legais;
* **Costumes *contra legem:*** O costume está contra a lei;

Relativamente aos costumes contra legem, existe a ideia de que a Ordem Social não pode abafar os espaços de autonomia comunitária que o costume reflete. Pensar o contrário, seria abrir portas à “ditadura da lei” comprimindo a autonomia social das comunidades e das pessoas.

Em oposição, invoca-se que a lei é uma expressão de segurança, que o costume não oferece nem pode garantir.

A limitação da jurisprudência como fonte geral de Direito

A jurisprudência traduz a atividade levada a cabo pelos tribunais na aplicação do Direito, tendo estes que se submeter aos parâmetros pré-existentes, não podendo produzir decisões de non liquet[[11]](#footnote-11), como recorda o CC: “O tribunal não se pode abster de julgar, invocando a falta ou obscuridade da lei ou alegando dúvida insanável acerca dos factos em litígio”.

No entanto, pode haver outros casos, em que a jurisprudência surge no contexto de fonte do Direito, ao transcender os limites de cada caso, e criando uma orientação geral. Só nestes casos, se faz alusão à jurisprudência como fonte de Direito.

Nos restantes casos, a jurisprudência é um modo de aplicação do Direito.

Até à revisão constitucional de 1995, a jurisprudência era encarada como fonte de Direito pelos seguintes termos: “Nos casos declarados na lei, podem os tribunais fixar, por meio de assentos, doutrina com força obrigatória geral”. Os tribunais tinha, portanto poder para criar “assentos”[[12]](#footnote-12).

Porém, a respeito dos assentos, surgiram duas grandes orientações:

* O texto constitucional não permitia que os tribunais exercessem o poder legislativo;
* Os assentos eram atos judiciais e não legislativos, em relação aso quais o texto constitucional permitia a respetiva produção;

O Tribunal Constitucional acabaria por declarar como inconstitucionais o poder conferido aos tribunais de produzir assentos, revogando-se o artigo do CC a este preceito.

Ainda assim, nada estava escrito contra a criação, por parte dos tribunais, de mecanismos de uniformização da jurisprudência. Deste modo, diversas alterações legislativas foram feitas para estabelecer decisões de uniformização de jurisprudência no tocante aos supremos tribunais.

* **O STJ** através do:
  + **CPC** – julgamento ampliado de revista, quando se verificar a possibilidade de “vencimento de solução jurídica que esteja em oposição com a jurisprudência anteriormente firmada”
  + **CPP** – recurso extraordinário de fixação de jurisprudência, “Quando o STJ proferir dois acórdãos que, relativamente à mesma questão de Direito, assentem em soluções opostas”
  + **O Supremo Tribunal Administrativo** através do **CPTA,** no qual se prevê o recurso para uniformização de jurisprudência, em que as partes ou o Ministério Público podem dirigir ao STAdministrativo um pedido de admissão de recurso par aa uniformização de jurisprudência;
  + **O Tribunal de contas** pela **LOPTC**, pois que havendo disparidade de julgados organiza-se um “recurso extraordinário da decisão proferida em último lugar para a fixação de jurisprudência”;

A este propósito faz sentido falar da jurisprudência como fonte de Direito, embora os resultados de uma conclusão afirmativa devam ser ponderados com a distinção de três categorias:

* **Jurisprudência constante:** Corrente jurisprudencial que não é realmente necessária, funcionando como uma constância rotineira;
* **Costume jurisprudencial:** Quando os tribunais ganham a convicção de uma orientação que devem atribuir às fontes que aplicam. Neste caso, a fonte é o costume e não a jurisprudência, ainda que criado nos estreitos limites da comunidade judiciária.
* **Jurisprudência uniformizada:** O esclarecimento acerca da aplicação de certas fontes que criaram interpretações opostas, sem que tal signifique o seu vínculo com eficácia geral;

É nesta terceira possibilidade que, atualmente, se pode vislumbrar a jurisprudência como fonte de Direito em geral. A primeira apenas mostra uma tendência fáctica, enquanto a segunda vale a título costumeiro e não jurisprudencial.

As fontes do Direito e as fontes do Direito Constitucional

Enquadradas as fontes de Direito no Ordenamento jurídico, importa perceber a sua aplicabilidade na Ordem Constitucional. As fontes gerais de Direito são também as fontes específicas do Direito Constitucional?

A resposta é negativa. Pode dizer-se que a principal fonte do Direito Constitucional é a Constituição, pertencendo-lhe o arco regulador mais amplo das suas normas e dos seus princípios.

Existem, ainda outras fontes secundárias do Direito Constitucional: o costume constitucional com preponderância do costume internacional; e a jurisprudência constitucional.

## A Constituição como fonte principal do Direito Constitucional

O sentido geral de constituição

A Constituição é a lei suprema de um Estado. É a fonte legislativa que contém o sistema de normas e princípios jurídicos que, ao nível supremo do Ordenamento Jurídico-Positivo, estabelece a estrutura básica o Estado: quer do Estado-Poder, quer do estado-Comunidade.

Uma vez que a Constituição regula a organização de diversos sistemas – social, económico e político – é legítimo diferenciar alguns elementos que a caracterizam:

* **Elemento subjetivo:** é um ato intencional, que não tem natureza costumeira e que integra a categoria das fontes voluntárias;
* **Elemento formal:** que se localiza num lugar cimeiro do Ordenamento jurídico Estadual;
* **Elemento material:** Regulando as opções principais do Estado ao nível dos sistemas social, económico e político.

A Constituição também pode ser vista em razão de quatro perspetivas que nela podem estar contidas:

* **Dimensão material:** A constituição material expressa um determinado conteúdo nas opções que transporta e que determina, associado ao liberalismo, mas que a evolução do estado Constitucional veio a alargar;
* **Dimensão formal:** A Constituição formal manifesta a ideia de que, sendo um ato legislativo, esta ocupa uma posição suprema no Direito Positivo;
* **Dimensão documental:** A Constituição documental é encarada como um ato legislativo que codifica um dado ramo do Direito;
* **Dimensão institucional:** A Constituição Institucional reflete o desejo de organização da entidade estadual, independentemente da caracterização que possa obter ao nível de conteúdo, de forma ou de localização hierárquica

As Constituições são passíveis de várias classificações:

* **Constituições estatuárias** e **Constituições programáticas:**
  + Estatuárias: Constituição estática, que pretende garantir o status quo;
  + Programáticas: Constituições dinâmicas, com desejo de intervenção económica e social, e em que se regista a aquisição de novos conteúdos;
* **Constituições normativas, nominais e semânticas:**
  + Normativas: Textos que conseguem domar a realidade constitucional, desenvolvendo o objetivo que lhes foi assinalado;
  + Nominais: Limitam o poder púbico mas não o conseguem levar a cabo;
  + Semânticas: Subordinam-se ao poder político;
* **Constituições liberais, sociais, fascistas e socialistas:** Constituições que, atendendo à forma política de governo e ao tipo Constitucional de Estado, refletem essa perspetiva de poder político;
* **Constituições sociais, económicas, políticas e garantística:**
  + Constituição social (dos Direitos Fundamentais): parte respeitante à positivação dos Direitos;
  + Constituição económica: subdivide-se em financeira e fiscal e diz respeito à parte referente ao sistema económico, financeiro e fiscal;
  + Constituição política: Parte referente à distribuição dos poderes pelos diferentes órgãos;
  + Constituição garantística: Parte respeitante aos mecanismos de defesa da Ordem Constitucional;
* **Constituições flexíveis, semirrígidas, rígidas e hiper-rígidas:**
  + Constituição flexível: quando a revisão constitucional ocorre sem sujeição a qualquer limite;
  + Constituição semirrígida: Quando há uma parte submetida a limites e outra não;
  + Constituição rígida: quando a revisão se submete a regras mais limitativas do respetivo poder, em comparação com as que são aplicadas ao procedimento legislativo geral;
  + Constituição hiper-rígida: Em acréscimo a estes limites, juntam-se limites materiais e circunstanciais;

Existem outros textos que se assemelham a Constituições, mas que por dizerem respeito ao Direito Internacional Público, não o são. Assumem assim o nome de:

* Constituição como tratado constitucional ou institutivo de uma organização internacional;
* Constituição como feixe de princípios fundamentais;
* Constituição como patamar superior de escalonamento da Ordem Jurídica Internacional ou de certa organização internacional;

Noutros ramos do Direito é também possível falar em Constituição, mas não com o seu sentido constitucional. Com um sentido impróprio:

* **No Direito administrativo:** composição/criação de um órgão;
* **No Direito Civil:** ato ou efeito de criar uma pessoa coletiva;
* **No Direito Canónico:** ato normativo promulgado pelo papa;

A Constituição como lei estadual

Um primeiro traço orientador da Constituição é a sua natureza legal e estadual.

A sua natureza legal prende-se com a lei como fonte de Direito Constitucional. A Constituição é um texto regulador que não vem da espontaneidade, mas sim de uma vontade específica.

Sendo estadual, a Constituição não é uma lei qualquer. É uma lei que resulta do poder estadual como expressão máxima do poder Público, que se representa no Estado através da soberania interna.

Estas características permite distinguir os verdadeiros textos constitucionais dos “semelhantes” que não possuem estes traços caracterizadores.

A constituição como ato jurídico supremo

A Constituição é também uma lei singular, por se encontrar no topo da Ordem Jurídica. Esta superioridade manifesta-se sob três formas:

1. O princípio da constitucionalidade;
2. A desvalorização dos atos jurídico-públicos desconformes;
3. A responsabilidade pelos atos ilícitos constitucionais;

Coloca a Constituição no topo da Ordem Jurídica, o que quer dizer que todas as fontes e atos que não tenham valor constitucional lhe devem obediência. A sua desconformidade, por outro lado, resume-se em inconstitucionalidade. Daí, que as consequências não possam deixar de existir, como forma de reprimir as infrações.

A sanção do princípio da constitucionalidade aplica-se sob duas formas: a desvalorização dos atos jurídico-públicos inconstitucionais através do seu apagamento da Ordem Jurídica; e a responsabilização dos autores de comportamentos inconstitucionais através da aplicação dos diversos mecanismos de responsabilidade jurídica.

A Constituição como núcleo do Ordenamento Jurídico-Positivo

A Constituição como lei nuclear, significa que o seu conteúdo assume o mais alto-relevo que é possível assumir. Esta característica implica que nos seus preceitos se deva estabelecer as opções centrais à vida que se organiza no Estado.

A centralidade da constituição pode ser duplamente perspetivada:

* **Centralidade qualitativa:** O texto constitucional orienta a vida em comunidade e dentro do Estado;
* **Centralidade quantitativa:** O texto constitucional acolhe as opções mais importantes;

As aceções de Constituição Formal e Material destacam ainda dois tipos de princípios constitucionais associados às “matérias constitucionais”:

* **Normas e princípios materialmente constitucionais**: normas e princípios cujas matérias têm dignidade constitucional;
* **Normas e princípios formalmente constitucionais:** normas e princípios que têm força constitucional;

Apesar de o ideal ser que as normas e princípios materialmente constitucionais, sejam também formalmente constitucionais, isto nem sempre se verifica.

A perspetiva formal e material conduzem ao problema de saber como se dá a sua interpretação. Na situação ótima, os princípios e normas materiais seriam também formais. No entanto, a realidade admite a não coincidência entre os dois aspetos:

* Pode haver normas e princípios inseridos na Constituição formal que não possuam, da perspetiva material, a dignidade suficiente para nela constarem;
* Pode haver normas e princípios que, não tendo a força jurídico-formal prototípica da Constituição formal, pelas matérias que versam deviam possuir essa mesma força, sendo apenas materialmente constitucionais;

Estas são situações indesejáveis que introduzem uma quebra na ligação perfeita que deve existir na Constituição.

No caso das normas e princípios material mas não formalmente constitucionais, isso traduz-se na sua flexibilidade e valor infraconstitucional.

No caso das normas e princípios que sejam constitucionais só em sentido formal, e não em sentido material, elas podem não prevalecer nas situações de contradição interna.

O conteúdo constitucional mínimo foi alcançado no período do estado Liberal no século XIX, devido À preocupação com a organização do poder público.

Com o Estado Social do século XX, o alargamento das matérias constitucionais esteve em direta consonância com o aumento das tarefas do Estado ao nível económico-social. Os fins do Estado alargaram-se pela junção do bem-estar económico ao social e cultural, e da vertente distributiva da justiça, não já apenas comutativa.

É por isso que, mesmo nas matérias materialmente excluídas do setor constitucional, podem interessar se e na medida em que reflitam as opções gerais da comunidade política que, em certo momento, elabora a sua Constituição. A partir daqui entra-se numa zona de delimitação imprecisa, quanto às matérias constitucionais, que é livremente determinada pelo pdoer constitucional.

A densificação das matérias constitucionais justifica-se por razões axiológicas, histórico-culturais, sociológicas e também pelos direitos fundamentais liberais e competências dos principais órgãos estaduais.

A Constituição como código jurídico

A Constituição, no seu caráter de ato legislativo, comporta ainda o aspeto de ser um código do ramo jurídico a que respeita: um código de Direito Constitucional.

A justificação para o conceito de código em adequação à Constituição relaciona-se com o facto de os Estados concentrarem nos respetivos textos constitucionais o conjunto de normas e princípios que dizem respeito ao seu Direito Constitucional, de modo sistemático, sintético e científico:

* **Sistematicamente:** as normas e princípios organizam-se segundo padrões de uniformidade;
* **Sinteticamente:** os preceitos constitucionais podem remeter para outros níveis de legiferação que não fazem sentido no escalão constitucional;
* **Cientificamente:** a arrumação das matérias constitucionais obedece a razões lógico-científicas;

A existência de um código não pressupõe que nele estejam reunidas todas as normas e princípios constitucionais pertencentes acerto Direito Constitucional Positivo.

Deste modo, compreende-se a existência de normas e princípios constitucionais extravagantes, que tendo sendo material ou formalmente constitucionais, não estão incluídas no texto constitucional.

Surge, assim, a Constituição Documental. Esta é a lei constitucional que codifica o Direito Constitucional, não tendo que incluir a totalidade das normas e princípios constitucionais.

São várias as razões que podem estar na base do aparecimento de normas e princípios extravagantes:

* Normas e princípios que se referem a temas que merecem um tratamento específico e autonomizado;
* Normas e princípios constitucionais que foram produzidas mais tarde, não tendo vivido o momento propício para serem incluídas no texto constitucional;

O Direito Constitucional extravagante pode recair sobre normas e princípios materiais e formais.

No caso português, o direito Constitucional Extravagante Material, comporta varias legislações:

* Regimento da Assembleia da República (RAR)
* Lei do tribunal Constitucional (LTC)
* Leis eleitorais
* Lei do referendo Nacional (LORR)
* Lei dos Partidos Políticos (LPP)

O Direito Constitucional Extravagante Formal engloba:

* Os símbolos nacionais, a Bandeira Nacional e o Hino Nacional
* A declaração Universal dos Direitos do Homem (DUDH)
* A cláusula de abertura aos direitos fundamentais atípicos
* Os princípios cooperativos

Destes, o mais importante é a DUDH. Nos termos em que está formulada, esta declaração permite a abertura do catálogo de Direitos a outros que, por várias razões, não constaram do texto original, instituindo-se uma cláusula aberta geral de direitos fundamentais atípicos.

Deste modo, os direitos fundamentais não inseridos no texto constitucional podem entrar no escalão constitucional, contando que preenchem os parâmetros exigidos.

## As fontes secundárias do Direito Constitucional

A mitigada relevância do costume constitucional

A Constituição está ligada à fonte legal, ao traduzir opções jurídico-normativas criadas para fixar e organizar o poder político e a sua relação com os cidadãos. Porém, esta não é a única fonte de Direito possível na Ordem Constitucional.

Também o costume, ou seja, as normas costumeiras, têm alcance na Ordem Constitucional. De acordo com a opinião de Marcelo Rebelo de Sousa, a relação entre a lei e o costume enquanto fontes da formação dos sistemas constitucionais, tem três modalidades distintas:

1. **Sistemas constitucionais essencialmente consuetudinários:** confere um relevo principal ao costume tradicional;
2. **Sistemas constitucionais semi-consuetudinários:** dão igual importância à lei e ao costume constitucional;
3. **Sistemas Constitucionais subsidiariamente consuetudinários:** O costume constitucional tem um relevo secundário;

Esta classificação, no entanto, não corresponde à realidade. A primeira modalidade tal como é apresentada, não pode existir tal como é apresentada, pois qualquer sistema constitucional sempre se apresenta carecendo de um largo apoio em regras de origem legal, as quais, existindo, impedem aquela qualificação de sistema essencialmente consuetudinário.

A segunda e terceira modalidades são hipóteses mais prováveis, já que apenas conferem uma relevância restrita ao costume constitucional no confronto com a lei constitucional.

Conclui-se que o costume constitucional jamais pode estar sozinho porque, nos estados Contemporâneos, este ramo do Direito tem que ser, obrigatoriamente, composto por normas e princípios que têm origem legal. Ou seja, têm origem num ato voluntário, a Constituição.

Os costumes contra legem criaram um problema na medida em que podem, também, ser *contra-Constitutionem.* Na teoria, este não pode valer porque não é autorizado pela Constituição. Porém, a legitimidade do costume reside nele próprio e, como tal, para existir não precisa de pedir licença à lei.

O próprio poder constituinte pode assumir a veste de normas consuetudinárias, desde que isso seja o desejo da comunidade política. Claro que isto só faz sentido para enquadrar um poder legal, nunca como manifestação de juridicidade com as características do costume.

A limitação prática da jurisprudência constitucional

Outra fonte normativa a ter em causa quanto ao Direito Constitucional é a jurisprudência constitucional.

Por vezes, a jurisprudência decreta como válidas certas orientações, com base na aplicação quotidiana do Direito Constitucional. Ou seja, fixa entendimentos que passam a assumir um caráter normativo.

Quando isto sucede, a jurisprudência assume-se como fonte do Direito Constitucional.

No entanto, estes casos são escassos, fazendo da jurisprudência uma fonte secundária do Direito Constitucional.

O valor da jurisprudência como fonte de Direito Constitucional prende-se coma necessidade de fixar soluções normativas deste ramo do Direito.

O seu sentido normativo resulta dos termos em que estão previstas as intervenções dos tribunais como aplicadores de fontes do Direito, não sendo o Direito Constitucional excluído dos parâmetros a que devem obediência.

Por outro lado, a aplicação do Direito Constitucional vale apenas no domínio do caso concreto ou como tarefa hermenêutica, de modo que a jurisprudência constitucional só pode ser encarada como facticamente normativo, não representando verdadeira e formalmente uma fonte de Direito Constitucional. Isto é, como o Direito Constitucional só vale em casos concretos, não se deve considerar as decisões dos tribunais na aplicação do Direito Constitucional como obrigatórias, de modo que nenhuma orientação acaba por adquirir caráter normativo.

A exclusão de outras fontes do Direito Constitucional

Resta explicar a exclusão das outras fontes do Direito, enquanto fontes do Direito Constitucional. São elas:

* **Doutrina:** A opinião dos académicos não esclarece regras e princípios constitucionais;
* **Princípios gerais constitucionais:** Estes são, juntamente com as normas jurídico-constitucionais, componentes desta parte da Ordem Jurídica, pelo que não faria sentido serem “a coisa em si e a fonte que originou a coisa”.
* **Equidade:** Este é um mecanismo excecional que permite que algumas razões derrubem as razões impostas pelo princípio da constitucionalidade, daí resultando a não invalidação total dos atos jurídico-públicos inconstitucionais. Assim, a equidade não se afigura como uma fonte de Direito.
* **Convenções constitucionais:** Estas convenções implicam o estabelecimento de acordos políticos que, por sua vez, não têm caráter jurídico-constitucional, sendo alheios à juridicidade constitucional.

# A dinâmica do direito constitucional

## O poder constituinte

Poder constituinte e nascimento da Constituição

O poder constituinte, que consiste na elaboração de uma nova Constituição, tem fases e âmbitos diversos em detrimento das circunstâncias que rodeiam o seu nascimento. Pode ser um poder constituinte inicial, quando se exerce pela primeira vez, ou um poder constituinte posterior, no caso de já ter sido exercido anteriormente.

As características do poder constituinte

Quanto ao pdoer constituinte, destacam-se três aspetos fundamentais:

* **Originariedade:** por ser um poder primeiro;
* **Independência:** por não ser subordinado a qualquer outro poder;
* **Absolutidade:** por não se sujeitar a nenhuma outra regra ou parâmetro;

Esta é uma conceção ultrapassada, uma vez que o pdoer constituinte foi absorvendo as exigências impostas pelo Estado de Direito em que foi concebido, concebendo-se um poder constituinte:

* Democraticamente legitimado
* Materialmente limitado
* Culturalmente situado

O poder constituinte deve reger-se pela soberania popular e pela legitimidade democrática. Por outro lado, este não pode afastar-se da conceção de poder político, na medida em que este é inerente ao Estado e às estruturas que exercem esse tipo de poder.

Sendo um poder estadual, este não poderia ser ilimitado. Tem que se sujeitar a limitações que lhe estabeleçam barreiras em nome de valores e princípios transpositivos.

* **Limites transpositivos:** interferem com a legitimidade do Direito em geral e com a procura da Justiça;
* **Limites positivos estruturais:** prendem-se com a estrutura do Estado, à qual a Constituição deve respeito;
* **Limites positivos procedimentais:** relacionam-se com cada omento constituinte e com a sua orientação concreta, que influencia a redação do texto constitucional;
* **Limites positivos externos:** relacionam-se com as imposições derivadas de ordenamentos jurídicos supraestaduais;

Manifestações típicas do poder constituinte

Teoricamente, existem três esquemas de expressão do poder constituinte que definem o aparecimento de uma nova Ordem Constitucional: as vicissitudes constitucionais totais:

* **Independência Constitucional:** Criação política de um Estado, associada à sua primeira Constituição;
* **Revolução Constitucional:** Mudança de Direito pelo aparecimento de novas opções constitucionais que se opõem à deposta Ordem;
* **Transição Constitucional:** Mudança do projeto de Direito quanto às opções constitucionais essenciais, porém respeitando a constitucionalidade formal anteriormente vigente, utilizando-se os esquemas dessa constitucionalidade como se tratasse de uma revisão.

Importa, ainda, distinguir as duas vertentes na expressão do poder constituinte. Existe naturalmente uma subordinação do poder constituinte formal ao material:

* **Poder constituinte material:** é o conteúdo da nova ordem constitucional que se produziu através da nova ideia de Direito, por oposição à ordem constitucional anterior.
* **Poder constituinte formal:** formalização do conteúdo através da positivação da Constituição e dos atos constitucionais.

A expressão do poder formal submete-se a vários esquemas ligados também à estrutura do Estado e ao seu sistema político.

O poder constituinte formal finaliza-se nos atos constituintes dos quais decorre a nova Constituição. Têm três categorias possíveis:

* **Atos constituintes unilaterais simples:** atos jurídico-públicos únicos de formalização da Constituição e que provêm de uma só legitimidade (monárquica ou democrática);
* **Atos constituintes unilaterais complexos:** atos jurídico-públicos plurais de formalização da Constituição que provêm de diversas vontades agregadas numa só legitimidade. Por exemplo, quando os procedimentos constituintes são aprovados no parlamento e posteriormente em referendo.
* **Atos constituintes bilaterais:** atos jurídico-públicos plurais em que para a formalização da Constituição concorrem as vontades de órgãos dotados de diversas legitimidades. Ex: constituições pactícias aprovadas por parlamentos democráticos e sancionadas por monarcas ou chefes de estado

## As vicissitudes constitucionais

Os fatos normativo-constitucionais

Uma vez que a Rodem Constitucional não é imutável, ao longo do seu desenvolvimento vai sofrendo transformações. Estas manifestam-se de duas formas:

* Modificação da Constituição, das suas normas e princípios;
* Cessação da Constituição, das suas normas e princípios;

Estas têm como efeitos jurídico-normativos:

* Alteração de preceitos constitucionais;
* Supressão de preceitos constitucionais;
* Adiamento de preceitos constitucionais

Podem ainda ter um caráter de:

* Efeito suspensivo, paralisando a sua eficácia;
* Efeito repristinatório, consumando a revigência de um preceito já eliminado;

**Modalidades e tipos de vicissitudes constitucionais**

Para perceber os efeitos destas transformações, é necessário entender as categorias em que estas se inserem, através de cinco critérios:

* **Da direccionalidade dos efeitos:** se os efeitos são intencionais ou espontâneos;
* **Da duração dos efeitos:** se os efeitos são permanentes ou temporários;
* **Da projeção sobre a identidade constitucional material:** se os efeitos são conformes ou desconformes à OC;
* **Do alcance dos efeitos:** se os efeitos são normativos, concretos ou individuais;
* **Da conformidade constitucional formal dos efeitos:** se os efeitos são formalmente constitucionais ou inconstitucionais;

A aplicação destes critérios exprime-se na formação deste tipo de vicissitudes constitucionais:

* **Revolução constitucional:** adoção de uma nova Ordem Constitucional global contrária à anterior, que é violada e substituída;
* **Transição constitucional:** criação de uma nova Ordem Constitucional, materialmente diferente, mas conforme ao formalismo que esta previa para a revisão constitucional. O resultado supera a revisão por instaurar uma nova OC;
* **Rutura constitucional não revolucionária:** aparecimento de novas normas e princípios que violam a ordem constitucional, com o detalhe de não ferirem o núcleo material identitário;
* **Exceção constitucional:** alteração temporária da OC nos seus aspetos fundamentais, de modo a tentar preservá-la e, posteriormente, recuperá-la;
* **Derrogação constitucional, auto rutura, rutura material constitucional:** contradição dos princípios fundamentais da OD numa aplicação concreta, por vezes definitiva, aprovada por um ato jurídico-público;
* **Costume constitucional:** produção espontânea de efeitos constitucionais normativos que afetam a Ordem Constitucional em algumas normas;
* **Caducidade constitucional:** extinção das normas constitucionais existentes, devido às circunstâncias ou a termos já previstos;
* **Revisão constitucional:** alteração da OC e de aspetos que não atinjam o seu núcleo material nem os seus princípios. É feita através de um processo formalmente definido, através da edição de atos jurídicos.

## A revisão constitucional

A revisão constitucional em geral

A revisão constitucional consiste na possibilidade de alteração da Ordem Constitucional dentro de alguns limites.

Apesar de derivar de um poder constituído e não constituinte, pode acontecer a revisão revestir-se desse poder constituinte. Isto acontece na transição constitucional, por exemplo, em que interessa a realidade concetual.

A revisão constitucional formaliza-se na edição de uma lei constitucional que estabelece uma relação com o texto constitucional, por poder gerar os seguintes efeitos:

* **Efeito revogatório:** O preceito constitucional cessa a sua vigência;
* **Efeito inovatório:** Acrescenta-se um novo preceito constitucional;
* **Efeito modificatório:** O preceito constitucional apresenta uma nova formulação;
* **Efeito suspensivo:** O preceito existente é temporariamente suspenso;

A revisão é essencial na medida em que tenta harmonizar o Direito Constitucional à realidade político-social e constitucional.

Funciona também como um mecanismo de segurança. Isto porque, estabelecendo um formalismo para a revisão constitucional, permite-se a sua alteração salvaguardando alguns princípios considerados fulcrais. Isto não só evita a sua violação como também as tentativas violentas de alteração da Ordem constitucional. Seria também difícil manter a OC intacta, o que geraria instabilidade.

A revisão constitucional desempenha algumas destas relevantes tarefas:

* **Atualizar a OC:** adequando-a à realidade constitucional;
* **Interpretar a OC:** fixando novos critérios hermenêuticos;
* **Completar a OC:** suprimindo falhas e lacunas e introduzindo novos instrumentos;

A Teoria do Direito Constitucional encontrou cinco grandes categorias de regras, que se assumem como “limites à revisão constitucional”.

* **Limites orgânicos:** regras que definem o órgão ou órgãos competentes para fazerem uma revisão constitucional;
* **Limites temporais:** definição do tempo adequado para a revisão, impedindo que se torne demasiado aleatória;
* **Limites procedimentais:** regras que introduzem particularidades no desenvolvimento procedimental, tornando-o de mais difícil prossecução. Ex: as maiorias agravadas exigidas;
* **Limites circunstanciais:** Demarcam alturas em que não podem haver alterações na Ordem Constitucional, por esta se encontrar em perigo;
* **Limites materiais:** Conjunto de matérias que não pode ser alvo de revisão constitucional, por integrarem o núcleo essencial do projeto de Direito;

Os limites materiais da revisão constitucional

Os limites materiais aparecem protegidos nos textos constitucionais por cláusulas expressas de limites materiais de revisão constitucional. Estas, no entanto, suscitam dois problemas:

1. **Problema de definição dos limites materiais insertos nas cláusulas**, na medida em que estas têm diferentes intensidades, de modo a saber o que se considera verdadeiramente um limite material;
2. **Problema de força vinculativa das cláusulas,** por comparação a outros preceitos constitucionais;

A força jurídica /normativo-constitucional dos preceitos constitucionais que estabelecem cláusulas de limites materiais à revisão constitucional tem sido alvo de discussão. Isto porque a sua força acaba por configurar o exercício do poder de revisão.

Há três principais posições quanto à modificabilidade destas causas com o objetivo da libertação desses limites:

* **Teoria da irreversibilidade:** só uma manifestação do poder constituinte originário poderia eliminar ou modificar uma cláusula, uma vez que terá sido este a criá-las.
* **Teoria da revisibilidade:** as cláusulas sobre a revisão constitucional não têm nenhuma força especial relativamente a outros preceitos constitucionais. E se a constituição, na sua força original, admitiu o poder de revisão, então deve admitir que o mesmo se exerça sobre o próprio regime de revisão.
* **Teoria da dupla revisibilidade/revisibilidade faseada:** A revisão deve acontecer em dois tempos. Numa primeira fase elimina-se a cláusula que protege a matéria que se pretende atingir e, numa segunda fase, elimina-se o princípio que deixou de estar constitucionalmente protegido;

A posição defendida por Jorge Bacelar Gouveia é a teoria da irrevisibilidade, de acordo com o respeito pela vontade originária do poder constituinte que definiu certos preceitos como merecedores de maior resguardo. Esta vontade não deverá ser contrariada por um poder que lhe deve ser subordinado.

Em diversas ocasiões estas cláusulas são violadas. Essas são importantes para perceber o problema de definição dos limites materiais insertos nas cláusulas.

O que acontece é que nem sempre os textos constitucionais fazem uma correta aplicação do conceito de limites materiais, alargando-os a matérias que não são merecedoras de tamanha importância. Quando certas matérias são consideradas limites materiais de revisão constitucional e, em rigor, não se ajustam a esse conceito, o poder constituinte qualificou-as erradamente.

Deste modo, também as cláusulas de limites materiais de revisão constitucional não são respeitadas porque são excessivas, englobam matérias cuja importância não corresponde a que lhes é dada.

Neste domínio podem afirmar-se quatro casos distintos:

* **Não havendo cláusulas de limites materiais:** se a matéria não for de importância nuclear, ocorre uma normal revisão constitucional; se a matéria for fundamental, sucede-se uma transição constitucional, com o aparecimento de uma Nova Ordem Constitucional, uma vez que a identidade constitucional foi alterada.
* **Havendo cláusulas de limites materiais:** Se a matéria não for de importância nuclear, tendo assim sido erradamente qualificada, ocorre uma rutura não revolucionária que não afeta a identidade constitucional; se a matéria for, realmente, de importância nuclear, ocorre uma revolução constitucional, por se afetar a identidade da Constituição e se quebrar a constitucionalidade das alterações que são possíveis efetuar.

Há ainda uma situação que se diferencia das demais: a da alteração linguística, mas não normativa. Este tipo de alterações não são reguladas pela Lei da revisão constitucional, uma vez que não exigem alteração normativa.

A híper-rigidez da Constituição Portuguesa

A experiência constitucional portuguesa estabelece um denso regime de revisão constitucional, dedicando-lhe o Cp. II da Parte II da CRP.

O procedimento de revisão constitucional assenta nas fases do procedimento legislativo parlamentar, apresentando algumas características próprias da revisão constitucional.

* A iniciativa de lei de revisão constitucional apenas cabe aos Deputados;
* Aquando da apresentação de um projeto de revisão, os restantes devem ser entregues num prazo de 30 dias (princípio da condensação);
* A discussão e deliberação das alterações constitucionais são sempre feitas no plenário da AR, ainda que a matéria possa ser analisada por uma comissão especializada;
* O PR não tem direito de veto nestas ocasiões, apenas existindo a fiscalização preventiva da constitucionalidade.
* A publicação das alterações é acompanhada da republicação de todo o texto constitucional já revisto;
* Os limites orgânicos, temporais e procedimentais têm como objetivo impor a rigidez constitucional ao seu texto;
  + **Limites orgânicos:** O poder de revisão é somente atribuído à AR;
  + **Limites temporais:** A revisão constitucional só pode ser efetuada cinco anos após a última revisão. Em casos excecionais de urgência, podem fazer-se revisões extraordinárias a qualquer momento, desde que estas sejam aprovadas por 4/5 dos Deputados em efetividade de funções;
  + **Limites procedimentais:** Algumas das fases da revisão constitucional têm um regime excecional;
  + **Limites circunstanciais:** Estes fazem da nossa constituição hiper-rígida. Os limites circunstanciais impedem a revisão constitucional na vigência do estado de sítio e de estado de emergência. Estando o Estado sob ameaças internas ou externas às instituições, não seria prudente desenvolver um processo de revisão que seria suscetível a ceder às pressões.
  + **Limites materiais:** Também estes fazem da Constituição Portuguesa hiper-rígida. Os limites materiais significam que a Constituição não permite a revisão a todas as matérias. São irrevisíveis catorze matérias consideradas essenciais no Direito Constitucional Português. São eles:
    1. Independência nacional e unidade do Estado;
    2. Forma republicana de governo;
    3. Separação da igreja e do Estado;
    4. Direitos, liberdades e garantias dos cidadãos;
    5. Direitos dos trabalhadores, comissões trabalhadoras e organizações sindicais;
    6. Coexistência dos diversos setores dos meios de produção;
    7. Existência de planos económicos no âmbito de uma economia mista;
    8. Sufrágio universal, direto, secreto e periódico na eleição dos titulares dos órgãos de soberania, das RA e do poder local, bem como o sistema de representação proporcional;
    9. Pluralismo de expressão de organização política;
    10. Separação e interdependência dos órgãos de soberania;
    11. Fiscalização da constitucionalidade por ação ou omissão de normas jurídicas;
    12. Independência dos tribunais;
    13. Autonomia das autarquias locais;
    14. Autonomia político-administrativas das RA;

A doutrina discute a existência de limites de revisão constitucional de natureza implícita, que não constam desta lista, assim como a eficácia destes limites.

Não é legítimo pensar que a qualificação de certas matérias como limites materiais tem apenas o intuito de manter a coerência global do subsistema constitucional.

A existência de limites materiais implica o respeito de certas matérias, bem como o facto de as mesmas funcionarem por sugestão de opções jurídico-positivas existentes no texto constitucional, havendo entre elas um sentido medianamente vinculante, que reprime as opções do legislador de revisão constitucional.

A ligação do legislador de revisão constitucional ao sentido normativo das matérias abrangidas pelos limites materiais não se avalia abstratamente nem genericamente:

* Não pode ser abstratamente porque tudo depende dos termos em que a Constituição formalizou a vontade material constituinte;
* Não pode ser genericamente porque observando a diversidade regulativa das matérias é possível encontrar diversos graus de vinculação;

O resultado alcançado é o de haver várias intensidades. Por exemplo, no tocante a direitos, liberdades e garantias será a intensidade máxima.

# A interpretação, a integração e a aplicação do Direito Constitucional

## A interpretação das disposições constitucionais

A aceitação dos cânones gerais da interpretação jurídica

A interpretação constitucional é necessária, na medida em que é necessário extrair um sentido das fontes constitucionais.

Neste domínio é preciso considerar:

* **Sujeitos da interpretação:** A interpretação pode ser levada a cabo por todos os membros e operadores da comunidade jurídica. Porém, a interpretação autêntica, só cabe ao órgão que dispõe da competência para aprovar a revisão constitucional;
* **Objeto da interpretação:** Deve considerar:
  + **Subjetivismo e objetivismo:** Prefere-se a interpretação objetivista segundo a qual não se dá tanta importância à vontade do legislador aquando da elaboração da lei;
  + **Historicismo e atualismo:** Prefere-se o sentido atualista contra o sentido dado à lei no momento em que esta foi criada;
* **Elementos da interpretação:** Em muitos casos, os elemtnos literais não chegam. É assim preciso recorrer:
  + **Elemento sistemático:** relação que cada preceito mantém com outro preceito, mais ao menos próximo;
  + **Elemento histórico:** percurso e razões circunstanciais de edição dos preceitos;
  + **Elemento teleológico:** finalidade que se pretendia alcançar com a criação do preceito interpretado;
* **Resultados da interpretação:** Embora a maior parte das vezes, o resultado se retire da interpretação declarativa, na qual o sentido literal corresponde ao sentido lógico, às vezes é preciso admitir outras conclusões:
  + **Interpretação restritiva:** O sentido deve ficar aquém daquilo que diz a letra da constituição;
  + **Interpretação extensiva:** O sentido deve ir para além daquilo que diz a letra da constituição;
  + **Interpretação enunciativa:** Do sentido literal inferem-se outros sentidos, que revelam novas determinações de dever-ser;
  + **Interpretação abrogante:** Quando a fonte constitucional estiver desprovida de um sentido ordenador;

Interpretação constitucional e interpretação conforme à Constituição

Uma coisa é a interpretação das fontes constitucionais, outra é a interpretação conforme à Constituição. Esta apresenta várias diferenças em relação à primeira:

* **No objeto da atividade interpretativa:** na interpretação conforme à Constituição pretende atingir-se o sentido de uma fonte infraconstitucional;
* **No esquema lógico que se adota:** na interpretação conforme à Constituição, o sentido normativo constitucional é um elemento auxiliar a ser levado em consideração na captação do sentido da fonte infra constitucional;
* **No êxito da interpretação conforme à Constituição:** na interpretação conforme à Constituição, o resultado a que se chega nem sempre é positivo porque pode não se chegar a um sentido que se considere adequado ao texto constitucional;

A razão de ser da interpretação conforme à Constituição relaciona-se com o reconhecimento do caráter supremo deste texto

A singularidade da interpretação constitucional

Na interpretação constitucional é possível vislumbrar a existência de alguns fatores de singularização, que podem tornar essa atividade mais complexa e difícil. Essa singularização relaciona-se com a proximidade entre o Direito Constitucional e o mundo da atividade política.

A teoria do Direito Constitucional tem apresentado vários princípios específicos à interpretação constitucional:

* **Princípio da unidade da Constituição:** A interpretação dos preceitos constitucionais deve considerar o seu método global, dela podendo retirar importantes contributos;
* **Princípio da concordância prática:** Importa harmonizar os princípios constitucionais divergentes de acordo com uma solução que os maximize, trazendo-lhes o menos sacrifício possível;
* **Princípio da concorrência funcional:** Do texto constitucional devem derivar resultados interpretativos que respeitem o equilíbrio de poderes e de competências;
* **Princípio da eficácia integradora:** Na tarefa interpretativa, a solução a encontrar pelo intérprete deve considerar objetivos de integração social e unidade política, não se desligando da Ordem Constitucional;
* **Princípio da máxima efetividade:** Na procura do sentido das normas constitucionais, deve procurar-se o resultado interpretativo que mais eficácia possa dar;

Existem também esquemas interpretativos próprios de âmbito particular. Isto acontece em várias ocasiões:

* Regra do *in dubio pro libertate*, segundo a qual a interpretação é sempre feita do modo mais favorável à pessoa humana;
* Direitos fundamentais, para os quais o articulado da CRP remete afirmando que “Os preceitos constitucionais relativos aos Direitos fundamentais devem ser interpretados em harmonia com a DUDH”;
* Organização do poder público no seio da Constituição Política, na qual, por força do princípio da competência, os poderes dos órgãos devem ser objeto de um sentido mais limitativo

## A integração de lacunas constitucionais

A admissão das orientações gerais sobre a integração de lacunas jurídicas

A integração de lacunas suscita várias dificuldades. Estas começam com a identificação das situações lacunares, ou seja, das situações não previstas na lei. A lacuna jurídica compõe-se por dois elementos:

* **Elemento objetivo:** ausência de norma aplicável a uma dada situação, que não tem solução normativa direta;
* **Elemento finalístico:** incompleição que contraria o plano do ramo do Direito em causa, pois se tivesse previsto essa situação, estipulando a orientação em falta, evitando assim que isso pudesse suceder;

No caso específico do Direito Constitucional, as lacunas consistem na ausência de uma solução que o Direito Constitucional deveria prover.

Assim sendo, não se pode verificar lacunas jurídico-constitucionais se certa questão não tiver norma, por não a merecer do ponto de vista da regulação do Direito Constitucional. Nestes casos ou não é juridicamente relevante, ou tem solução à luz de outro ramo do Direito.

Para preencher uma lacuna, a Teoria Geral do Direito dá-nos como critério, também aplicável ao Direito Constitucional, recorrer, em primeiro lugar, à analogia legis, e depois à analogia iuris.

* **Analogia legis:** a proximidade é de natureza tipológica;
* **Analogia iuris:** a proximidade é imposta pelos princípios gerais;

Desta forma, o problema das lacunas passa pro um problema lógico-hermenêutico. Através da procura de uma solução para o caso a partir de outras normas ou princípios, ambos integrados no sistema jurídico em apreço, é permanentemente possível resolver o problema suscitado.

Se a lacuna não puder ser integrada, então não é uma lacuna porque se localiza fora da Ordem Jurídica.

Lacunas constitucionais e omissões legislativas

As lacunas constitucionais, ao expressarem a inexistência de normas constitucionais aplicáveis denotam a deficiência da Ordem Constitucional.

Porém, há que não confundir as lacunas com omissões legislativas. Estas designam a ausência de normas ou de regimes aplicáveis, devido à inatividade do poder normativo infraconstitucional.

As omissões legislativas situam-se no plano das fontes infraconstitucionais, enquanto as lacunas se inserem no Ordenamento Jurídico-Constitucional.

Para existir uma omissão legislativa não basta a ausência de norma ou regime aplicável. É ainda necessário que esta ausência seja indesejada pelo Direito Constitucional.

Todavia, não estamos perante verdadeiras situações de lacuna constitucional porque o texto constitucional, nestes casos, não sofre de incompleição. Trata-se apenas da ausência de normas ou orientações que não têm natureza constitucional, pelo que não faz sentido a aplicação dos mecanismos próprios das lacunas constitucionais.

O caráter indesejável das omissões legislativas prende-se com um dever de legislar que a Constituição incumbe às fontes infraconstitucionais, a respeito de disciplinas complementares.

A maioria das omissões legislativas corresponde, até a situações de inconstitucionalidade (por omissão) em que a Constituição é violada pela verificação da ausência de medidas que permitem a aplicabilidade dos seus preceitos.

Estas situações nem sempre têm resposta no plano do controlo da inconstitucionalidade por omissão. Em Portugal, por exemplo, isso apenas sucede com determinadas categorias de omissões legislativas previstas pela fiscalização da inconstitucionalidade.

As singularidades da integração das lacunas constitucionais

As singularidades da integração das lacunas constitucionais são facilmente detetáveis, pela sua relação com o Direito Constitucional:

* O Direito Constitucional detém a superioridade hierárquica no mundo da Ordem Jurídica Estadual;
* Têm uma conexão com atividades que não devem ser juridicamente reguladas;

A primeira circunstância determina que a lacuna constitucional não se resuma apenas à ausência de solução normativa. É necessário que as normas constitucionais que resultem da integração das lacunas, sejam dotadas da força hierárquica característica das normas de Direito Constitucional.

A segunda circunstância relaciona-se com a distinção entre a lacuna constitucional e a situação extra-jurídico-constitucional: enquanto a lacuna constitucional implica a ausência de uma norma constitucional, a situação extrajurídica constitucional, significa que a ausência da norma é desejável porque se está perante uma situação que não tem de ser juridicamente regulada, sendo domínio da Política. Neste caso é preciso abrir duas alternativas:

* Ser uma situação extrajurídica geral, relevante para o Direito e portanto para o Direito Constitucional;
* Ser uma situação extrajurídica especificamente para o DC, na medida em que não se pretende que o problema em aberto seja tratado ao nível daquele ramo do Direito, com as suas características, embora se admita que outros ramos do Direito possam resolver;

Quando não existe qualquer tipo de índice jurídico-constitucional, terá que se alcançar uma solução com base na aplicação dos critérios da analogia legis ou analogia iuris.

O Direito Constitucional Português oferece elementos específicos para resolver a integração de lacunas, salientando dois possíveis métodos:

* O método de integração normativa de lacunas constitucionais;
* O método de integração casuística de lacunas constitucionais;

O primeiro método fica bem patente na possibilidade de recurso à DUDH como bloco normativo para integrar as lacunas em matéria de direitos fundamentais. O preenchimento da lacuna é normativo porque acontece permanentemente, o que demonstra a potencialidade de se prolongar para o futuro.

O segundo método representa a esmagadora maioria dos casos. Não tendo uma fonte com que operar, recorre a um parâmetro material de decisão que não tem a capacidade de permanecer. Neste método recorre-se à analogia legis e à analogia iuris, procurando nelas uma norma equivalente a um princípio constitucional.

É de referir três casos de situações lacunares, sob a perspetiva do Direito Constitucional que são integráveis segundo um critério de analogia:

* **O prazo para a promulgação obrigatória a lei de revisão constitucional:** O preceito constitucional que prevê a obrigatoriedade da promulgação não estabelece qualquer prazo em que tal ocorre, devendo fazer-se a aplicação analógica do prazo de oito dias inserto no regime da promulgação obrigatória depois da confirmação do ato legislativo parlamentar;
* **A dissolução parlamentar como motivo para determinar a demissão do Governo:** esta razão não está inscrita no elenco constitucional das causas de demissão do Governo, aplicando-se de idêntico modo por ser considerado equivalente às outras causas enunciadas, tratando-se de uma lacuna de exceção;
* **O prazo para a pronúncia da Assembleia Legislativa das RA no caso de a respetiva iniciativa legislativa estatuária e eleitoral ter sido alvo de objeções por parte da AR:** A CRP diz que este órgãos se devem pronunciar, mas não diz em quanto tempo;

## A aplicação das fontes constitucionais

A aplicação das fontes constitucionais no tempo em geral

Não basta saber como as leis são produzidas, interpretadas, ou como as suas lacunas são integradas. É preciso saber, também, o modo como elas se aplicam, começando na sua aplicação temporal. Esta relaciona-se com três problemas centrais, sendo os dois primeiros gerais e o último específico do Direito Constitucional:

* Início da vigência;
* Cessação da vigência;
* Sucessão das fontes;

O início da vigência das fontes significa a projeção da sua eficácia, que é possível analisar em três dimensões:

1. Apenas para o futuro;
2. Para o futuro e o passado;
3. Para o passado;

A determinação concreta do início da vigência das fontes constitucionais pode seguir dois esquemas:

* **Vigência determinada pela própria fonte constitucional:** no caso em que a fonte é a própria Constituição, de modo que a sua entrada em vigor coincide com o início da vigência do texto constitucional.

**Ex:** CRP que no momento da aprovação indicou, expressamente, a data da sua entrada em vigor.

* **Vigência supletivamente por outra fonte normativa:** sempre que a fonte constitucional nada afirme quanto ao início da sua vigência, submetendo-se a um prazo de vacatio legis.

**Ex:** Algumas leis de revisão constitucional que, não tendo data de início de vigência são aplicadas segundo o prazo geral de vacatio legis, que é de cinco dias após a sua publicação.

A cessação da vigência de fontes constitucionais corresponde à extinção dos efeitos de uma certa fonte constitucional. Esta pode ocorrer de duas formas diferentes:

* **Revogação constitucional:** Manifestação de uma nova vontade contrária à existente. Pode consistir na:
  + **Revogação expressa:** quando a vontade é explícita na cessação de vigência de certa fonte;
  + **Revogação tácita:** quando a vontade revogatória reside apenas na incompatibilidade do novo regime com o anterior;
* **Caducidade constitucional:** quando o fim da vigência fica dever-se ao fim do prazo de aplicação da norma ou à mudança das circunstâncias que a justificavam;

Há ainda autores que consideram o costume revogatório, mais concretamente, o desuso.

A sucessão das fontes constitucionais e infraconstitucionais no tempo em especial

Existe uma relação entre as fontes constitucionais antigas e as novas. Esta é muito importante uma vez que a alteração, parcial ou total, da Ordem Constitucional não pode ser feita abruptamente.

Sobretudo nas situações de mutação global, a passagem para a nova Ordem Constitucional não se realiza instantaneamente, sendo até normal que exista alguma dificuldade no processo de transição.

A situação mais frequente é a eliminação da fonte antiga com o aparecimento de uma nova fonte, que substitui a anterior. Deste modo, possibilita-se que prevaleça a última vontade constituinte.

A eliminação da Ordem Constitucional anterior é inevitável dada a incompatibilidade com o desejo de criar uma nova Ordem.

Porém, a sucessão das fontes constitucionais não acontece sempre desta maneira, há outras duas hipóteses:

* A sucessão entre preceitos da Ordem Infra Constitucional antiga e a Ordem Constitucional global nova;
* A sucessão entre preceitos da Ordem Constitucional antiga e a ordem Constitucional global nova;
  + Manutenção de preceitos da Ordem Constitucional anterior a título de preceitos infra constitucionais – desconstitucionalização: Surge da necessidade de preservar o sentido de normas ou princípios antes considerados de valor constitucional, mas depois ainda úteis num período normalmente transitório;
  + Manutenção de preceitos da Ordem Constitucional anterior como integrando a nova Ordem Constitucional – passagem constitucional: vantagem de manter certo tipo de regulações e procedimentos, na convicção de que haja disposições iguais, ocorrendo uma equivalência nas respetivas orientações;

Há, portanto, três esquemas de relacionamento entre as contes infra constitucionais antigas e a ordem constitucional global nova:

1. Eliminação, das fontes infra constitucionais no caso de se mostrarem contrárias à nova Ordem Constitucional – caducidade constitucional
2. Manutenção das fontes infra constitucionais antigas, que são promovidas a constitucionais – constitucionalização
3. Manutenção das fontes infra constitucionais antigas no mesmo nível hierárquico-formal, mas sendo novadas no contexto de uma nova Ordem Constitucional – novação constitucional.

\***Novação**: extinção de uma obrigação antiga em virtude de uma nova que vem ocupar o lugar da primeira

A aplicação das fontes constitucionais ao espaço

Ao nível da aplicação das fontes constitucionais, importa determinar onde é que estas podem ser aplicadas. Na lógica estadual, a localização privilegiada para a sua aplicação é o território do Estado, no qual vigora, em primeiro lugar, a Constituição, e também as restantes fontes da Ordem Jurídica.

É, portanto, o território do estado que delimita o raio de ação do sue Ordenamento Jurídico.

O princípio geral que rege esta matéria é o princípio da territorialidade: é no território que se encontra a sede do poder e o amparo da comunidade política.

Porém, este princípio não pode valer sempre. Tem duas exceções:

* A aplicação extraterritorial das fontes constitucionais, por referência a espaços que não fazem parte do território nacional;

**Ex:** instalações diplomáticas e consulares, sediadas no estrangeiro, navios e aeronaves militares, agentes diplomáticos e consulares, e portugueses que se encontrem no estrangeiro aos quais se aplicam os direitos e deveres previstos no Ordenamento Jurídico Português;

* A aplicação extraterritorial das fontes constitucionais estrangeiras no território nacional;

**Ex:** aplicação do Direito Internacional Privado: são situações em que os tribunais portugueses resolvem questões jurídicas segundo um Direito aplicável que não é o português.

A aplicação interna de fontes estrangeiras abrangem ordens jurídicas exteriores ao Direito Português com os seguintes exemplos:

* Direito Internacional Público
* Direito da União Europeia
* Direito Canónico

A aplicação territorial das fontes constitucionais pode ainda englobar a coexistência, num único espaço, de diversos sistemas constitucionais (Estados compostos), ou de um único sistema constitucional com tonalidades distintas (Estados unitários descentralizados).

Nestas situações, o importante é adotar critérios que possam resolver os conflitos que possam surgir entre as fontes constitucionais quando, num mesmo espaço, apareçam fontes incompatíveis potencialmente aplicáveis.

# A sistematicidade do Direito Constitucional

## Os princípios constitucionais

O sentido dos princípios constitucionais em geral

A Ordem Constitucional é composta por duas categorias de dever-ser: os princípios jurídico-constitucionais e as normas jurídico-constitucionais.

Os princípios gerais traduzem indicações de dever-ser, que impõem aos destinatários do Direito Constitucional, mas que não assentam numa qualquer estrutura dualista. São muito mais gerais do que as normas e apenas indicam caminhos objetivos.

Têm as seguintes características:

* Coexistem com princípios contrários
* Aplicam-se sob diferentes velocidades, não sendo possível calibrar uma simples força aplicativa, uma vez que as normas variam de intensidade;
* Relacionam-se com as normas constitucionais, delas retirando a efetividade;

Os princípios constitucionais não oferecem a mesma consistência, variando consoante as classificações:

* **Princípios constitucionais jurídicos e princípios constitucionais políticos:** conforme sejam princípios inerentes ao sistema jurídico ou apenas ao poder público do Estado;
* **Princípios constitucionais materiais e princípios constitucionais organizatórios:** os primeiros dizem respeito a opções de fundo relacionadas com sistema social e económico, enquanto os segundos distribuem competências pelo sistema político;
* **Princípios constitucionais sociais, económicos, políticos e garantísticos:** Expressam princípios orientadores das suas áreas de aplicação;
* **Princípios constitucionais supra-positivos e os princípios constitucionais positivos:** Os supra-positivos decorrem de orientações do Direito Natural, enquanto os positivos assentam em opções específicas de cada comunidade estadual;
* **Princípios constitucionais lógicos e princípios constitucionais valorativos:** Os lógicos encarnam uma perspetiva de racionalidade, enquanto os valorativos defendem os valores fundamentais dos cidadãos;

As principais funções que os princípios constitucionais podem desempenhar são as seguintes:

* **Função legitimadora:** Os princípios constitucionais definem o Ordenamento Constitucional, fazendo juízos de validade material a seu respeito;
* **Função interpretativa:** Os princípios constitucionais possibilitam regular os entendimentos hermenêuticos relativamente aos preceitos constitucionais;
* **Função integradora:** Os princípios constitucionais orientam o preenchimento de lacunas jurídico-constitucionais;
* **Função normogenética:** Os princípios constitucionais são aptos à produção direta de orientações de dever-ser;

Muitas vezes é a própria Constituição que inscreve os princípios que considera existir, outras vezes cabe à jurisprudência e à doutrina descobri-los, olhando para além do texto constitucional.

A CRP é um dos textos que mais valoriza os princípios constitucionais e a sua procura. Esta valorização surge da eficácia explicativa contida na globalidade do texto constitucional. Também o preâmbulo se encontra bastante mais desenvolvido do que noutros textos constitucionais.

Os princípios constitucionais, como componentes ativos da ordem Constitucional portuguesa, são citados no texto constitucional. Compõem a primeira epígrafe introdutória da CRP “Princípios fundamentais” e são identificados expressamente em vários artigos (princípio da universalidade e da igualdade). Outras vezes estão simplesmente implícitos às realidades constitucionais.

O reconhecimento dos princípios fundamentais reflete-se na OC, visto que nela desempenham papéis regulativos, sendo uma orientação jurídico-constitucional, e hermenêuticos, sendo critérios de interpretação e integração de lacunas.

A relevância específica dos preâmbulos constitucionais

Em certos textos constitucionais, o estudo dos princípios pode contar com os preâmbulos, cuja característica comum é a sua razoabilidade, com texto precedente à constituição.

As discussões sobre o preâmbulo começaram em França, pelas peculiares características do preâmbulo da sua Constituição, sendo de referir quatro teses:

* **A tese de valor político e não jurídico-constitucional:** o preâmbulo era apenas uma “nota prévia” de apresentação do texto constitucional, contando as eventualidades do seu nascimento;
* **A tese de valor jurídico-legal:** o preâmbulo apenas tinha força jurídica, sendo, portanto, provido de força infraconstitucional;
* **A tese de valor jurídico-constitucional direto:** o preâmbulo, ainda que exterior ao articulado, teria o mesmo valor dos seus preceitos;
* **A tese do valor jurídico-constitucional indireto:** Por não se inserir no articulado constitucional, o preâmbulo apenas valeria como pauta hermenêutica;

A análise de preâmbulos não pode ser feita de forma geral, uma vez que cada um representa a Ordem constitucional em que se insere.

Há três modalidades fundamentais, na certeza de que o preâmbulo não integra a parte dispositiva da Constituição:

* **Preâmbulo formal-protocolar:** adoção de uma pequena fórmula anterior ao primeiro artigo do texto constitucional, referindo-se ao órgão, ao local e à data de aprovação;
* **Preâmbulo histórico-narrativo:** descreve as circunstâncias histórico-políticas que contextualizaram o nascimento da Constituição;
* **Preâmbulo normativo-ordenador:** consiste na atribuição ao preâmbulo de uma força constitucional característica do próprio texto constitucional, normalmente por ação de uma interpretação doutrinal ou jurisprudencial;

No geral, os preâmbulos acabam pro ser indicadores da evolução histórico-constitucional do Estado. Assim, justifica-se que nos Estados mais antigos os preâmbulos sejam mais curtos e sóbrios, e que nos estados com independência política mais recente, sejam mais longos e explicativos.

O preâmbulo da CRP é bastante desenvolvido e explicativo, dentro do contexto de um Estado que viveu uma recente revolução constitucional. Distinguem-se três partes distintas neste preâmbulo:

* **Parte histórico-narrativa:** em que se descrevem os acontecimentos que estiveram na base da revolução que gerou o novo texto constitucional;
* **Parte substantivo-doutrinal:** em que se apresentam as principais ideias que vão formar o novo texto constitucional;
* **Parte protocolar-formal:** em que se explica quem aprovou o texto constitucional;

Têm sido feitas várias críticas ao facto de, apesar das sete revisões constitucionais, o preâmbulo nunca ter sido alterado. As explicações oferecidas para este acontecimento têm várias razões:

* **Razão histórica:** O preâmbulo, ao fazer o retrato de uma época não deve ser mudado;
* **Razão política:** Ao corresponder a um momento constituinte não pode ser alterado;
* **Razão regulativa:** É inalterável por não integrar o articulado constitucional;

Segundo Bacelar Gouveia, nenhuma das razões apresentadas é convincente, sendo absolutamente necessário proceder à sua alteração numa próxima revisão constitucional. Até porque, o preâmbulo não deve alcançar uma rigidez superior à do texto constitucional.

O preâmbulo faz referência a objetivos como a “transição para o constitucionalismo”, que já não refletem a realidade constitucional portuguesa ou os seus objetivos.

## As normas constitucionais

O sentido das normas constitucionais em geral

Analisados os princípios constitucionais. A outra parte componente da Ordem Constitucional são as normas constitucionais. Estas sim, têm uma estrutura dualista, sendo que são compostas por dois elementos:

* **Previsão:** O facto ou acontecimento regulado pela norma;
* **Estatuição:** O efeito jurídico;

As normas jurídico-constitucionais estabelecem critérios ou comportamentos que se assumem como consequência a certo acontecimento ou facto que, obviamente, foi contra a constituição.

Por esta razão, a operacionalidade das normas constitucionais é distinta das demais, numa preocupação de total aplicação.

A evolução mostrou que as normas de Direito constitucional deixaram de ser meramente internas e passaram a atingir uma enorme variedade, dizendo respeito ao Estado-Poder e também ao Estado-Sociedade.

Classificações gerais de normas jurídicas:

* **Normas primárias e normas secundárias:** As primeiras definem critérios de decisão, enquanto as segundas fixam as consequências jurídicas para a violação das mesmas;
* **Normas prescritivas:** obrigam a um comportamento;
* **Normas proibitivas:** impedem um comportamento;
* **Normas permissivas:** permitem um comportamento;
* **Normas imperativas e normas dispositivas:** Imperativas são as que impõem uma orientação na aplicação do Direito independentemente da vontade dos seus destinatários; as dispositivas, por sua vez, podem ser afastadas por vontade das partes;
* **Normas materiais e normas remissivas:** as normas materiais estipulam um critério material de decisão, enquanto as normas remissivas estabelecem uma ordenação de dever-ser por referência a outras normas materiais que contêm a disciplina que será aplicada.
* **Normas comuns:** aplicam-se aos destinatários em geral;
* **Normas particulares:** aplicam-se a uma certa categoria de pessoas;
* **Normas gerais:** Aplicam-se à globalidade das situações;
* **Normas especiais:** Estabelecem um desvio face ao regime-geral, não indo contra ele;
* **Normas excecionais:** Fixam um regime oposto ao regime-geral;
* **Normas nacionais:** Aplicam-se À globalidade do território;
* **Normas regionais:** aplicam-se a parcelas mais pequenas do território nacional;

Algumas destas classificações exemplificam o Direito Constitucional Português:

* **Normas comuns e normas particulares:** Os direitos fundamentais da pessoa humana são positivados por normas comuns, na titularidade de qualquer pessoa humana. Por seu turno, os direitos fundamentais apenas incorporam certas categorias de pessoas.
* **Normas gerais, especiais e excecionais:** A norma que confere ao PR a liberdade de promulgar atos legislativos é uma norma geral. Por referência à mesma, no âmbito do procedimento da revisão, é imposto que o Chefe de Estado esteja obrigado à promulgação, não se lhe conferindo veto político.

Por exemplo, a norma que fixa a maioria relativa como esquema decisório normal é geral por contraste com uma norma constitucional especial, que estabelece a maioria absoluta para a aprovação legislativa.

Outras não têm relevância para o plano constitucional, como é exemplo a distinção entre normas imperativas e normas dispositivas, cuja distinção é própria da colaboração da lei com a autonomia privada.

Acontece ainda dar-se o aparecimento de normas mais relevantes para o Direito Constitucional ainda que se admitam noutros ramos do Direito ou a sua localização privativa no setor jurídico-constitucional.

* **Normas substantivas e normas adjetivas:** As primeiras consagram regimes jurídicos, as segundas destinam-se a implantar os seus mecanismos de defesa;
* **Normas materiais:** Dizem respeito ao objeto e ao conteúdo dos atos, fixando-se a respetiva disciplina;
* **Normas organizatórias:** Referem-se a atribuições e competências das pessoas coletivas e órgãos que desenvolvem a respetiva atividade;
* **Normas procedimentais:** Regulam os procedimentos da tramitação[[13]](#footnote-13) dos atos jurídico-públicos;

Algumas modalidades de normas constitucionais em especial

Durante a passagem da Teoria Geral do Direito para o Direito Constitucional, existe a recusa de algumas normas.

Paralelamente a este fenómeno, existe o da construção de classificações de normas jurídicas consideradas exclusivas do Direito Constitucional. As duas grandes classificações são propostas por Jorge Miranda e consistem em:

1. Normas percetivas e normas pragmáticas;
2. Normas auto-exequíveis e normas hétero-exequíveis;
3. A distinção entre estes dois tipos de norma opera com base no critério da intensidade normativa.

* O caráter percetivo das normas se relaciona com a eficácia imediata da norma, sem depender de outras condições.
* O caráter programático relaciona-se com a ideia de eficácia imediata da norma, sendo que o seu funcionamento se assume a nível dos fins e não dos meios.

Para realizar a distinção entre as duas classificações de normas apontam-se 3 critérios enunciados por M.R. Sousa, ainda que, segundo Bacelar, nenhum deles as explique convenientemente:

**Critério da abstração:** as normas programáticas seriam mais abstratas do que as percetivas, já que o seu conteúdo teria um grau de indeterminação mais elevado;

**Critério da incompletude:** as normas programáticas seriam normas incompletas, ao contrário das normas percetivas, porque não conseguiriam atingir a efetividade por si só, ficando na dependência da colaboração de outros poderes;

**Critério dos destinatários:** as normas programáticas seriam destinadas aos poderes públicos, enquanto as percetivas aos membros da comunidade política, públicos e privados;

**Ex:** normas programáticas da CRP: normas consagradoras de direitos económicos sociais e culturais;

**Ex:** normas percetivas da CRP: normas sobre os direitos, liberdade e garantias em geral (direito à vida, à integridade pessoal…);

1. A distinção entre estes dois tipos de normas relaciona-se com o critério da respetiva eficácia direta ou indireta na OJ. Este manifesta-se no facto das normas auto-exequíveis terem a capacidade de se executarem por si mesmo, e de as normas hétero-exequíveis não.

Ex: normas auto-exequíveis: normas de direitos, liberdades e garantias;

Ex: normas hétero-exequíveis: normas de direitos sociais que carecem de lei aplicadora dos mesmos;

Da conjugação destes quatro tipos de normas, surge uma trilogia de normas constitucionais:

* **Normas constitucionais precetivas e auto-exequíveis:** normas constitucionais que contêm eficácia imediata e direta, já que não precisam de qualquer outro ato jurídico-normativo para serem executadas.
* **Normas constitucionais precetivas hétero**-**exequíveis:** normas constitucionais que contêm eficácia imediata mas que precisam de atos jurídico-públicos complementares para serem executadas. Têm portanto, eficácia indireta.
* **Normas constitucionais programáticas sempre hétero-exequíveis:** normas de eficácia mediata, que estipulam objetivos a alcançar mas que não têm força jurídica para o efeito. Deste modo, necessitam de atos jurídico-públicos de execução, só tendo eficácia indireta.

## O Direito Constitucional e a Ordem Jurídica

O Direito Constitucional e as outras parcelas da Ordem Jurídica

Um problema que também diz respeito ao Direito Constitucional é o da sua relação com o resto da Ordem Jurídica, quer a nível de fontes externas (Direito Internacional Público, Direito da UE), quer a nível de fontes internas (atos jurídico-públicos). Trata-se de observar os esquemas de inter-relação entre o sistema constitucional e outros diversos sistemas normativos que integram a globalidade da Ordem Jurídica.

Esta matéria pode ser vista segundo a perspetiva da separação material de tarefas entre os diversos ramos do Direito. Aliás, do princípio da constitucionalidade deriva já a partilha de diferentes âmbitos que trabalham conjuntamente para o bom funcionamento da Ordem jurídica.

As relações intersistemáticas do Direito Constitucional com outros ramos normativos

As relações intersistemáticas que se estabelecem entre o DC e as outras parcelas da Ordem Jurídica não são todas iguais, permitindo verificar diferentes planos em que estas podem agir:

* **No plano das fontes normativas:** Na formação das fontes de Direito, o Direito Constitucional impõe as suas orientações, ou recebe-as de outros ramos jurídicos;
* **No plano da hermenêutica jurídica:** O Direito Constitucional atua como parâmetro interpretativo e integrador de outros ramos jurídicos, podendo o inverso acontecer também;
* **No plano da aplicação das fontes normativas:** Preferencialmente o Direito Constitucional aplica assuas fontes, mas pode acontecer que este se retraia em benefício da aplicação de outras fontes normativas, internas ou externas;

As diferentes relações podem dividir-se em:

* **Inter-sistematicidade interna**: implica relações sistemáticas do Direito Constitucional dentro da Ordem Jurídica em geral, comunicando com outras fontes internas ou externas;
* **Inter-sistematicidade externa:** representa a possibilidade de o Direito Constitucional estabelecer comunicações com setores normativos não jurídicos, embora relevantes para o DC;

Os casos mais frequentes são os que integram a inter-sistematicidade interna, uma vez que, não podendo o Direito Constitucional dizer tudo, aceita que outros níveis de juridicidade o complementem. Tais fontes de juridicidade vão possuir:

* **Conceitos constitucionais indeterminados:** casos em que as normas constitucionais não estão bem claras e portanto é preciso recorrer a um suplemento normativo constante noutros ramos da Ordem Jurídica;
* **Conceitos constitucionais gerais:** casos em que a normatividade do Direito Constitucional é mínima, complementando-se de outros níveis de juridicidade para introduzirem fatores de especificação;
* **Conceitos constitucionais delegados:** casos em que a normatividade do Direito Constitucional fica a cargo de outro nível normativo que recebe a missão da definição dos termos do respetivo preenchimento constitucional;
* **Conceitos constitucionais remissivos:** casos em que o Direito Constitucional se demite da função ordenadora e aceita a normatividade proveniente de outro setor jurídico, passando este a vigorar com o sentido originário;

Outros casos são opostos a estes e implicam que o Direito Constitucional comande a regulação jurídica, impondo ele próprio conceitos constitucionais autónomos. Estes são casos em que o Direito Constitucional não se concilia com os outros níveis de normatividade jurídica, impondo ele mesmo uma normatividade própria.

O Direito Constitucional também estabelece mecanismos de comunicação com outras Ordens Normativas que supõem uma inter-sistematicidade externa.

Estão nesta hipótese as normas ou princípios que requeiram uma apreciação que vá para além da positivação do Direito em geral. Aponta-se, assim:

* **A normatividade inerente aos valores presentes nas apreciações axiológicas** que têm que ser, em geral, respeitadas pelo Direito, por vezes sendo nele incorporadas e no Direito Constitucional;

**Ex:** valores atinentes à dignidade da pessoa Humana;

* **A normatividade decorrente de outros saberes de natureza técnica**, cuja força da sua importância na construção do sentido da positividade constitucional e jurídica, em geral, justifica a sua importância.

As razões que explicam estas possibilidades de relação do Direito Constitucional com os outros patamares da Ordem Jurídica são várias:

* Comandar as opções fundamentais de outros ramos do Direito;
* Incorporar opções fundamentais que sejam ditadas por outros ramos do Direito;
* Estabelecer os fundamentos das disciplinas jurídicas que se distribuem por outros ramos do Direito;

Estes aspetos têm um pressuposto comum: a especialização dos vários setores jurídicos, uma vez que o Direito Constitucional não pode incluir a total regulação do Direito.

Do Direito Constitucional devem sair orientações que atinjam todos os setores da Ordem Jurídica, devendo receber os contributos para melhor proceder à sua função orientadora.

# O fundamento do Direito Constitucional

## A relevância supra-positiva do Direito Constitucional

O Direito Constitucional e a busca da Justiça material

Trata-se de saber se o direito é legítimo com base da sua adequação a um padrão de Justiça Material (Direito Justo). A resposta a esta questão varia de contexto para contexto:

* **Resposta da positividade:** determina-se a vigência do Direito de acordo com as regras da sua entrada em vigor;
* **Resposta da legalidade:** procura-se saber se o Direito produzido está conforme e é exercido de acordo com a forma jurídica estabelecida;
* **Resposta da efetividade:** pretende-se saber até que ponto o Direito é socialmente aceitem em função do grau de adesão da comunidade;

A procura pela legitimidade do Direito e da Justiça tem percorrido um longo caminho até à aceitação dos limites materiais reconhecidos segundo a máxima *lex injusta non est lex* (Santo Agostinho)*.*

Sendo esta procura tão antiga pode equacionar-se três grandes percursos neles se mostrando grandes diferenças nas respostas dadas.

1. Conceções pré-constitucionais materiais
2. Conceções liberais positivas e legalistas
3. Conceções hodiernas anti-positivistas, jusnaturalistas e outras.

Conceções pré-constitucionais materiais

As conceções mais antigas são de raiz cosmológica e relacionam-se com as primeiras discussões filosóficas da Antiguidade sobre a necessidade de as leis respeitarem certas orientações fundamentais.

Vigorava a ideia de uma orientação limitativa do poder político.

A passagem à Idade Média marcou uma visão mais teológica absorvendo, ao mesmo tempo, a filosofia Aristotélica. Nasce assim uma conceção jusnaturalista de raiz religiosa em que a lei humana era limitada pela lei de Deus. Esta tinha diversas modalidades, consoante os autores:

* *Santo Agostinho* defendeu a existência de um sentido de justiça ao mesmo tempo que estabeleceu a distinção entre a *lex aeterna*, a *lex naturalis* e a lei humana.
* *S. Tomás de Aquino* propôs a tetralogia da lei eterna, da ei natural, da lei divina e da lei humana.

A entrada na Idade moderna trouxe o idealismo de Descartes que introduziu também o subjetivismo (poder do Homem).

Este novo período ficaria marcado pela conceção pré-constitucionalista de Grócio que apelou à fundamentação racionalista do Direito Natural, dando início ao Jusnaturalismo racionalista independente das conceções religiosas.

A viragem liberal para o positivismo legalista e normativista

A revolução constitucionalista da Idade Contemporânea provocou uma transformação radical em muitas das instituições políticas e na Ordem Jurídica.

O nascimento dos textos constitucionais implicou uma limitação do poder absoluto e, a partir do século XVIII, uma conceção jusracionalista do Direito bem patente na proteção dos Direitos fundamentais.

Os direitos fundamentais, subjacentes ao jusracionalismo têm três principais características:

* Intangibilidade
* Imprescritibilidade
* Inalienabilidade

Isto aconteceu, em primeiro lugar com a declaração da independência dos EUA, e depois em França com a DDHC.

A conceção jusracionalista entraria em declínio no final do século XIX para, no século XX dar lugar a uma conceção formalista do Direito. Esta era uma corrente que conferia menor preocupação com a consagração de valores e direitos, em detrimento da limitação formal do poder – correntes positivistas formalistas.

No plano científico, este acontecimento fez-se acompanhar pelo positivismo científico. Neste plano destaca-se a importância da sociologia associada ao Direito, defendendo-se que este deveria ser estudado como as ciências sociais.

O desenvolvimento da burguesia também contribuiu para o crescer de importância da lei em relação a outras manifestações externas de poder.

* A França foi talvez o primeiro espaço onde se repercutiu o positivismo formalista, tendo aí nascido um positivismo legalista que dava primazia à vontade do poder legislativo.
* Na Alemanha enraizou-se o Direito como eminentemente formal. A ação do Estado seria controlada pelos padrões formais de legalidade e constitucionalidade, e a sua ação só seria legítima quando a esfera dos indivíduos estivesse protegida.
* Na Áustria, surgiu o positivismo normativista (Hans Kelsen). Foram afastados os valores supra-positivos e a Ordem Jurídica passou a ser um conjunto de normas conformes à norma Constitucional.

O resultado destas correntes metodológicas-jurídicas teve várias consequências para a Ciência do Direito, entre as quais o enriquecimento dos direitos fundamentais.

O abandono da corrente jusnaturalista provocou o aparecimento de novas posições de acordo com três linhas de percurso:

* Fundadas numa observação da realidade social (conceção legalista do Direito);
* Unicamente validadas com base numa conceção formalista de produção de normas;
* Adulterando o Direito natural: não o negando, mas relativizando-o.

As reações anti-positivas e o novo Direito Natural

Rapidamente se perceberia que o positivismo cairia numa autossuficiência que não permitia refletira realidade dos fenómenos que retratava, tornando-se a expressão jurídica do grupo social dominante, desprezando:

* Realidades transcendentes – O Direito Natural;
* Realidades extra-legis – O Direito Consuetudinário;
* Realidades institucionais – O ordenamento imanente das organizações sociais;

Ainda no século XX desenvolveu-se uma reação contra esse positivismo formalista. Esta originou várias correntes:

* **Historicismo jurídico:** de Savigny apelando para o *Volkgeist* (espírito do povo) enquanto forma de definir o dever-ser. Dever-se-ia lutar contra o voluntarismo da Ordem Jurídica.
* **Decisionismo:** de Carl Schmitt, assentando numa conceção de poder como produto da vontade do soberano, ao repelir o positivismo legalista como fundamento do Direito Constitucional e adotando uma manifestação de força do poder político.
* **Positivismo sociológico e institucionalismo:** que considerava como fundamento do Direito um conjunto de laços sociais perduráveis representados pelas instituições na efetividade social do Direito;

Foram as importantes guerras do século XX que mostraram, definitivamente, as fragilidades da visão formalista do Direito.

Foi então importante incorporar novas conceções que limitariam o Estado de acordo com as suas soluções.

Desta forma, afirmou-se uma fundamentação material do Direito do Estado, e também do Direito Constitucional. Ligou-se a produção jurídica a soluções de conteúdo ditadas para a atividade legiferante provindo de referências trans-estaduais e reconhecendo que haveria limites que em caso algum poderiam ser ultrapassados.

A validade dos atos do poder político alargou-se aos respetivos conteúdos, que deviam estar conformes a essas orientações de fundo.

A limitação do poder estadual encontraria nos textos constitucionais a certeza da positivação jurídica e a universalidade que resultaria de se impor limites comuns a todos os povos e sociedades políticas.

Isto seria possível pela criação de uma instância supra-estadual, especificamente ocupada com a limitação dos poderes dos Estados participantes no concerto das nações.

A limitação material ao poder público, protagonizada pelos direitos fundamentais de teor internacional, teria como auxiliar o Direito Internacional Público.

Apesar dos progressos obtidos, assiste-se ao regresso a conceções de tipo formalista com a crise do estado Moderno.

Perante a impossibilidade de encontrar um fundamento material limitador do poder público procuram-se agora os alicerces de uma limitação material do Direito mais no modo de decidir do que no que se pretende decidir.

Nenhuma das teorias respeitantes a este assunto encontraram resolução para a diferença entre jusnaturalismo e positivismo na legitimação do Direito.

A questão da limitação do poder público é uma questão atual. É necessária a limitação material, sendo que esta se deve exercer com base em princípios ou valores alcançados em discussão livre e racional.

Pensa-se, ainda, ser necessária uma visão transcendente do estado e de todo o poder positivo público em geral.

Mais adiante refere-se que só as considerações de tipo supra-positivo é que permitem chegar a uma conclusão segura. A Justiça do Direito não pode ser dada pelo critério de poder, nem pelo critério da sociedade: a Justiça do Direito só pode ser atribuída por um conjunto de princípios e valores que não são inerentes ao poder positivo ou ao poder social e que, por isso, se lhes impõem.

Importa considerar que o Direito Constitucional, como Direito Positivo, não se apresenta sempre absolutamente pertinente para o Direito Natural contendo um feixe de princípios e normas que vão para além das suas exigências.

O Direito Natural encontra-se dentro do Direito Constitucional Positivo.

O CC também se refere a esta questão no seu art. 8.º nº2, segundo o qual “O dever de obediência à lei não pode ser afastado sob pretexto de ser injusto (…) o conteúdo do preceito legislativo”.

Esta disposição pretende afastar as conceções particulares de justiça, conferindo aos juízes um poder autónomo de ultrapassar o poder legislativo.

A invocação da injustiça da lei faz sentido no confronto com a Constituição ou com os padrões supraconstitucionais que sejam identificados:

* Se a injustiça da lei implicar a inconstitucionalidade, evidentemente que os mecanismos de fiscalização podem ser ativados;
* Se a injustiça for da própria Constituição, ainda assim é legítimo invocar e praticar a sua obediência.

## As normas constitucionais inconstitucionais

O contributo de Otto Bachof e a resposta das doutrinas constitucionais

A afirmação da justiça do Direito Constitucional, em reconhecimento de um conjunto de valores de vinculação externo-material do poder público, nunca podia considerar-se irrelevante no sentido de alcançar o seu cumprimento.

Dentro de cada Ordem Jurídica, existe, portanto, um instrumento positivo-constitucional que explica a aplicação prática desses critérios fazendo-os atuar no sistema de fiscalização da constitucionalidade.

O Alemão Bachoff estabeleceu uma teoria acerca das normas constitucionais inconstitucionais considerada muito relevante neste tópico. Esta parte do pressuposto básico de que o Direito Constitucional se vincularia a um Direito Supra-positivo ou Natural. Estabelece, ainda, uma divisão fundamental entre a violação da constituição escrita e a violação da constituição não escrita.

Quanto à violação da Constituição escrita, considera as seguintes hipóteses:

1. A inconstitucionalidade das normas constitucionais ilegais;
2. A inconstitucionalidade das leis de alteração à constituição;
3. A inconstitucionalidade por violação de normas constitucionais de grau superior;
4. A inconstitucionalidade resultante da “mudança de natureza” das normas constitucionais;
5. Inconstitucionalidade por infração de Direito supralegal positivado na lei constitucional;

Quanto à violação da Constituição não escrita refere os casos de:

1. Inconstitucionalidade por infração dos princípios constitutivos não escritos do sentido da Constituição;
2. Inconstitucionalidade por infração do DC consuetudinário;
3. Inconstitucionalidade por infração de Direito supralegal não positivado;

Foi assim que, no Direito Constitucional, surgiu a ideia de vislumbrar nas fontes constitucionais umas mais importantes que as outras, em reconhecimento de que o Direito positivo não seria cego a considerações transcendentes.

Deste modo, os preceitos que contradissessem outros preceitos constitucionais podiam ser considerados como normas constitucionais inconstitucionais, com a consequência da desvalorização jurídica.

A teoria das normas constitucionais inconstitucionais geraria opiniões contraditórias perante o que seria aceitar dentro de uma ato legislativo, produto de uma mesma vontade constituinte, ordenações normativas contraditórias.

O Tribunal Constitucional Federal da Alemanha assumiu a existência da tese, mas nunca chegou a aplica-la por ausência de exemplificação juspositiva.

A Doutrina portuguesa recebeu esta problemática concedendo-lhe várias respostas. O respetivo caso-pretexto seria a exceção do artigo 298.º da CRP76, admitindo a incriminação retroativa dos ex-agentes da PIDE/DGS, distorcendo a aplicação do princípio constitucional da não retroatividade da lei penal.

Várias foram as posições assumidas a este respeito:

* **A sua admissão genérica:** Esta posição, oriunda da tese de Bachof, reconhece que nem todas as normas constitucionais têm o mesmo peso regulativo, admitindo-se a inconstitucionalidade das que pusessem em questão certos valores que deveriam ser genericamente aplicados;
* **A sua rejeição total:** Enquanto as normas constitucionais inconstitucionais significassem contradições entre normas criadas livremente pelo legislador constituinte que poderia legitimamente criar compromissos, pois que apenas existiria uma Constituição material e uma perspetiva metafísica na medida em que, embora reconhecendo a vinculatividade dessas normas, a sua relevância positiva se traduziria no fenómeno da ilegitimidade e não no da inconstitucionalidade.
* **Aceitação de normas constitucionais inconstitucionais, mas só supervenientemente por ter havido uma revisão constitucional:** Esta tese apoia-se na necessidade de lidar com um conceito jurídico-positivo de inconstitucionalidade. A única alternativa possível seria a de consagração de normas inconstitucionais através da revisão constitucional, que contrariasse normas constitucionais originárias.

A questão é que esta teoria se pode considerar uma revisão constitucional fora dos trâmites legais. Sendo a constituição derivada de um poder constituinte parece admissível que esse mesmo poder permitisse a “desgraduação” de algumas normas.

Porém, sendo as constituições cada vez mais compromissórias, em sociedades pluralistas seria difícil conseguir afastar princípios constitucionais divergentes que de outra forma seriam inconstitucionalizáveis.

* **Admissão teorética, mas reconhecendo a sua impossibilidade prática:** esta tese parte da possibilidade d se encarar a superioridade de certas normas em relação a outras, aceitando a existência de normas constitucionais inconstitucionais. Enfrenta, porém, uma grande oposição na sua prática, não conseguindo encontrar exemplificação.

A teoria das normas constitucionais atentou para a necessidade da limitação externa do poder constituinte e dos poderes constituídos.

Aceitando os limites transcendentes do pdoer constituinte como parte do conceito de Estado, afirma-se que “Estado de Direito só existe enquanto o Estado aceita a sua subordinação a critérios materiais que o transcendem; só existe quando se dá limitação material do poder político; e esta equivale a salvaguarda dos direitos fundamentais da pessoa humana”.

A dúvida centra-se, assim, na determinação desses limites.

Esta teoria despertou também para o facto de o legislador constituinte não ser imune ao erro nem à má articulação num mesmo nível hierárquico. A resolução das contradições normativas não deixa de ser possível no Direito Constitucional através da prevalência de umas fontes sobre as outras.

As dificuldades no Direito Constitucional são mais elevadas pelo abstracionismo da Constituição e pelo compromisso que representa num Estado Social.

A aceitação mitigada das normas constitucionais inconstitucionais

Para Bacelar, a teoria das normas constitucionais inconstitucionais é uma teoria adequada à problemática que lhe é subjacente: a limitação exterior e material do poder público, sobretudo do poder constituinte.

Apesar de todas as normas serem constitucionais, reconhece-se que há umas mais constitucionais do que outras e, consequentemente, de maior valorização.

O ponto de vista da influência de Otto Bachof, afirma que deve ser aberto espaço para normas constitucionais inconstitucionais não relacionadas com a revisão constitucional. Isso deve acontecer sempre que os valores e os princípios que possuam força jurídico-transcendente relativamente ao Direito Positivo se desviem em certas disposições constitucionais.

A violação destas normas constitucionais resulta na inconstitucionalização e consequente invalidação das normas valorativamente inferiores.

Com isto, não se pretende banir a categoria da ilegitimidade material das normas constitucionais, mas reduzir-lhe o campo de atuação, o que só funciona para a contradição dos comandos que transportem limites materiais transcendentes não verificados em normas constitucionais.

Há normas inconstitucionais quando se dá a violação de outras normas constitucionais valorativamente superiores.

Há normas constitucionais ilegítimas, por violação de normas hierarquicamente superiores que não gozaram de positivação constitucional.

A funcionalidade desta teoria pode resultar na invalidade geral da norma constitucional inferior, afastando-a do OC ou na prevalência da norma superior no caso do conflito entre normas no momento de aplicação.

Há três pressupostos em que, para Bacelar, assenta uma adequada teoria das normas constitucionais inconstitucionais:

1. **A restrição do conceito de inconstitucionalidade às normas da Constituição positiva:** ou seja, às normas que sejam produto da atuação humana, por contraposição ao Direito Natural ou supra-positivo;
2. **A distinção nítida da inconstitucionalidade enquanto realidade de validade** que pressupõe a prevalência de normas constitucionais sobre outras normas constitucionais e **a inconstitucionalidade enquanto fenómeno de contradição inter-normativa** que se resolve pela cessação da vigência das normas posteriores ou pela concordância prática, no caso de colisão e de interpretação, esta nada tendo que ver com a problemática das normas constitucionais inconstitucionais.
3. **A localização desta problemática para além da questão da fundamentação transpositiva do Direito Constitucional**, pois que a lógica das normas constitucionais inconstitucionais não se limita a tal Direito e prende-se também com as opções de tipo valorativo que caibam na margem de manobra de cada legislador constituinte e nas suas livres opções em zonas de caráter neutro do ponto de vista dos valores imanentes às respetivas decisões.

Resumindo, admite-se a inconstitucionalidade das normas inconstitucionais:

* No caso das normas constitucionais supervenientes que contrariem normas constitucionais originárias, dotadas de supra-rigidez constitucional, reconhecendo-se a prevalência destas sobre as primeiras;
* No caso das normas constitucionais que contradigam outras normas constitucionais, não por estas serem valorativamente superiores, mas porque traduzem opções erradas ou não queridas pelo legislador;
* No caso das normas constitucionais que coloquem em questão o âmbito de eficácia de outras normas constitucionais que reflitam diretamente considerações axiológicas supra-positivas;

# Os princípios constitucionais

## O princípio do Estado de Direito e o tipo histórico de Estado

O princípio do estado de Direito surge como um dos principais resultados do Constitucionalismo e do Liberalismo, afirmando-se como oposto ao sistema político anterior (Estado Absoluto), com a preocupação de limitar o poder político.

O conceito de estado de Direito compreende, assim, a limitação jurídica do poder público por um conjunto de regras que se impõem externamente ao próprio Estado. A atuação do Estado e do poder político em geral devia submeter-se ao Direito e desenvolver-se dentro dele.

Esta limitação formal era vista como pobre dentro das potencialidades materiais do princípio, o que fez com que se rumasse à consagração de outras dimensões:

* **Dimensão material:** limitação do poder público segundo uma axiologia que este não controla ou elabora, devendo-lhe obediência; permitiu a abertura ao Estado Sociedade;
* **Dimensão normativa:** enquadramento do poder político nas exigências impostas pelo Constitucionalismo;
* **Dimensão organizatória:** limitação do poder público através da distribuição do poder pelos diferentes órgãos públicos;

Na CRP, o princípio do estado de Direito encontra-se expresso no preâmbulo e num dos preceitos iniciais.

O princípio do estado de Direito engloba alguns subprincípios:

* **Princípio da dignidade da pessoa Humana:** Principio segundo o qual a pessoa é colocada como o fim supremo do estado de Direito. Tem como características:
  + A liberdade
  + A racionalidade da pessoa
  + A inserção social
  + O desenvolvimento pessoal

Na conceção da pessoa humana, a pessoa que se torna o centro da pauta de valores assume-se em quatro dimensões: a pessoa concreta, a pessoa solidária, a pessoa fim (não instrumento) e a pessoa-essência (não existência).

No seio da Constituição, este é um conceito pluralista já que se abre a várias dimensões:

* Conceito **supra-positivo:** de raiz axiológica;
* Conceito **normativo-legalista:** expressa a conceção do poder e a organização da sociedade, segundo opções políticas livres;
* Conceito **de raiz sociológica:** reflete a consciência social dominante;

A dignidade da pessoa humana associa-se, ainda à positivação dos direitos fundamentais preenchendo uma função legitimadora, positivadora, integradora, interpretativa e prospetiva.

Este princípio, na CRP está expresso nos preceitos iniciais e nos preceitos sobre direitos fundamentais.

* **Princípio da juridicidade e da constitucionalidade:** este princípio implica que o Ordenamento jurídico obedeça a três características principais:
  + Ser um sistema jurídico organizado, uno e coerente;
  + Ser um sistema jurídico hierarquizado, no qual a constituição ocupa o topo da hierarquia;
  + Ser um sistema jurídico dotado de mecanismos de verificação das relações que não estão de acordo com os parâmetros superiores; Ex: se as relações de constitucionalidade ou inconstitucionalidade estão de acordo com a Constituição.

Importa aqui referir a subordinação do Estado à Constituição e a necessidade de conformidade dos outros atos legislativos com a Constituição.

* **Princípio da separação de poderes:** O princípio da separação de poderes estabelece que cada órgão do Estado exerceria uma função. Nomeadamente:
  + Órgão parlamentar – função legislativa;
  + Órgão executivo – função executiva/administrativa;
  + Órgão judiciário – função jurisdicional;

Existem, no entanto, partilha de poderes. Por exemplo, a função legislativa, deixou de ser exclusiva do poder legislativo e passou a ser partilhada com o poder executivo dentro de algumas limitações.

Apesar disto, os órgãos parlamentares nunca perderam o primado da competência legislativa que os torna, no exercício dessa função, os órgãos mais importantes.

* **Princípio da segurança jurídica e da proteção da confiança:** Desdobra-se em duas vertentes:
  + Princípio da segurança jurídica: implica a necessidade da publicitação das decisões jurídico-públicas, não podendo haver decisões de surpresa. Ou seja, proíbe os atos normativos secretos contra os quais os cidadãos não se podem defender;
  + Princípio da proteção da confiança**:** Requere que o quadro normativo vigente não mude, ou seja, que mantenha uma certa continuidade de modo a não frustrar as expetativas dos cidadãos em relação ao constitucionalmente tutelado. Este princípio pretende instituir um clima de estabilidade entre o poder político e os cidadãos.

Este clima pretende estabelecer uma relação de confiança que se relaciona com o problema da aplicação prospetiva e retroativa[[14]](#footnote-14) dos atos jurídico-públicos.

O princípio geral do Direito Constitucional Português é o de que se admite a aplicação retroativa dos atos de poder público.

* **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…

* **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 apena suma 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

## O princípio republicano e a forma institucional de governo

A forma institucional de governo em geral

A forma institucional do governo designa a configuração do poder público na sua relação com o exercício dos cargos públicos, com a chefia do Estado e com o fenómeno religioso.

Após dois séculos de constitucionalismo, chegou-se a alguns critérios que definem então as formas de governo. São eles:

* A nomenclatura da realidade política estadual;
* O critério de escolha dos governantes e do Chefe de estado;
* A duração e renovação dos cargos públicos;
* O relacionamento do poder público com a religião;

Estes critérios resultaram na distinção entre monarquia e república.

Formas monárquicas de governo

Estas foram as primeiras formas de governo existentes. Destacam-se sobretudo no critério da escolha do Chefe de estado uma vez que esta era feito de acordo coma hereditariedade segundo laços familiares.

Daqui iria também derivar a escolha dos governantes que era feita pelo Rei, com base nos títulos nobiliárquicos.

Distinguem-se vários tipos de monarquia:

* Monarquia romana
* Monarquia feudalista
* Monarquia limitada
* Monarquia absoluta
* Monarquia cesarista
* Monarquia constitucional
* Monarquia parlamentar
* Monarquia simbólica ou democrática

As formas republicanas de governo

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.

A democraticidade e a temporariedade dos cargos públicos na República Portuguesa

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.

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.

## O princípio democrático e a forma política e governo

A forma política de governo em geral

O regime político relaciona-se com a relação entre o Estado-Poder e o Estado-Sociedade. Existem, principalmente, duas formas políticas de governo: a ditadura e a democracia.

As formas ditatoriais de governo

As ditaduras correspondem à forma de governo exercidas de forma ampla, indiferente ou contra a vontade dos governados. As ditaduras resultam, muitas vezes, da ausência de mecanismos e instrumentos de controlo da atividade exercida, de escolha dos governantes e delimitação do poder.

É dada primazia às funções exercidas pelo ditador, que pode permanecer nos cargos indefinidamente. Não existe, portanto, temporariedade nos cargos.

Os cidadãos não têm possibilidade de se proteger com direitos fundamentais da arbitrariedade do ditador, sendo estes considerados de pouca (ou nenhuma efetividade).

Existem duas formas diferentes de ditadura, no que diz respeito ao órgão central da ditadura: a autocracia, quando este é formado por vários membros; e a monocracia, quendo o governo é atribuído a uma única pessoa, podendo ser cesarista, militarista ou fascista em geral de direita.

As ditaduras podem ainda ser autoritárias e totalitárias.

As formas democráticas de governo

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 reeleger 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.

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.

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.

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;

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;

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.

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.

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 mandato);

Já os sistemas eleitorais, podem funcionar segundo o sistema de representação maioritária, e o sistema de representação proporcional.

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 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 aprouver, 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.

## O princípio social e os fins do Estado

Os fins do Estado em geral

O Estado Liberal foi um Estado em que sobressaiu a dimensão estática da segurança e da justiça dentro da separação entre o Estado-Poder e o Estado-Comunidade.

Já no estado social, sobressai a conservação de uma cláusula social, de bem-estar e de intervencionismo económico.

A preocupação com a defesa da igualdade num Estado Social determinou a emergência de um princípio social ou da socialidade. Este princípio representa um núcleo de preocupações na realização dos objetivos que são relativos ao Estado Social.

O estado social preocupa-se com:

* A justiça distributiva;
* O bem-estar social;
* A intervenção económica;

Portugal como estado Social

Logo no Preâmbulo se detetam no Estado preocupações de socialidade. Também no articulado do texto constitucional aparecem estes preceitos. Nomeadamente nos artigos 1.º e 2.º e nos princípios fundamentais:

* “Portugal é uma república Soberana empenhada na construção de uma sociedade livre, justa e solidária”;
* “A República Portuguesa é um Estado de Direito Democrático (…) visando a realização da democracia económica, social e cultural”;
* “Garantir a independência nacional e criar condições políticas, económicas, sociais e culturais que a promovam”;
* “Assegurar o ensino e a valorização permanente, defender o uso e promover a difusão internacional da Língua Portuguesa”;
* “Promover a igualdade entre homens e mulheres”;

O caráter social do estado Português não se limita só aos direitos fundamentais, económicos e sociais, como também aos princípios que limitam a iniciativa e a propriedade privadas para além da conceção intervencionista do Estado na economia, à “coexistência dos setores público, privado e cooperativo”, e à “existência de planos económicos no âmbito de uma economia mista.”

O princípio da igualdade social

O princípio da igualdade social surge como correção e adequação do princípio da igualdade. Este determina que a igualdade, mais do que a dimensão estática da lei, deve propiciar por parte da própria lei uma busca ativa da mesma, que passa a ser uma igualdade não da lei mas através da lei.

É ao Direito Constitucional que cabe a principal tarefa da concretização do princípio social, por intermédio dos direitos fundamentais sociais, de 2ª geração, tal como eles surgiram em plena Questão Social associados ao nascimento do Direito do Trabalho.

Porém, hoje em dia, esta questão estende-se a outros domínios normativos do Direito como por exemplo, ao Direito Fiscal e ao direito da Segurança Social.

A especialidade do princípio da igualdade social que se encontra mais desenvolvida no plano jurídico é a igualdade racial. Podem também referir-se o princípio da igualdade social relativamente aos cidadãos portadores de deficiência, à proteção da igualdade sexual e aos direitos dos estrangeiros e dos emigrantes.

Os direitos fundamentais económicos, sociais e culturais

O princípio social engloba também os direitos fundamentais económicos, sociais e culturais, pertencentes ao Título III da CRP.

Estes direitos englobam inúmero setores da vida humana: trabalho, segurança social, saúde, habitação, ensino, cultura, desporto…

No estudo destes direitos o tema mais polémico é o de saber se vigora o princípio do não retrocesso social. Este implica que a concretização dos direitos económicos, sociais e culturais, uma vez infra constitucionalmente alcançada, inviabiliza a sua revogação, suspensão ou alteração limitadora do respetivo alcance. Ou seja, como estes direitos são infraconstitucionais, reside saber se são impossíveis de revogar, suspender, ou alterar o seu alcance.

Apesar de se defender que este princípio vigora, existem dúvidas. Isto porque a constituição atribui aos planos infraconstitucionais uma função diferente.

A Constituição Económica e a economia social de mercado

A importância do princípio social ainda se manifesta na positivação da Constituição Económica, um dos espaços regulados pela Constituição.

A Constituição Económica inclui: o regime económico, o regime financeiro e o regime fiscal.

O regime económico português consagra uma economia de mercado ou capitalista, em que se estabelecem alguns aspetos moderadores, intitulando-a economia social de mercado ou “economia mista”. Esta corresponde a alguns tópicos:

* Os setores de propriedade dos meios de produção são diversos;
* A decisão económica pertence, livremente, ao mercado, mas admite-se a intervenção pública pontual, através do planeamento económico;

Já o regime financeiro não é livre mas sim social. É estruturado pela lei, assumindo finalidades próprias, ao mesmo tempo que persegue finalidades extra-financeiras de correção e desenvolvimento da economia.

No regime fiscal a estruturação constitucional é sensível a vários níveis de tributação, sobressaindo a ideia de progressividade através do conceito de capacidade contributiva.

## O princípio unitário e a forma de Estado

As formas unitária e complexa de 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.

Portugal como Estado unitário, regionalizado, descentralizado, internacionalizado e comunitário

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 por 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 perspetiva 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.

* **Caráter 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;
* **Caráter comunitário:** 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.

**Caráter internacional II:** 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 domínio 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.

# Os Direitos fundamentais

## A importância constitucional dos direitos fundamentais

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 positivação. 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;

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.

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 com 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.

## O sistema português de direitos fundamentais

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 subjectivização 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;

A posição constitucional, tipológica e aberta dos direitos fundamentais

Os direitos fundamentais possuem uma força jurídica constitucional que lhes é dada pelo caráter 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.

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.

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 precetivas.

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 percetivas.

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.

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.

O quadro dos direitos fundamentais

* Direitos fundamentais típicos e enumerados: Arts. 24º-57º CRP;
* Direitos fundamentais típicos não enumerados que se localizam fora da arrumação sistemática: Arts. 13º, 20º, 21º, 23º, 89º e 98 da CRP;

## O regime geral dos direitos fundamentais

A atribuição subjetiva: universalidade e igualdade

A primeira dimensão do regime geral dos direitos fundamentais diz respeito à atribuição, numa matéria extremamente relevante, de vantagens que são inerentes ao desfrute dos direitos fundamentais.

Os eixos de análise que estão em causa são dois:

* **O princípio da universalidade:** “Todos os cidadãos gozam dos direitos e estão sujeitos aos deveres consignados na Constituição”; “As pessoas coletivas gozam dos direitos e estão sujeitos aos deveres compatíveis com a sua natureza”.

Está em questão saber se as pessoas coletivas também são titulares de direitos fundamentais.

Outra faceta do princípio da universalidade diz respeito à titularidade de direitos fundamentais por parte de pessoas jurídicas que não sejam de nacionalidade portuguesa. A CRP adota o **princípio da equiparação**, “Os estrangeiros e os apátridas que se encontrem ou residam em Portugal gozam dos direitos e estão sujeitos aos deveres do cidadão português”. Estes direitos excluem os direitos políticos e o exercício de funções públicas que não tenham caráter técnico.

* **O princípio da igualdade:** “Todos os cidadãos têm a mesma dignidade social e são iguais perante a lei”.

O princípio da igualdade desenvolve-se sob duas linhas diferentes: o tratamento igualizador – tratar de igual forma o que é materialmente igual – e o tratamento diferenciador – tratar diferentemente o que é materialmente diferente.

O princípio da igualdade acolhe ainda outra perspetiva associada ao princípio da igualdade social: em certos casos adota-se um tratamento diferenciador, positivamente discriminatório, em benefício de certos grupos ou situações.

O exercício jurídico: regulação e limites

Outra dimensão do regime geral dos direitos fundamentais é a do seu exercício. Neste domínio importa referir dois aspetos:

* **Regulação do exercício:** pode ser vista sob diversas perspetivas funcionais. Nomeadamente, para esclarecer e aclarar o conteúdo e o objeto dos direitos fundamentais, acomodar o respetivo exercício para o tornar mais fácil, prevenir situações de abuso de exercício e evitar situações de colisão com outros direitos contíguos.

Em certos casos, a própria Constituição específica o exercício do direito.

* **Os limites do exercício:** Importa fazer a distinção entre:
  + **Limites internos:** A formulação das respetivas faculdades não podem, em abstrato, legitimar o seu uso em qualquer circunstância ou preenchendo toda e qualquer finalidade;
  + **Limites externos:** relacionam-se com o problema da colisão de direitos. Respeitando a cláusula geral do CC, distinguem-se, ainda, dois conceitos:
    - A aplicação preferente (critério valorativo) só é aplicável no caso de ser possível considerar um direito valorativamente superior em relação a outros direitos na situação conflitual;
    - A aplicação concordante (critério da concordância) significa que, perante direitos fundamentais valorativamente equivalentes, devem todos eles ser limitados igualmente;

A tutela efetiva: jurisdicional e não jurisdicional

Outro aspeto dos direitos fundamentais diz respeito aos mecanismos que são constitucionalmente concebidos para os defender contra violações. Sem a implementação destes mecanismos, a efetivação dos direitos nunca passaria do papel para a realidade.

Existem duas espécies de tutela dos direitos fundamentais:

* **A tutela não contenciosa:** abrange os mecanismos que permitem defender os direitos fundamentais sem recorrer a tribunais. É o caso da administração Pública, do Provedor da Justiça e de outros órgãos que, não fazendo parte dos tribunais, podem da mesma forma exercer uma atividade de controlo.
* **A tutela contenciosa:** implica que a defesa dos direitos fundamentais seja levada a cabo pelos órgãos de natureza jurisdicional. Estes desvalorizam os atos que violam os direitos fundamentais e impõem deveres de penalização.

## O regime especial dos direitos, liberdades e garantias

O sentido do regime especial

Para além das regras gerais existe um regime especial que se aplica aos direitos, liberdades e garantias, atendendo às diferenças que estes têm em relação aos direitos económicos, sociais e culturais.

Uma das arrumações propostas para o regime especial relaciona-se com o seguinte esquema: aplicabilidade, vinculação, restrição, suspensão e defesa.

A aplicabilidade infraconstitucional imediata e direta

Uma das características especiais de que os direitos, liberdades e garantias do regime especial goza é a aplicabilidade direta. Esta significa que os direitos, liberdades e garantias, para serem exercitáveis, bastam-se a si mesmo, e por si próprios impondo os comandos. Ou seja, não carecem de qualquer interposição legislativa.

A aplicabilidade direta é também uma regra autónoma o que significa que ela vale para todos os direitos, liberdades e garantias, reforçando a sua força jurídica na relação que mantêm com os outros níveis da Ordem Jurídica.

Esta aplicabilidade é também imediata, o que quer dizer que as faculdades contidas naquela categoria de direitos podem ser logo realizados e não dependem de outras condições.

A vinculação das entidades públicas e privadas

A vinculação das entidades públicas traduz a essência dos direitos fundamentais concebida para os direitos, liberdades e garantias.

Existe, então, uma preocupação em tornar os preceitos constitucionais respeitantes aos direitos, liberdades e garantias que vinculam as entidades públicas e privadas, operativos.

No âmbito das funções jurídico-públicas, todas as atividades se sujeitam aos direitos, liberdades e garantias.

* **Legislação:** fica impedida de contrariar os preceitos;
* **Administração:** o desrespeito pelos direitos, liberdade e garantias não pode ser desculpado pela intermediação do princípio da legalidade;
* **Governo:** os atos do governo submetem-se aos direitos, liberdades e garantias, devendo respeitá-los;
* **Jurisdição:** é sensível ao respeito dos direitos, liberdades e garantias, sobretudo quando o Direito lhe proporciona espaços “abertos” de Direito como a integração de lacunas;

A vinculação das entidades privadas, ou seja, a efetividade dos direitos, liberdades e garantias quanto a sujeitos do domínio privado é bem mais complexa uma vez que tem de enfrentar variadas situações inerentes à esfera privada.

A restrição infraconstitucional

“A lei só pode restringir os direitos, liberdades e garantias nos casos expressamente previstos na Constituição, devendo as restrições limitar-se ao necessário para salvaguardar outros direitos ou interesses constitucionalmente protegidos”.

A restrição de direitos, liberdades e garantias funda-se na circunstância de os textos constitucionais reconhecerem que não seria possível a vida coletiva se não fossem previstos mecanismos de limitação material dos direitos fundamentais, com o intuito primordial se assegurar a própria efetividade da respetiva tipologia no seu conjunto.

Essas restrições têm uma tripla função:

* **Função adequadora:** relaciona-se com a restrição de um determinado tipo de direitos, liberdades e garantias consagrados, de modo a permitir que outros se exerçam se sobreposições, todos adquirindo uma maior eficácia – princípio de otimização.
* **Função dirimente:** Representa o exercício conflituante de dois ou mais titulares de direitos opostos. A restrição de um deles pode servir para evitar a repetição desses conflitos no futuro, resolvendo-os logo no plano da legislação.
* **Função comunitária:** Relaciona-se com a conjugação dos direitos, liberdades e garantias das pessoas aos bens e interesses coletivos. Aqui a restrição pode funcionar como um instrumento de garantia de bens por limitar direitos nas situações em que os mesmos entrariam em conflito com os interesses da coletividade.

No quadro da CRP, as restrições de tipo legal estão materialmente justificadas por vários princípios fundamentais:

* Princípio da proteção do núcleo essencial;
* Princípio da proporcionalidade;
* Princípio da generalidade;
* Princípio da abstração;
* Princípio da prospetividade;

A CRP assume como finalidade expressa das restrições a necessidade de salvaguarda dos outros direitos fundamentais. Estes relacionam-se com a segurança do Estado e a segurança Pública; com a proteção do meio ambiente e do território; com bens comuns relativos à saúde, ao consume e à propriedade Humana; e com a dignidade da pessoa Humana.

Além do regime geral das restrições dos direitos, liberdades e garantias, é possível observar alguns regimes particulares em diversas situações:

* **Restrições aplicáveis a certos funcionários:** “a lei pode estabelecer […] restrições ao exercício dos direitos de expressão, reunião, manifestação, associação e petição coletiva e à capacidade eleitoral passiva por militares e agentes militarizados dos quadros permanentes em serviço efetivo, bem como por agentes dos serviços e forças de segurança”
* **Restrições aplicáveis a reclusos:** “Os condenados a quem sejam aplicadas pena ou medida de segurança privativas da liberdade mantêm a titularidade dos seus direitos fundamentais, salvas as limitações inerentes ao sentido da condenação e às exigências próprias da respetiva condenação”
* **Restrições aplicáveis a estrangeiros e apátridas**: Estes gozam dos mesmo direitos fundamentais que os cidadãos portugueses à exceção dos direitos políticos; do exercício de funções públicas que não tenham caráter predominantemente técnico; e dos direitos e deveres reservados pela Constituição ou pela lei exclusivamente para cidadãos portugueses;

A suspensão em estado de exceção

A CRP apenas permite a suspensão de direitos, liberdades e garantias na vigência do estado de sítio e do estado de exceção. A única exceção é a permissão do funcionamento dos tribunais militares, tal como ocorre com o estado de guerra.

O estado de exceção engloba também o estado de emergência e também o estado de sítio.

No plano legal, o regime constitucional do estado de exceção é amplamente desenvolvido por uma lei que apenas trata destas matérias: a lei sobre o regime do estado de sítio e do estado de emergência (LRESEE). Este não é o único diploma pertinente neste assunto, existindo outros tipos de legislação pontuais que tratam de aspetos relacionados ao estado exceção.

Quando o estado de sítio/emergência/guerra está em vigor, o poder legislativo e judiciário passam para o poder executivo, como forma de proteger a ordem pública. Assim, o Estado fica com a capacidade de reduzir algumas das liberdades dos cidadãos.

O regime do estado de exceção é composto pelos seguintes eixos:

* **Pressupostos:** situações de crise político-social;
* **Efeitos materiais:** suspensão de direitos, liberdades e garantias;
* **Efeitos organizatório:** reforço das competências administrativas do Governo;
* **Procedimento da decretação:** intervenção partilhada dos órgãos de soberania politicamente ativos;
* **Controlo da execução:** de feição político-parlamentar e jurisdicional;

Para o estado de exceção ser decretado é necessária “a agressão efetiva ou iminente por forças estrangeiras”, “a grave ameaça ou perturbação da ordem constitucional democrática” ou a “calamidade pública”.

A decisão da sua decretação envolve o princípio da proporcionalidade e a contenção, tendo em conta os efeitos materiais, organizatórios, territoriais e temporais.

A declaração do estado de exceção obedece a um procedimento: é feita a iniciativa pro parte do PR; é consultado o Governo que tem um parecer obrigatório; é pedida a apreciação/autorização da AR; é tomada a decisão final pelo PR.

A tutela reforçada

O regime de tutela reforçada visa defender os direitos, liberdades e garantias, e assume uma efetividade suplementar em acréscimo aos mecanismos que são comuns a todas as classes dos direitos fundamentais.

Trata-se de quatro mecanismos:

1. **Direito de resistência:** “Todos têm o direito de resistir a qualquer ordem que ofenda os seus direitos, liberdades e garantias e de repelir, pela força qualquer agressão, quando não seja possível recorrer à autoridade pública”.
   1. **Ativa:** resposta à ordem do poder público através da destruição ou perturbação do mesmo;
   2. **Passiva:** simples não execução dos atos ditados pelo poder público;
   3. **Defensiva:** reação da pessoa à ordem do poder público;
2. **Direito de legítima defesa:** relaciona-se, também, com uma atuação defensiva no caso de os seus direitos, garantias e liberdades serem violados.
3. **Responsabilidade Civil:** “O Estado e as demais entidades públicas são civilmente responsáveis […] por ações ou omissões praticadas no exercício das suas funções e por causa desse exercício, de que resulte violação dos direitos, liberdades e garantias ou prejuízos para outrem”;
4. **Responsabilidade Criminal**

1. Sistema de relações entre a Igreja e o Estado em que ao chefe de Estado cabia a competência de regular a doutrina, a disciplina e a organização da sociedade cristã. [↑](#footnote-ref-1)
2. Princípio de masculinidade, inscrito na Lei Sálica, que só se aplicava às sucessões privadas e cujas disposições excluíam as mulheres da sucessão à terra dos seus antepassados, por se entender que, pelo casamento, a mulher deixava a sua família para integrar a do marido. [↑](#footnote-ref-2)
3. De hierocracia: governo dos sacerdotes ou a sua influência nos negócios do Estado [↑](#footnote-ref-3)
4. De voluntarismo: com base na vontade [↑](#footnote-ref-4)
5. De teocracia: sistema de governo em que as ações políticas, jurídicas e policiais são submetidas às normas de alguma religião [↑](#footnote-ref-5)
6. De fisiocracia: doutrina que considera o indivíduo e os seus direitos, em especial o da propriedade privada, e segundo a qual a terra é a única fonte de riqueza, e o trabalho despendido na agricultura o único de real utilidade [↑](#footnote-ref-6)
7. Convenção Europeia dos Direitos do Homem [↑](#footnote-ref-7)
8. Absolvição, perdão [↑](#footnote-ref-8)
9. Declaração Universal dos Direitos Humanos [↑](#footnote-ref-9)
10. Direitos fundamentais típicos (que se encontram positivados) =/= Direitos fundamentais atípicos (que não estão previstos na lei. [↑](#footnote-ref-10)
11. Algo não está claro para que o juiz possa proferir um julgamento; [↑](#footnote-ref-11)
12. Decisão que constitui precedente para todos os tribunais, tendo a doutrina neles estabelecida força obrigatória geral; [↑](#footnote-ref-12)
13. Conjunto dos requisitos legais para a formação de um processo [↑](#footnote-ref-13)
14. Que tem efeito sobre factos passados; que modifica o que já foi feito [↑](#footnote-ref-14)